

UNISALESIANO
Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium
Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Civil e
Processual Civil

Celene Lucilia Eleotério da Silva

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM
DECORRÊNCIA DO COMPORTAMENTO
OMISSIVO DE SEUS AGENTES NA ESFERA
ADMINISTRATIVA

LINS – SP

2008

CELENE LUCILIA ELEOTÉRIO DA SILVA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO
COMPORTAMENTO OMISSIVO DE SEUS AGENTES NA ESFERA
ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Civil e Processual Civil sob a orientação dos Professores Marcelo Brandão Fontana e M. Sc. Heloisa Helena Rovey da Silva.

Lins – SP

2008

Silva, Celene Lucília Eleotério da

S579r Da responsabilidade civil do Estado em decorrência do comportamento omissivo de seus agentes na esfera administrativa / Celene Lucília Eleotério da Silva. -- Lins, 2008.

136p. il. 31cm.

Monografia apresentada ao Centro Universitário Católico Salesiano *Auxilium* – UNISALESIANO, Lins, SP para Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Civil e Processual Civil, 2008

Orientadores: Marcelo Brandão Fontana; Heloisa Helena Rovey da Silva

1. Responsabilidade Civil. 2. Estado. 3. Dano. I Título.

CELENE LUCILIA ELEOTÉRIO DA SILVA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO
COMPORTAMENTO OMISSIVO DE SEUS AGENTES NA ESFERA
ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium,
para obtenção do título de especialista em Direito Civil e Processual Civil.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo Brandão Fontana

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo

Prof.^a M. Sc. Heloisa Helena Rovey da Silva

Mestre em Administração pela CNEC/FACECA - MG

Lins – SP

2008

RESUMO

A responsabilidade civil é disciplina ampla, abarcando uma multiplicidade de casuísticas. Ao investigar a responsabilidade civil do Estado é imperioso primeiramente conhecer os contornos da teoria geral daquele instituto jurídico, principiando com a investigação do termo responsabilidade civil, seguindo no estudo de sua evolução histórica, classificações e pressupostos de incidência do dever de reparar o dano. No presente trabalho, depois de ter seguido esta trilha adentrou-se na especificidade do campo da responsabilidade civil do Estado, principiando com a abordagem de sua definição, passando pela análise de seu ciclo evolutivo e fundamentos para a sua aplicação, tendo sido observado que, transportada a noção de responsabilidade civil para o Poder Público esta figura pode ser entendida como o dever jurídico que é imposto ao Estado, de reparar um dano experimentado pelo particular, como corolário da conduta comissiva ou omissiva lesiva de seus agentes, dever este que foi sendo paulatinamente reconhecido aos Estados, sob variáveis fundamentos. De posse destes subsídios, o estudo foi direcionado para a particularidade da responsabilidade civil do Estado no Brasil, enfocando a questão dos danos oriundos do comportamento omissivo de seus agentes, oportunidade em que analisou a exegese do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal. No esforço de evidenciar os limites da responsabilização do Poder Público em razão do comportamento omissivo dos agentes estatais na esfera administrativa concluiu-se que a natureza jurídica desse dever é objetiva, sendo suficiente para a sua deflagração a existência da conduta lesiva estatal, a constatação do dano e o liame de causalidade entre o comportamento do Estado e o resultado danoso. Viu-se, por fim, que referida assertiva, apesar de ser combatida pelo Superior Tribunal de Justiça, em não poucas vezes é sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que possui a incumbência zelar pela guarda da Constituição Federal e, em última instância, interpretar o seu texto.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Dano.

ABSTRACT

The civil responsibility is a wide subject, including a diversity of casuistry. In State civil responsibility research firstly is necessary to know the general theory about that juridical institute, beginning with civil responsibility definition research, following its historical evolution, classification and the presupposition for damage compensate duty. Into this study, after followed this way, we entered specifically inside State civil responsibility subject, beginning with its definition approaching, continuing in its evolutionary cycle analyze and the base to its application, observing that transferred the civil responsibility concept for publish power this subject can be understood as juridical duty that is imposed to State, to compensate a damage suffered to particular, resulted by committed and omitted conduct practiced to his agent, duty that was gradually recognized for State, under variables bases. With this subsidy, the present study was conducted to civil responsibility particularity, focalizing the question about damages originating from committed and omitted conduct practiced to his agent, in opportunity that we analyzed the exegesis article 37, paragraph 6°, of the Federal Constitution. The effort in to evidence responsibility spreading of the Publish Power because committed and omitted committed of the State agents in the administrative ambit we concluded that the juridical nature of this duty is objective, being enough for its spreading the State harmful conduct, the verification of the damage and the causative tie among the State conduct and damage result. Finally. We saw that referred assertion, that in spite of being opposed to Justice Court Superior, once in a while have being approved to Federal Court Supreme, court that has the incumbency to care for the Federal Constitution and, ultimately to do its text interpretation.

Keywords: Civil responsibility. State. Damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 Conceito.....	11
1.2 Escorço histórico	13
1.3 Classificação.....	17
1.3.1 Responsabilidade contratual.....	17
1.3.2 Responsabilidade extracontratual.....	19
1.3.3 Responsabilidade subjetiva	20
1.3.4 Responsabilidade transubjetiva	21
1.3.5 Responsabilidade objetiva	24
1.4 Pressupostos	26
1.4.1 Considerações iniciais	26
1.4.2 Ação ou omissão	28
1.4.3 Dano	31
1.4.4 Nexo de causalidade	32
1.4.5 Culpa	37
CAPÍTULO II - DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	41
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	41
2.1 Conceito.....	41
2.2 Ciclo evolutivo.....	43
2.2.1 Considerações gerais	43
2.2.2 Teoria negativista – fase da irresponsabilidade.....	44
2.2.3 Teorias subjetivistas	45
2.2.3.1 Da culpa civilística	46
2.2.3.2 Da culpa administrativa.....	47

2.2.3.3	Da culpa anônima.....	48
2.2.3.4	Da culpa presumida (falsa teoria objetiva).....	49
2.2.3.5	Da falta administrativa	50
2.2.4	Teorias objetivistas	52
2.2.4.1	Do risco administrativo.....	52
2.2.4.2	Do risco integral.....	54
2.2.4.3	Do risco social (responsabilidade sem risco).....	55
2.3	Fundamentos da responsabilidade do Estado.....	59

CAPÍTULO III - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA 62

3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL.....	62
3.1	Aspectos históricos.....	62
3.1.1	Considerações gerais	62
3.1.2	Período imperial.....	63
3.1.3	Período republicano.....	64
3.2	A responsabilidade na Constituição Federal.....	68
3.2.1	Os sujeitos que geram a responsabilidade estatal	68
3.2.2	O dano indenizável	70
3.2.3	Características da conduta lesiva ensejadora da responsabilidade ...	73
3.2.3.1	Danos por ação do Estado	74
3.2.3.2	Danos por omissão do Estado.....	74
3.2.3.3	Danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória.....	75
3.3	Limites da responsabilidade civil por omissão do Estado na esfera administrativa	77
3.4	Visão jurisprudencial.....	88
3.4.1	No Supremo Tribunal Federal.....	89
3.4.1.1	Morte de preso no interior de estabelecimento prisional	89
3.4.1.2	Invasão de imóvel rural.....	93
3.4.1.3	Dano provocado a aluno no interior de escola pública	96
3.4.1.4	Aferição do nexo de causalidade.....	100

3.4.1.5	Considerações finais.....	106
3.4.2	No Superior Tribunal de Justiça.....	107
3.4.2.1	Considerações gerais	107
3.4.2.2	A uniforme adoção da teoria subjetiva.....	108
 CONCLUSÃO		114
 REFERÊNCIAS		120
 ANEXOS.....		123

INTRODUÇÃO

O tema responsabilidade civil é de dificultoso estudo, pois, para sua perfeita assimilação, é imperiosa a compreensão de um vasto conteúdo ainda não subsumido a categorias analíticas.

Não obstante, no presente trabalho tem-se a pretensão de investigar apenas uma área na qual referido instituto jurídico pode ser aplicado, qual seja, a responsabilidade civil do Estado em razão do comportamento omissivo de seus agentes.

A realização da presente monografia encontra justificativa na medida em que pretende trazer contribuição de natureza tanto teórica quanto prática. O aspecto teórico é evidenciado com a possibilidade de provocar melhor reflexão sobre o tema entre os operadores do Direito e o caráter prático diz respeito à abordagem da própria configuração da responsabilidade civil do Estado pelos danos advindos da conduta omissiva de seus agentes.

Com o escopo de conhecer os limites da responsabilidade civil do Estado em decorrência do comportamento omissivo de seus agentes na esfera administrativa, este trabalho foi desenvolvido em três capítulos.

Inicialmente, no primeiro capítulo, visando trazer a lume a verdadeira inteligência do termo responsabilidade civil, este instituto é focado sob a ótica da sua teoria geral, passando, em seguida, para a investigação de seu ciclo evolutivo. Aborda-se a classificação da responsabilidade civil com base no critério da sede do dever jurídico violado, revelando o seu teor, quando contratual e extracontratual, bem como as modalidades de responsabilidade, na forma subjetiva, transubjetiva e objetiva. Investiga, também, os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil.

O estudo desenvolvido no segundo capítulo adentra especificamente no campo da responsabilidade civil do Estado, principiando com a elaboração de sua definição. A seguir, passa para a análise de seu ciclo evolutivo, perquirindo os contornos das teorias que advieram ao longo dos tempos. Ao final, cuida, ainda, de traçar considerações acerca dos fundamentos da responsabilidade estatal.

No terceiro e último capítulo, o estudo da responsabilidade civil é direcionado exclusivamente para o ordenamento pátrio. Primeiramente traz a tona os aspectos históricos da responsabilização estatal e, depois, se detém no regramento constitucional existente atualmente, de forma a delinear os limites desse dever jurídico, nos casos de omissão do Estado, inclusive evidenciando a visão jurisprudencial acerca da matéria.

Com o fito de atingir os objetivos aqui delimitados, de molde a evidenciar os limites da responsabilização do poder público em razão do comportamento omissivo dos agentes estatais na esfera administrativa, o estudo é desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e documental, investigando o tema através de análises de obras doutrinárias e codificadas, bem como mediante levantamento da jurisprudência atual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO I

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

No presente capítulo, visa-se estudar a responsabilidade civil sob o enfoque da sua teoria geral. Pretende, inicialmente, trazer a lume a verdadeira inteligência do termo responsabilidade civil, passando, em seguida, para a investigação de seu ciclo evolutivo. Será objeto de abordagem, também, a classificação e pressupostos do referido termo.

Cumprido destacar que a abordagem da matéria é realizada de forma sucinta, sem a pretensão de examinar a teoria geral da responsabilidade civil por inteiro. Antes, a investigação encetada no desenvolvimento deste capítulo tem por escopo apenas proporcionar subsídios para melhor compreender a responsabilidade estatal e, especificamente, os limites da responsabilidade do Estado, quando, em razão do comportamento omissivo de seus agentes, advêm danos ao particular.

1.1 Conceito

A investigação etimológica da palavra responsabilidade revela que esse vocábulo deriva do verbo latino *respondere*, encerrando a idéia de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir. (GONÇALVES, 2003)

A simples análise do sentido da palavra responsabilidade, entretanto, revela-se insuficiente para expressar o seu significado para o Direito.

O termo responsabilidade é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. Aqui, contudo, importa enfocá-lo no sentido de dever jurídico atribuído a uma pessoa, física ou jurídica, pela ocorrência de um fato ou ato punível, em virtude da violação de direito, acarretando reflexos jurídicos tendentes à reparabilidade do dano. (VENOSA, 2003)

Urge registrar que, malgrado seja comum o emprego dos substantivos obrigação e responsabilidade como se fossem sinônimos, os vocábulos não podem ser confundidos. Ao passo que obrigação invariavelmente representa um dever jurídico originário, a responsabilidade, por sua vez, é consubstanciada pelo dever jurídico sucessivo, reflexo da violação da obrigação. (CAVALIERI FILHO, 2004)

Assim, no presente estudo, buscar-se-á empregar o termo responsabilidade dentro de sua própria dimensão, partindo do pressuposto de que houve a violação de um dever jurídico originário, quer previsto em um contrato, quer estatuído na própria lei.

Em seu sentido amplo, a responsabilidade abarca a noção em virtude da qual é atribuído a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de um comportamento.

A doutrina não é uníssona a respeito do conceito de responsabilidade civil. Entre os autores pátrios, há uma infinidade de definições sobre o termo.

Para Pereira (1998), a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica a que se forma.

Ao seu turno, Cavalieri Filho (2004), sustenta que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Já Rodrigues (2003), melhor esmiuçando o conceito de responsabilidade civil, na esteira de René Savatier, a define como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

Por sua vez, Baptista (2003) conceitua responsabilidade civil como a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito ao ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever o agente causador ou o terceiro a quem a norma imputa a obrigação.

Nota-se, que os conceitos de responsabilidade civil elaborados por Pereira (2004) e Cavalieri Filho (2004) são genéricos, apenas vinculando um sujeito passivo ao dever de reparar um dano produzido. Já nas definições fornecidas por Rodrigues (2003) e Baptista (2003), percebe-se uma

preocupação em identificar os sujeitos da relação jurídica formada em razão do evento danoso.

Ciente da inexistência de consenso doutrinário, Diniz (2002) elabora definição própria, afirmando que a responsabilidade civil:

[...] é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 2002, p. 34)

Cada uma das definições apresentadas pelos preditos autores enfocam o termo responsabilidade civil sob um determinado prisma, não sendo crível afirmar que uma deve ser preferível à outra. Entrementes, o conceito fornecido por Diniz (2002) se revela mais completo, pois, além de identificar os sujeitos da relação jurídica formada em razão da ocorrência do dano, ao mesmo tempo, abarca, também, tanto a idéia de culpa quanto as situações em que dela prescindem, ou seja, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva a serem oportunamente estudadas.

À luz do exposto, é razoável afirmar, portanto, que a responsabilidade civil consiste no dever jurídico imposto a um sujeito de reparar um dano causado a outro sujeito, quer por ação ou omissão do próprio imputado, quer por determinação legal.

1.2 Escorço histórico

O instituto da responsabilidade civil possui seu nascedouro assentado em período remoto.

Noticia Pereira (1998) que nos mais antigos monumentos legislativos, que antecederam por centenas de anos a civilização mediterrânea, vestígios há de que o tema fora objeto de cogitações.

O certo é que, mesmo de forma variada, dos tempos primevos até os dias atuais, o homem sempre visou obter a reparação do mal que outro lhe causa.

Ao analisar na linha do tempo as formas utilizadas para atingir a

reparação dos danos, percebe-se que o instituto da responsabilidade civil passou por uma série de fases até chegar aos contornos hoje existentes.

Numa primeira fase, a responsabilidade civil confundia-se com a justiça de mão própria. Como o próprio termo esclarece, a vítima fazia justiça com as próprias mãos. Inicialmente, operava-se a vingança privada, tida como forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal. (LIMA, 1999).

Depois, ainda nessa fase, o uso consagrou a regra jurídica do talião, na qual a autoridade se apropriou da iniciativa particular, passando a estatuir quando e em que condições teria a vítima o direito de retaliação. Expressão desse critério há referência na Lei das XII Tábuas: *si membrum rupsit ni eo pacit talio est*. (DIAS, 1995)

Na segunda fase, tinha-se a composição voluntária, na qual o ofensor reparava o dano provocado, através da prestação de uma *poena*.

O mesmo fenômeno ocorrido na justiça de mão própria se verifica na composição voluntária, ou seja, o que era uso passou a ser obrigatório. O legislador passou a obstar que a vítima fizesse justiça pelas próprias mãos, coagindo-a a aceitar a composição.

A composição voluntária cedeu lugar à terceira fase, tida como composição tarifada, imposta pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor (LIMA, 1999). Ainda nesse estágio, não havia um princípio geral acerca da responsabilidade civil. O poder público apenas retirava, do particular, a prerrogativa de ferir o causador do dano. (DIAS, 1995)

Na seqüência, sobreveio a quarta fase, a qual é marcada pelo surgimento da *Lex Aquilia de damno iniuria dato* (286 a. C.), considerada como a primeira norma geral dos preceitos delituais, abandonando as prescrições casuísticas da Lei das XII Tábuas. (BAPTISTA, 2003)

Lembra Dias (1995) que é na *Lex Aquilia* que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano.

Em uma quinta fase, conhecida como direito intermédio, a jurisprudência ampliou a esfera de aplicação da *Lex Aquilia*, estendendo, paulatinamente, a

sua aplicação aos peregrinos e aos titulares dos demais direitos reais as ações que somente cabiam aos romanos e aos proprietários das coisas danificadas. (LIMA, 1999)

Considerada como a divisora de águas em matéria de responsabilidade civil, a *Lex Aquilia* norteou o direito romano, possibilitando que extraísse de sua interpretação o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente.

De fato, nesse sentido é o ensinamento de Gonçalves (2003), ao afirmar que foi a partir da *Lex Aquilia*, aprimorada com o entendimento dos pretores e da jurisprudência é que surgiu a idéia de culpa.

Posteriormente, o direito francês foi aperfeiçoando, paulatinamente, as idéias românicas, chegando ao estágio de estabelecer claramente um princípio geral da responsabilidade civil. Sobreveio, assim, o princípio do direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, bem como a separação da responsabilidade civil da penal. Tal construção influenciou acentuadamente o ordenamento jurídico de outros povos. (GONÇALVES, 2003)

É inegável que a culpa constitui elemento fundamental na teoria geral da responsabilidade civil. Todavia, não é correto lhe atribuir valoração absoluta.

No século XIX, entendia Rudolf Von Ihering (apud BAPTISTA, 2003) que a obrigação de reparar nascia da culpa e não do dano. Se o referido doutrinador vivesse nos dias atuais, certamente não faria a mesma afirmação, pois, caso se adotasse a culpa como único fundamento a justificar o dever de indenizar, certamente uma vasta gama de danos produzidos ficariam sem a necessária reparação.

Como bem pontifica Gonçalves (2003), o surto do progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.

Realmente, com as transformações históricas, os juristas passaram a entender que o fundamento da responsabilidade civil, assentado unicamente na culpa, seria fonte de injustiças, vez que em inúmeras situações é extremamente difícil, ou até mesmo impossível, elaborar a prova desse elemento subjetivo, deixando muitos danos sem a devida reparação. Ou ainda,

acrescente-se, em não poucos casos a culpa sequer está presente na provocação do dano, mas, nem por isso, é justificável deixar de efetivar a recomposição da situação anterior da vítima.

Destarte, atualmente entende-se que o fundamento da responsabilidade civil está na quebra do equilíbrio patrimonial e jurídico causado pelo dano (BAPTISTA, 2003), ganhando amplitude a chamada teoria do risco, a qual, sem descartar a teoria da culpa, alberga muitas hipóteses em que a teoria tradicional revela-se insuficiente para a proteção da vítima. (GONÇALVES, 2003)

Sob o fundamento de melhor atender à justiça social, há uma tendência que a cada dia mais se avoluma, de adotar a teoria da responsabilidade objetiva, entendendo que existe o dever de não prejudicar. Neste campo, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil atual abriu as portas para que, no caso concreto, o julgador defina a responsabilidade de acordo com o risco, sem a necessidade de prova da culpa.

Os autores Bittar; Bittar Filho (2003) afirmam que a responsabilidade civil é um dos princípios ordenadores do Direito Privado, sendo que, por meio dele se realiza a justiça no relacionamento entre particulares, sempre que um agente invada a esfera jurídica de outrem, causando-lhe dano.

Com efeito, é verdadeira a assertiva dos preditos autores. Todavia, é possível acrescentar que, hodiernamente, a responsabilidade civil não norteia apenas o Direito Privado. Este instituto, alçado ao nível de princípio, informa o ordenamento jurídico em sua totalidade, uma vez que, como será visto no decorrer deste trabalho, na esfera do Direito Público também vigora este mecanismo de realização de justiça.

Nota-se, portanto, que, em seu nascedouro, a responsabilidade civil confundia-se com a justiça de mão própria. A sua evolução, até chegar no estágio atual, ganhando *status* de princípio, passou pela fase em que o Estado iniciou a tarefa de avocar para si a prerrogativa de solucionar os conflitos de interesses, tutelando o ofendido com a ocorrência do fato danoso atribuído à conduta culposa de alguém, chegando até o reconhecimento do dever de reparar independentemente da aferição de culpa da pessoa do imputado. O ciclo evolutivo é reflexo da busca pela harmonia e equilíbrio, fins colimados

pelo Direito, bem como fruto da flexibilidade e dinamicidade do instituto da responsabilidade civil.

1.3 Classificação

A classificação a ser efetuada nos itens seguintes aborda a responsabilidade civil sob o enfoque da sede do dever jurídico violado, revelando o seu teor contratual e extracontratual, bem como perquire as modalidades de responsabilidade tendo em vista o seu fundamento, nas hipóteses subjetiva, transubjetiva e objetiva.

1.3.1 Responsabilidade contratual

A responsabilidade contratual não é objeto de mera classificação doutrinária. O artigo 389 do Código Civil, expressamente prevê esta modalidade, ao preconizar que, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Noticia Rodrigues (2003) que, não poucos doutrinadores sustentam que a responsabilidade contratual e extracontratual são de idêntica natureza, inexistindo razão para discipliná-las separadamente.

De fato, na configuração de ambas as espécies de responsabilidade os pressupostos lhes são comuns. É o caso, por exemplo, de necessariamente existir o dano, a conduta do agente e a relação de causalidade entre o comportamento e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante.

Contudo, a distinção revela-se mais coerente, encontrando fundamento nos efeitos práticos da clássica distinção da natureza jurídica da responsabilidade contratual e extracontratual, especialmente no campo de prova e capacidade. (RODRIGUES, 2003)

Realmente, especificamente quanto à questão da prova, na responsabilidade contratual, via de regra, basta ao credor demonstrar que a

prestação não foi adimplida, revertendo ao devedor inadimplente o ônus de comprovar que inexistente culpa de sua parte ou a presença de outra excludente da responsabilidade capaz de elidir o dever jurídico de indenizar. Já na responsabilidade extracontratual, de regra, além da prova do dano experimentado, é encargo da vítima demonstrar a culpa do agente causador do dano.

A doutrina comumente define a responsabilidade contratual como a forma de reparar um dano em razão da violação de um dever jurídico previsto em um vínculo contratual.

Nesse sentido é a doutrina de Cavalieri Filho (2004), sustentando que, se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual. E conclui o autor:

[...] tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 37)

Igualmente, Diniz (2002), quando a responsabilidade civil erige,

[...] havendo liame obrigacional oriundo de contrato ou de declaração unilateral de vontade, designar-se-á responsabilidade contratual; não havendo vínculo obrigacional, será denominada responsabilidade extracontratual ou aquiliana. (DINIZ, 2002, p. 201)

Diferindo dos autores supramencionados apenas pela terminologia empregada, Baptista (2003), por amor à técnica, contudo não sem razão, prefere classificar a responsabilidade civil em negocial e extranegocial ou aquiliana.

Referido doutrinador justifica a adoção da terminologia diferenciada tendo em vista que um dano pode advir da violação de uma norma prevista em negócio jurídico unilateral, hipótese em que não é extracontratual e nem contratual, mas pode ser enquadrado como responsabilidade negocial. Seria o caso, por exemplo, de um dano produzido em virtude da promessa de recompensa.

Sem descurar do acima exposto, pode-se concluir, portanto, que a responsabilidade é contratual ou negocial na hipótese do dever de reparar o

dano ser resultado do descumprimento de uma norma inserida em um negócio jurídico.

1.3.2 Responsabilidade extracontratual

Os contornos da responsabilidade extracontratual, genericamente, são delineados pelos artigos 186 e 187, conjugados com o artigo 927, todos do Código Civil.

O artigo 186 assim preceitua: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O artigo 187, por sua vez, dispõe que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Para completar, o artigo 927 assim preconiza:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
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.

Da simples leitura dos preditos dispositivos é possível observar que, uma vez ocorrido o fato danoso, independentemente da existência de previsão pactuada entre o causador do dano e a vítima, surge o dever jurídico de efetuar a reparação por força da própria lei. Daí a denominação de responsabilidade extracontratual.

A responsabilidade extracontratual é também denominada de responsabilidade aquiliana, em virtude de ser originária da *Lex Aquilia*, dos antigos romanos, norma que permitiu a punição da culpa por danos ocasionados independentemente de prévia relação obrigacional. (VENOSA, 2003)

É, portanto, no sistema romano que teve origem a responsabilidade extracontratual e, também, esta é a razão de os doutrinadores a designarem de

responsabilidade aquiliana.

Frise-se: ao passo em que na responsabilidade contratual existe uma convenção prévia entre a pessoa imputada e a vítima, na responsabilidade extracontratual, por sua vez, nenhum vínculo jurídico obrigacional existe entre a vítima e o imputado.

Lembra Gonçalves (2003), que a responsabilidade extracontratual abarca as hipóteses de violação aos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade ou aos direitos de autor.

Em suma, pelo critério da exclusão, é razoável afirmar que a responsabilidade extracontratual ou aquiliana é aquela que preconiza o dever de reparar o dano em decorrência do imperativo da própria norma legal, e não de um negócio jurídico.

1.3.3 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva possui seu arcabouço fundamentado essencialmente no preceito do artigo 186 do Código Civil. Inspira-se na tradicional idéia de culpa, certo que o dever do agente reparar o dano só emerge se a conduta lesiva foi culposa ou dolosa.

Nesse sentido, tem-se o entendimento de Diniz (2002), a qual define a responsabilidade subjetiva como aquela que deriva de uma conduta culposa ou dolosa, quer por ação quer por omissão, lesiva a determinada pessoa, sendo sempre imprescindível a presença da culpa do causador do dano para lhe sobrevir o dever de indenizar.

Desta forma, inexistente responsabilidade subjetiva sem que haja culpa.

À caracterização da responsabilidade civil subjetiva são imprescindíveis a conjugação de quatro pressupostos: a conduta violadora do direito de outrem – podendo ser por ação ou omissão –, o dano, a relação de causalidade entre a conduta e o dano, bem como a culpa. (LIMA, 1999)

Diz-se, portanto, ser subjetiva a responsabilidade quando o dever de efetuar a reparação é atribuído ao sujeito em virtude do mesmo ter incorrido

numa ação ou omissão culposa, lesiva a determinado patrimônio, sendo para tanto imprescindível a presença deste elemento animador da conduta.

1.3.4 Responsabilidade transubjetiva

A responsabilidade transubjetiva é aquela em que, por força da norma jurídica, há a presunção relativa (*juris tantum*) de culpa nas imputações por fatos de outrem, coisas ou animais.

Sendo a presunção de culpa dotada de força relativa, pode-se afirmar que, demonstrando o imputado que o resultado danoso não resultou de conduta culposa de sua parte, fica exonerado do dever de reparar o dano produzido.

Silvio Baptista (2003) afirma que a utilização do termo transubjetiva ocorre em obediência ao próprio sentido da palavra, vez que a responsabilidade, neste caso, transcende o próprio sujeito, em razão do que alguém é responsabilizado não por seus atos, mas por fatos de outrem ou de coisas.

No mesmo sentido, Alves (2001) afirma que, nesta hipótese, responde civilmente o agente que não é o autor do dano.

Apesar do entendimento destes doutrinadores acerca da matéria, é necessário observar que, nesse caso, o sentido etimológico da palavra transubjetiva não pode ser tomado como parâmetro para a sua definição.

Com efeito, no que diz respeito à responsabilidade transubjetiva não é correto dizer que ao agente é atribuída a responsabilidade por dano que ele não praticou. O que se verifica, na verdade, é uma ocorrência de causalidades múltiplas, de modo que a conduta da pessoa do imputado também é relevante para a produção do resultado.

Mister esclarecer que há uma concorrência de causas na produção do dano: a causa imediata consubstanciada no fato de outrem, coisas ou animais e a causa mediata, verificada na omissão culposa da pessoa do imputado.

Logo, a pessoa do imputado também é causadora do dano e, desse modo, a sua responsabilidade é por ato próprio.

Assim como na responsabilidade subjetiva, a responsabilidade transubjetiva reclama, para sua configuração, a conjugação de quatro pressupostos: a conduta violadora do direito de outrem – só que apenas na modalidade omissiva –, o dano, a relação de causalidade entre a conduta e o dano, bem como a culpa.

Observe-se que na responsabilidade transubjetiva, assim como na responsabilidade subjetiva, o agente imputado tem a possibilidade de alegar a ausência de culpa para se eximir do dever de reparar o dano. Já na responsabilidade objetiva, como será visto no próximo item, tal alegação é de somenos importância.

Demais, a distinção existente entre a responsabilidade subjetiva e a transubjetiva reside tão-somente no campo da prova. Enquanto na responsabilidade subjetiva o próprio prejudicado tem de demonstrar a culpa do agente, na responsabilidade transubjetiva opera-se a inversão do ônus da prova com presunção relativa de culpa da pessoa imputada. (BAPTISTA, 2003)

Vê-se, portanto, que a responsabilidade transubjetiva, inegavelmente, constitui em técnica na qual coloca a vítima em vantagem, em detrimento do imputado, vez que a este é que compete, caso queira se ver livre do dever de indenizar, a prova negativa, demonstrando que não se comportou culposamente.

Como exemplos de responsabilidade transubjetiva, comumente a doutrina menciona as hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro e, em algumas circunstâncias, a responsabilidade pelo fato das coisas.

A responsabilidade por dano causado por terceiros é conhecida como responsabilidade indireta ou por fato de outrem. Adotando esta última terminologia, Cavalieri Filho (2004) ensina que:

[...] a chamada *responsabilidade por fato de outrem* – é responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata sendo a omissão daquela que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente. (CAVALIERI FILHO (2004, p. 187)

Como exemplos dessa modalidade de responsabilidade, têm-se as

hipóteses de responsabilidade do mandante pelos atos praticados pelo mandatário aparente, a responsabilidade dos hoteleiros por atos de terceiros estranhos ao estabelecimento, a responsabilidade dos médicos por atos dos enfermeiros auxiliares e a responsabilidade coletiva, no caso de um dos membros ter dado causa a um dano sem que se consiga identificar o autor ou responsável. (BAPTISTA, 2003)

Já a responsabilidade pelo fato das coisas, segundo Cavalieri Filho (2004), nada mais é do que a imperfeição da ação do homem sobre a coisa – sendo, por isso preferível dizer responsabilidade pela guarda da coisa.

Na responsabilidade pelo fato das coisas, pode-se afirmar que a causa do dano é a omissão humana, manifestada pela falta de vigilância ou cuidado, sendo a coisa simples instrumento do dano.

Baptista (2003) faz menção ao artigo 1527 do Código Civil de 1916 e ao artigo 936 do Código Civil atual, apontando-os como exemplo de responsabilidade transubjetiva. Diz o autor, *in verbis*:

Aqui também a culpa do dono é presumida *juris tantum*. Não se trata de responsabilidade objetiva, como pensaram alguns, mas de responsabilidade transubjetiva, pois se o dono consegue provar que não teve culpa, numa das situações de exclusão previstas nos citados artigos, ele se livra dos efeitos da responsabilidade resultantes do dano provocado pelo animal. (BAPTISTA, 2003, p. 101)

Em que pese o argumento sustentado pelo referido doutrinador, a análise detida da redação dada ao artigo 936 do Código Civil atual, não deixa dúvida de que se trata de responsabilidade objetiva, pois, para eximir do dever de reparar, não é suficiente o imputado demonstrar que não se comportou culposamente.

Aliás, o legislador não permite que a prova da não culpa tenha o condão de afastar a responsabilidade do imputado. Apenas a força maior ou a culpa exclusiva da vítima, por romperem o nexo de causalidade, possuem o condão de afastar o dever de reparar o dano.

O dispositivo aventado, frise-se, não constitui exemplo de responsabilidade transubjetiva, mas de objetiva.

Feitas estas considerações, é possível concluir que a responsabilidade transubjetiva é aquela que, por força de norma jurídica, presume-se

responsável o autor mediato da provocação do dano, em virtude da prática de conduta culposa, na modalidade omissiva. Por se tratar de presunção relativa, a constatação de que a omissão não foi culposa implica na exoneração do dever de reparar o dano.

1.3.5 Responsabilidade objetiva

Em diversas situações, o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização foi transferido para a noção de dano e a reparação (LIMA, 1999). A tendência, na atualidade, é a de cada vez mais ampliar a incidência da responsabilidade objetiva, fundada essencialmente na teoria do risco, também chamada de teoria do risco benefício.

Em sede constitucional, a responsabilidade objetiva é contemplada pelo § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, onde prevê 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.

Inovando, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, também, expressamente albergou a teoria da responsabilidade objetiva. Este dispositivo preceitua que:

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.

Pondera Venosa (2003) que a norma da lei nova transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa. Ao questionar esse alargamento de incidência, referido doutrinador conclui que melhor seria que se mantivesse nas rédeas do legislador a definição das situações de aplicação da teoria do risco.

A preocupação do predito autor não é desarrazoada. De fato, no âmbito entre particulares, a teoria da responsabilidade objetiva não pode ser admitida

como regra geral, pois o dispositivo precitado explicita que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de atividade normalmente desenvolvida por ele. O juiz deverá avaliar, prudentemente, no caso concreto, a atividade costumeira do ofensor e não a eventual.

Essa teoria sustenta que o sujeito é responsável por riscos ou perigos decorrentes de seu comportamento, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano. Em tese, se o sujeito obtém vantagens ou benefícios, em decorrência dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona.

Afinal, como salienta Lima (1999):

Não é justo, nem racional, nem tampouco eqüitativo e humano, que a vítima, que não lhe colhe os proveitos da atividade criadora dos ricos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia. (LIMA, 1999, p. 119)

Dessa forma, pautando-se pela necessidade da segurança da vítima, nessa modalidade de responsabilidade, o dever de reparação do dano não está jungido à verificação do evento culposo. Ressalvam-se apenas as hipóteses em que é admitida a exclusão de responsabilidade quando se constata a culpa exclusiva da vítima ou ação de regresso contra o agente diretamente culpado. (BAPTISTA, 2003)

Destarte, como regra geral, para se erigir o dever de indenizar, basta a prova do comportamento do agente, do dano e a demonstração de nexos causal entre a conduta lesiva e o evento danoso, prescindindo-se da prova da culpa. É o que ensina Rodrigues (2003):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. (RODRIGUES, 2003, p. 11)

Releva salientar que nova tendência desponta, no intuito de fornecer mais um fundamento para a adoção da teoria da responsabilidade objetiva, além do risco. Hodiernamente,

[...] a doutrina vem desprezando a bipolarização *culpa e risco*, para classificar como casos de responsabilidade objetiva inúmeros fatos lesivos, independentemente de ser a atividade do agente perigosa ou de risco. (BAPTISTA, 2003, p. 106)

Contudo, é razoável ponderar que a natureza da responsabilidade não pode ser alterada pelo simples desiderato da doutrina e da jurisprudência. Especificamente no caso do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o legislador transferiu para os operadores do Direito a tarefa de, no caso concreto, considerar objetiva a responsabilidade do imputado, mas com base no fundamento do risco. A ampliação do campo de atuação da responsabilidade objetiva, sem previsão legal e com a adoção de outro fundamento fora o do risco não convém seja admitida.

À luz do exposto, pode-se dizer que a responsabilidade é objetiva quando, em razão de determinação legal ou de constatação da situação de risco criado no caso concreto, é facultado atribuir à pessoa do imputado o dever de reparar o dano, independentemente da alegação de ocorrência de sua culpa e nem este ostenta a possibilidade de se eximir demonstrado não ter laborado culposamente.

1.4 Pressupostos

Nos próximos itens, visa-se investigar os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, à luz de sua teoria geral. Inicialmente, pretende-se justificar a escolha dos elementos considerados como pressupostos e, a seguir, detidamente, os investigar, analisando a conduta, o dano, o nexo de causalidade e, por fim, a culpa.

1.4.1 Considerações iniciais

Os pressupostos da responsabilidade civil não encontram uma enumeração uniforme na doutrina. Por vezes, até mesmo referindo-se a um mesmo pressuposto, os autores cuidam de atribuir nomenclatura própria.

Na opinião de Baptista (2003), por exemplo, o fato jurídico antecedente, o dano, o nexo de causalidade e a imputação da responsabilidade constituem os pressupostos da responsabilidade civil.

Para Rodrigues (2003), são pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão do agente, a culpa do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Adotando o mesmo critério de estudo perfilhado por Rodrigues (2003) e Venosa (2003) entende que para a configuração do dever de indenizar faz-se mister a presença dos seguintes pressupostos: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e, finalmente, culpa.

Observe-se que, inobstante Baptista (2003) utilize o termo fato jurídico antecedente como um pressuposto da responsabilidade civil, em verdade, está se referindo ao mesmo pressuposto denominado ação ou omissão utilizados por Rodrigues (2003) e Venosa (2003). Ambos os termos se referem à conduta do agente causador do dano.

Por outro lado, o termo imputação da responsabilidade, tido como um pressuposto da responsabilidade civil para Baptista (2003), refere-se, genericamente, à aptidão para ser sujeito do dever de reparação, inclusive por ato de outrem, independentemente de culpa ou da condição física, psíquica ou mental do agente. (BAPTISTA, 2003)

Contudo, no presente estudo será adotada a clássica enumeração adotada por Rodrigues (2003) e Venosa (2003), vez que reflete a decomposição do próprio instituto da responsabilidade como contemplado pelo ordenamento jurídico.

De fato, se tomar por base o artigo 186 do Código Civil, o qual é fundamental em sede de indenização por ato ilícito, fixando a base da responsabilidade extracontratual no ordenamento jurídico pátrio, percebe-se que os pressupostos enumerados por Rodrigues (2003) e Venosa (2003) estão todos ali previstos.

Destarte, não desconhecendo a peculiaridade da culpa, que pode ou não figurar como pressuposto do dever de reparar o dano, de modo geral são pressupostos da responsabilidade civil: a conduta, consubstanciada na ação ou omissão humana, o dano, o nexos de causalidade e, finalmente, a culpa.

A seguir, cada um desses pressupostos serão analisados separadamente, visando melhor compreendê-los.

1.4.2 Ação ou omissão

O objetivo da responsabilidade civil exaure-se com a reparação do dano experimentado por alguém. O dano reparável, porém, consoante o preceito básico admitido na responsabilidade civil, obrigatoriamente possui origem em uma conduta humana, que pode ser consubstanciada por meio de ação ou omissão, violadora de um dever legal ou contratual. Aliás, este é o teor do artigo 186 do Código Civil, o qual expressamente refere-se à ação ou omissão causadora de dano.

Destarte, o dano pode ser gerado por um comportamento comissivo do agente, um fazer, ou uma abstenção do agente que estava obrigado a agir, ou seja, um não fazer quando deveria.

A responsabilidade somente é deflagrada com a exteriorização de determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica. Daí a conclusão de que a ação e omissão constituem o primeiro momento da responsabilidade civil. (STOCO, 2004)

Comumente, o dano é resultado de uma ação, visto que, à margem da esfera contratual, é através do fazer, que as pessoas violam o dever geral de abstenção da prática de atos que possam lesar a esfera juridicamente protegida de outrem.

Por outro lado, os danos decorrentes de uma omissão ocorrem em uma menor escala, sendo os mesmos resultantes da inatividade ou abstenção de algum comportamento devido.

Como preleciona Stoco (2004), a omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma.

De fato, assim como nem toda ação provoca um dano, igualmente, não é qualquer omissão que possui o condão de causar um dano. Faz-se mister a presença da relevância jurídica da omissão, evidenciada através da inobservância do dever de agir na forma esperada.

Nesse sentido, com muita propriedade, Cavaliere Filho (2004) ensina que a omissão é aquilo que se faz não fazendo. Este autor assevera que a omissão:

[...] como pura atitude negativa, a rigor não gera, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever esse que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 43)

Assim, cumpre frisar que, ao se falar em ação ou omissão do agente, como pressuposto da responsabilidade civil, o emprego dos termos não se referem a qualquer conduta comissiva ou omissiva, mas àquela que fere um dever jurídico de não lesar.

Por corolário, se sobrevir o dano da conduta comissiva ou omissiva surge o dever do agente imputado promover a sua reparação, de modo a reequilibrar o patrimônio desfalcado da vítima, em razão da ofensa.

Neste ponto, impende consignar que nem sempre a pessoa que empreende o comportamento comissivo ou omissivo, provocando o dano, será responsável pela sua reparação. A responsabilidade pode derivar, na verdade, de conduta do próprio imputado, por comportamento de terceiro ou, ainda, do fato de coisas que dependam do imputado. (GONÇALVES, 2003)

É possível afirmar, destarte, que nem sempre a pessoa do imputado é a mesma que causou o dano. Por vezes, o ordenamento jurídico, fundado em razões de equidade e segurança, impõe a um certo agente o dever de indenizar os prejuízos causados a outrem, por terceiros vinculados a eles ou por coisas que estejam sob sua guarda.

A seguir, serão abordadas, individualmente, as formas como podem erigir a responsabilidade.

Responsabilidade por conduta do próprio imputado

A responsabilidade por conduta do próprio imputado é conhecida como responsabilidade por ato próprio. Deriva da liberdade e racionalidade ínsita ao ser humano.

Conforme explicam Bittar; Bittar Filho (2003):

O ser humano, por que dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações e omissões,

no âmbito do Direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade. (BITTAR; BITTAR FILHO, 2003, p. 164)

Na responsabilidade por conduta do próprio imputado, o agente que, por ação ou omissão, causou diretamente o dano é quem deve repará-lo. Neste caso, o agente responderá pessoalmente, com seus bens, para a reparação do dano, conforme a previsão contida no artigo 942, *caput*, do Código Civil. Tem-se, neste caso, a conjugação da causa imediata e mediata do dano na mesma pessoa do imputado.

Responsabilidade por comportamento de terceiro

A responsabilidade por comportamento de terceiro encontra previsão legal no Código Civil, nas hipóteses previstas nos incisos de seu artigo 932.

Fala-se em responsabilidade por comportamento de terceiro, conhecida por responsabilidade por ato de terceiro, quando há o dever de uma pessoa física ou jurídica, de reparar um dano causado por outrem, que com ela mantenha algum vínculo estabelecido em lei ou contrato. Nota-se que, nessa hipótese, a pessoa do imputado é o autor mediato do dano.

Valendo-se de um sistema de responsabilidade solidária criado pela lei o legislador atribui ao ofendido a prerrogativa de postular a indenização contra todas as pessoas consideradas responsáveis pelo dano.

Responsabilidade pelo fato das coisas que dependam do imputado

A terceira forma de exsurgir a responsabilidade civil diz respeito ao dano causado pelo fato de coisas que dependem do imputado. Tem-se, aqui, a responsabilidade do agente como corolário do dano provocado por coisas animadas ou inanimadas que estão sob sua guarda.

A responsabilidade por coisas animadas é prevista no artigo 936 do Código Civil. Cuida-se, de responsabilidade por dano causado por animais. A responsabilidade por coisas inanimadas, ao seu turno, é contemplada, exemplificativamente, nos artigos 937 e 938 do Código Civil.

Ambas as espécies – responsabilidade por coisas animadas e inanimadas – encontram supedâneo na obrigação de guarda e de direção do bem. Tem-se, nestes casos, outra forma de imputar a responsabilidade ao

autor mediato do dano.

Infere-se, portanto, que a ação e a omissão são formas de exteriorização da conduta humana, por meio das quais se provoca a ocorrência de um dano, implementando a lesão da esfera juridicamente protegida de outrem. Ao passo que ação é definida como a conduta positiva, ou seja, um fazer, a omissão é entendida como a conduta negativa, uma abstenção.

1.4.3 Dano

Os artigos 402 e 403 do Código Civil expressamente aludem ao dano, informando a extensão de sua reparação.

O dano representa o núcleo da responsabilidade contratual e extracontratual. Não se cogita em reparação se não existir prejuízo.

Baptista (2003) afirma que o dano é o fato jurídico gerador da responsabilidade civil em virtude do qual o ordenamento atribui ao ofendido o direito de exigir a reparação e ao ofensor a obrigação de repará-lo.

O vocábulo dano engloba diversas matizes. Conforme preleciona Alvim (apud GONÇALVES, 2003), o termo dano:

Em sentido amplo, vem a ser a lesão a qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e o patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida pelo patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. (ALVIM apud GONÇALVES, 2003, p. 529)

Do escólio do referido doutrinador, extrai-se que o dano que importa para a responsabilidade civil é apenas aquele passível de indenização, uma vez que revela uma diminuição do patrimônio da vítima resultante do ferimento de um bem jurídico.

Destaque-se que a expressão bem jurídico, empregada na conceituação mencionada, não se restringe aos bens suscetíveis de avaliação pecuniária que integram o patrimônio de uma pessoa. Abarca, também, aqueles extrapatrimoniais, como a honra, a vida, a integridade física e mental, que, da mesma forma, são protegidos juridicamente.

O dano patrimonial é composto da soma do dano emergente com o lucro cessante. Denomina-se dano emergente a perda patrimonial imediata experimentada pela vítima em razão da lesão e lucro cessante tudo aquilo que o ofendido razoavelmente deixou de auferir. A indenização deve abarcar ambos.

A recomposição do patrimônio da vítima pode se processar pela reparação natural ou pela reparação pecuniária. Os dois modos visam reconduzir o prejudicado ao estado anterior à lesão (*status quo ante*). Registre-se, todavia, que comumente se busca uma compensação em forma de pagamento de indenização em dinheiro, pois a reparação natural se mostra inviável ou impossível.

A reparação natural importa na restauração, pelo agente imputado, do bem jurídico lesado, conduzindo o patrimônio do ofendido à idêntica condição em que se encontrava antes do evento.

A reparação pecuniária surgiu como medida subsidiária, porque corriqueiramente não é possível realizar a reparação natural, dados os obstáculos existentes de se restabelecer a situação anterior.

Assim, na responsabilidade civil, o pressuposto do dano, considerado estritamente como o dano patrimonial, pode ser entendido como toda e qualquer lesão injusta, experimentada por alguém, impingida por outrem, importando na diminuição de seu patrimônio (dano emergente e lucro cessante) e que pode ser avaliado economicamente.

1.4.4 Nexó de causalidade

O *caput* do artigo 927 do Código Civil, de forma expressa, menciona o pressuposto da causa. Faz-se mister que o dano seja proveniente de um ato ou fato considerado com a sua causa para que o mesmo seja reparado.

No decorrer da análise dos pressupostos da responsabilidade civil levado a efeito no presente trabalho há a afirmativa de que não se pode cogitar em reparação sem que tenha ocorrido um prejuízo. Afirmou-se, é verdade, que a existência do dano constitui a razão da responsabilidade civil. Mas não é só:

para que o dano seja reparado é preciso que ele tenha sua origem em um comportamento lesivo, comissivo ou omissivo, que possa ser juridicamente atribuído ao agente imputado, ou seja, necessária a presença do liame de causalidade entre o resultado danoso e o respectivo evento que o provocou.

Obrigatoriamente, a existência de uma relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o resultado danoso experimentado pela vítima precisa ser demonstrada para a responsabilização da pessoa do imputado.

Se o dano foi causado por um fato distinto e sem qualquer participação do agente, como nos casos de fato inevitável da natureza, não se pode falar em responsabilidade civil, vez que é outra a sua causa.

Como ensina Venosa (2003):

O conceito de nexa causal, nexa etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. (VENOSA, 2003, p. 39)

A identificação do nexa causal é uma situação a ser aferida no caso concreto. Neste exercício evidencia-se a dificuldade de sua prova e, além disso, comumente apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui a real causa do dano, mormente quando o dano advém de uma multiplicidade de causas.

Nesse sentido, explicitando a complexidade que o tema envolve, Stoco (2004) pontifica que:

No tocante à determinação do nexa causal, duas questões se antepõem: a primeira pertine à dificuldade de sua prova; a segunda situa-se na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, máxime quando ocorra 'a causalidade múltipla', pois nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta do fato, sua causa eficiente. (STOCO, 2004, p. 146)

Deixando de lado a questão da prova do nexa de causalidade, matéria de cunho estritamente processual que foge ao objeto de análise do presente pressuposto da responsabilidade civil resta necessário evidenciar o critério hábil para aferir o liame causal.

Diversas teorias surgiram com a finalidade de solucionar a questão do nexa de causalidade, entre as quais figura a teoria da equivalência das condições ou equivalência dos antecedentes e teoria da causalidade

adequada.

A teoria da equivalência das condições ou equivalência dos antecedentes, conforme expressa sua própria nomenclatura, preconiza que todo fato anterior ao evento e que contribui de alguma forma para a sua ocorrência é tida como causa.

Causa, para essa teoria, é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada um teve. (CAVALIERI FILHO, 2004)

O agente seria responsabilizado por todos os danos que não se teriam verificado, se não houvesse ocorrido o fato que lhe é atribuído.

Na tarefa de apontar a causa realiza-se um raciocínio hipotético procedendo à subtração da conduta imputada ao agente como responsável. Se da realização deste procedimento o resultado danoso desaparece, é causa, mas se persistir, não pode ser considerado causa.

Essa teoria vem em socorro da vítima, tentando resolver, na prática, o problema da relação causal, e tem o mérito da simplicidade. Contudo, foi afastada por inadequada.

De fato, se aplicada nos moldes em que foi formulada, inegavelmente pode conduzir a resultados exagerados, haja vista que a responsabilidade civil não encontraria termos, abarcando uma cadeia causal *ad infinitum*.

De modo geral, a doutrina reconhece a insuficiência desta teoria para definir com segurança o nexos causal. (CAVALIERI FILHO, 2004; STOCO, 2004).

Com a constatação de que nem todas as condições sem as quais o dano não se teria produzido podem ser consideradas causas deste, os operadores de Direito passaram a procurar formas de delimitar aquelas condições que deveriam ser tidas como relevantes. Desta forma surgiu outra teoria, denominada de teoria da causalidade adequada, elaborada com o escopo de trazer uma solução à questão do nexos de causalidade.

Consoante Cavalieri Filho (2004), referida teoria foi engenhada por Von Kries e sustenta que a causa é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado.

Desta forma, diferentemente da teoria da equivalência das condições,

nem todas as condições são consideradas causa, mas somente aquelas que for a mais apropriada a produzir o resultado danoso.

No procedimento de constatação de qual condição é a mais apropriada na criação do dano, de acordo com a teoria em estudo, o juiz deve retroceder até o momento da ação ou da omissão, com o objetivo precípuo de estabelecer se esta era, ou não, idônea a produzir o dano.

Realiza-se um procedimento que a doutrina convencionou chamar de prognose retrospectiva. Noronha (2003) explica o sentido desta designação:

É prognose, porque constitui tentativa de adivinhar, a partir de um determinado fato, o que pode vir a acontecer como sua conseqüência; essa prognose é retrospectiva, porque o exercício é feito depois de já se saber o que efetivamente aconteceu. Nesse exercício de prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se concluir que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluir que era previsível, como conseqüência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada. (NORONHA, 2003, p. 742)

Seria preciso, portanto, a realização de um juízo de probabilidades, de forma retrospectiva, a fim de que se definisse a causa.

Na legislação civil não há regra específica acerca do nexos causal. A doutrina majoritária tem sustentado que a teoria da causalidade adequada é a prevalente em sede de responsabilidade civil. Os defensores desta teoria tomam por base o teor do artigo 1.060 do Código Civil de 1916, com a redação reproduzida no artigo 403 do atual Código Civil, para sustentar o seu acolhimento pelo ordenamento pátrio. (CAVALIERI FILHO, 2004)

Dos aludidos dispositivos, a doutrina ressalta a expressão efeito direto e imediato, interpretando-a como a causa mais determinante conforme o normal desdobramento das coisas.

Nessa esteira, Dias (1995), ao sustentar a aplicação da teoria da causalidade adequada para aferir o nexos e causalidade, afirma que, nos moldes dessa teoria: se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção.

Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade [como sustenta a teoria norte-americana – *the last clear chance*], o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em melhores condições de evitar o dano, de quem foi o ato que decisivamente influi para o dano. (DIAS, 1995, p. 695)

Igualmente, Cavalieri Filho (2004) destaca que, com freqüência, a causa temporalmente mais próxima do evento não é a mais determinante, caso em que deverá ser desconsiderada, por se tratar de mera *concausa*.

Sem embargo das teorias existentes sobre onexo causal, o problema da causalidade não encontra solução teórica satisfatória. Como já foi afirmado, considera-se este pressuposto da responsabilidade civil como uma *quastio facti* (questão de fato), recomendando freqüentemente que se aprecie o caso concreto. (DINIZ, 2002)

Malgrado o nexo causal ser considerado como uma questão de fato, merecendo análise individualizada do julgador, não é desarrazoado pontificar que o tema precisa ser investigado mais detidamente com o fito de elucidar seus contornos.

Diniz (2002), pondera que nos comportamentos positivos e negativos do agente que diretamente causa o dano, a questão não apresenta dificuldade, vez que o resultado naturalístico é corolário da ação ou omissão humana. Haveria nesta hipótese, a conjugação da autoria imediata e mediata num mesmo agente.

Entrementes, a questão não se revela tão simples como à luz dessa afirmativa possa parecer. Em outras situações, um fato pode ser considerado causa do dano ainda que este não derive imediatamente daquele. Realmente, há situações em que o dano decorre indiretamente do fato que o produziu. Nestes casos, para concluir se o evento constituiu ou não causa do dano, faz-se mister aferir se o dano ocorreria na hipótese em que o fato não tivesse acontecido. À luz desse raciocínio, se a resposta for afirmativa, o fato não constitui sua causa; se negativa, o fato, inegavelmente, constitui sua causa.

Destarte, a questão do nexo causal pode ser solucionada mediante a análise da potencialidade lesiva de todos os fatos que antecedem o dano. Mesmo que diversos acontecimentos apresentem potencial suficiente para produzirem o dano, indubitavelmente, todos eles constituem a sua causa, ainda

que indiretas.

Pontifique-se, neste ponto, que a lei civil não condiciona o dever de reparar o dano, jungindo este pressuposto a uma causa direta ou que haja uma relação perfeita entre o comportamento e o resultado. Caso o legislador entendesse assim, por razões óbvias teria mencionado isso nos dispositivos legais que cuidam do assunto.

Logo, para ensejar o dever de indenizar, basta que o agente seja responsável por uma causa potencialmente hábil de produzir o dano, ainda que outras causas participem da relação causal, sejam elas preexistentes, concomitantes ou supervenientes. A pessoa do imputado pode ser responsabilizado por ser ele o autor mediato do evento danoso.

Diante das considerações supra, pode-se concluir que o nexos de causalidade constitui na relação de causa e efeito existente entre o comportamento comissivo ou omissivo, potencialmente lesivo do agente e o resultado dano experimentado pela vítima.

1.4.5 Culpa

No atual Código Civil, a culpa é tida como elemento estruturante da responsabilidade subjetiva. Todavia, a legislação pátria não define a culpa, apenas menciona seu conteúdo, ao preconizar o artigo 186 do aludido diploma legal, que: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Ensina Baptista (2003) que a culpa consiste na transgressão ilícita, intencional ou não, ou a manifestação volitiva (definida como uma ilicitude) que viola dever ou contraria direito de alguém.

Em pronunciamento mais elucidativo, Stoco (2004) preleciona que, em sentido amplo, a culpa:

[...] tanto pode ser a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de açodamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem a intenção de prejudicar. (STOCO, 2004, p.

134)

Inferre-se que ambas as definições apresentadas dicotomizam a culpa. A culpa, em sentido amplo, abarca o dolo e a culpa em sentido estrito.

Melhor esclarecendo as palavras dos aludidos doutrinadores, impende destacar que a conduta intencional dirigida a uma finalidade que o ordenamento jurídico repudia chama-se dolo. Por outro lado, a inobservância do dever de cuidado consubstancia-se na culpa em sentido estrito.

Nesse mesmo sentido, são as palavras de Diniz (2002), ao ensinar que a culpa engloba o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico e a culpa, em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

Assim, por consectário,

Se o dano foi causado voluntariamente, há dolo. Este se caracteriza pela ação ou omissão do agente, que antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso. No ato culposo o intuito de causar prejuízo não existe. Mas o prejuízo da vítima decorre de um comportamento negligente ou imprudente da pessoa que o causou. (RODRIGUES, 2003, p. 147)

Giovanna Visintini (apud VENOSA) pontifica que o dolo e a culpa em sentido estrito possui, cada qual, uma estrutura própria, nada tendo em comum.

Realmente, não há como discordar da referida autora. Isto porque, ao passo em que no dolo o agente visa intencionalmente o resultado, na culpa em sentido estrito, o resultado é corolário da negligência, imprudência ou imperícia do agente.

A imperícia consiste na conduta desprovida da necessária aptidão ou habilidade.

A negligência traduz-se na falta de atenção ou de cuidado para a prática de um determinado ato. A negligência verifica-se com um comportamento omissivo do agente, que não se pauta com o necessário discernimento na execução de uma tarefa.

A imprudência revela-se na preceptação ou o ato sem cautela (DINIZ, 2002). A imprudência envolve sempre um comportamento positivo, com ação,

executado de forma perigosa.

Fala-se em culpa *in comittendo*, para se referir à conduta culposa por comportamento positivo do agente e culpa *in ommittendo* para indicar a culpa consubstanciada por comportamento omissivo. (VENOSA, 2003)

Diversas outras classificações existem, como a culpa contratual e extracontratual, culpa *in concreto* e *in abstrato*, culpa *in eligendo* e *in vigilando*, todavia, por não serem imprescindíveis para a compreensão do objeto do presente trabalho, sua análise não se revela pertinente. (DINIZ, 2002)

A distinção entre dolo e culpa em sentido estrito, muito embora já foi de curial importância, modernamente, para a responsabilidade civil, revela-se desprovida de maior relevância, visto que, para desencadear o dever de indenizar, basta verificar se o agente agiu com culpa civil em sentido amplo, devendo a indenização ser balizada pelo efetivo prejuízo. (VENOSA, 2003)

Hodiernamente, contudo, no ordenamento pátrio, a afirmação de que a distinção entre dolo e culpa em sentido estrito, bem como a intensidade do dolo ou da culpa, não influi no montante da indenização não pode ser feita de forma peremptória.

O Código Civil atual trouxe uma nova perspectiva em matéria de fixação da indenização. Apesar de prever, como regra geral, no *caput* do artigo 944, que a indenização mede-se pela extensão do dano, acrescenta, no parágrafo único do mesmo dispositivo: se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Portanto, nem sempre a indenização corresponderá à efetiva extensão do prejuízo experimentado pela vítima.

Rodrigues (2003), ao analisar a matéria, louva o legislador pela inclusão do referido preceptivo, afirmando que trata-se de solução justa.

Demais, recentemente avoluma-se entendimento jurisprudencial, máxime no que tange ao dano moral, dando conta que a indenização, além de possuir o caráter de reparação do prejuízo, tem também caráter punitivo, educativo e repressor.

Como explica Venosa (2003), a indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa para o

ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar perdas e danos futuros.

Amparando esse entendimento tem-se o Projeto de Lei nº. 6.960/2002, que acrescenta mais um parágrafo ao artigo 944, preceituando que a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

Segundo Venosa (2003), inobstante a culpa ser facilmente compreendida nas relações sociais e no caso concreto, a doutrina converge no sentido de que é difícil fixar o conceito de culpa.

Dias (1995), após analisar diversas definições de culpa, fornecidas pela doutrina estrangeira, chega à conclusão de que

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude. (DIAS, 1995, p. 120)

Rodrigues (2003), pontifica que o debate a respeito da definição de culpa, na literatura estrangeira gira em torno do exato sentido da palavra *faute*, empregado no artigo 1.382 do Código Napoleônico. No ordenamento pátrio, a discussão perde importância, haja vista que, no campo da responsabilidade extracontratual, o artigo 186 supramencionado traz a definição de comportamento culposos do agente causador do dano.

Da conjugação do referido dispositivo com o *caput* do artigo 927 do Código Civil, tem-se que o dever de reparar exsurge toda vez que o agente causar o dano a outrem, através de ação voluntária, negligência, imprudência e imperícia.

Infere-se, portanto, que para aferir se houve ou não culpa, mister se faz observar a ocorrência ou não, de conduta voluntária, negligência, imprudência ou imperícia.

Tendo em mente as considerações acima efetuadas, é possível inferir, à luz da lei e da doutrina, que a culpa consiste na violação de um dever jurídico imputável a alguém, quer seja por conduta intencional (dolo), quer seja por conduta desprovida de deliberação, consubstanciada na imperícia, imprudência ou negligência (culpa em sentido estrito).

CAPÍTULO II

DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O estudo desenvolvido neste capítulo adentra especificamente no campo da responsabilidade civil do Estado, iniciando com a investigação de sua definição. A seguir, passa para a análise de seu ciclo evolutivo, perquirindo os contornos das teorias que advieram ao longo dos tempos, cada qual com a pretensão de justificar, a irresponsabilidade ou responsabilidade do Poder Público. Ao final, cuida, ainda, de traçar considerações acerca dos fundamentos da responsabilidade estatal.

2.1 Conceito

Preambularmente, insta esclarecer que não interessa, aqui, cuidar da responsabilidade civil estatal derivada do contrato. Este trabalho centraliza, precisamente, no campo da responsabilização civil estatal extracontratual.

Inobstante as dificuldades existentes na tarefa de investigar a responsabilidade do Estado, dada a imensidão da matéria atinente ao tema a doutrina e a jurisprudência têm despendido esforços em definir os seus contornos.

Necessário evidenciar, isto sim, é que a teoria da responsabilidade civil do Estado reflete um estágio da civilização. De fato, com a transformação desta, seus conceitos também vão cedendo, amoldando, ou dando lugar às novas concepções. É a razão de poder afirmar que o Direito não é algo estático, mas dinâmico, pois como ciência social que é, tende a acompanhar o progresso da sociedade, malgrado esse processo não se verifique na mesma proporção, haja vista que o Direito vive em constante processo de anomia, vale dizer, a evolução dos fatos sociais antecede o progresso da ciência jurídica.

Cingindo à doutrina dos administrativistas que investigam a responsabilidade civil do Estado, percebe-se uma uniformização de entendimento a respeito do conceito de responsabilidade deste ente.

Entende Meirelles (2005) que a responsabilidade do Estado é a que se impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiro por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

Sem discrepar do ensinamento de Meirelles (2005), mas fornecendo definição mais minuciosa, preleciona Mello (2005) que a responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação que lhe incumbe reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

No mesmo sentido, o entendimento de Di Pietro (2005), ao sustentar que:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos. (DI PIETRO, 2005, p. 562)

Nota-se que as definições apresentadas expressam a preocupação em identificar os sujeitos que se formam da relação jurídica, com a ocorrência do dano. No pólo passivo tem-se o Estado, pessoa do imputado e, no pólo ativo, o particular, que experimentou o prejuízo. O Estado figura como sujeito passivo da relação jurídica formada porque, ao se comportar de alguma forma que o ordenamento considera juridicamente relevante, torna-se juridicamente responsável pelo dano impingido ao ofendido.

Assim, revela-se ser suficientemente operacional ao estudo da responsabilidade do Estado, o conceito que destaca apenas os elementos necessários à configuração da responsabilidade, quais sejam: a conduta estatal lesiva que, necessariamente, se reveste da forma comissiva ou omissiva; o dano e o nexo de causalidade entre o comportamento estatal – que torna este ente sujeito obrigado à reparação – e o prejuízo experimentado pelo particular – que o torna sujeito beneficiário da reparação.

O Estado é um ente abstrato. Seu comportamento é exteriorizado através de seus agentes ou prepostos. Agindo estes como representantes do poder público, vindo a praticarem atos danosos no exercício inerente à atividade de um órgão estatal e, apurado o liame causal entre o fato e a lesão, erigir-se-á a responsabilidade civil do Estado, acarretando a este ente a obrigação de indenizar. (PEREIRA, 2004)

À luz do exposto, é possível afirmar, portanto, que a responsabilidade civil do Estado, em apertada síntese, consiste no dever jurídico que lhe é imposto, de reparar um dano experimentado pelo particular, como corolário da conduta comissiva ou omissiva lesiva de seus agentes.

2.2 Ciclo evolutivo

A subdivisão a ser efetuada nos itens seguintes aborda a concepção da fase da teoria negativista, para a qual o Estado é ente irresponsável, o estágio da teoria da responsabilidade subjetiva e, também, a etapa do reconhecimento da adoção da teoria objetiva.

2.2.1 Considerações gerais

A esfera da responsabilidade civil do Estado tem assistido marcantes alterações no que diz respeito às teorias que regulam esse campo do direito.

A doutrina não é uniforme ao elencar a seqüência das teorias que advieram ao longo dos tempos. (BAHIA, 1997)

No presente trabalho, em razão da aprofundada análise efetuada por Bahia (1997), procurar-se-á seguir a classificação por ele efetuada. Referido autor analisa desde o princípio, a fase da irresponsabilidade do poder público (teoria da irresponsabilidade), resvala, a seguir, na admissão da responsabilidade do Estado fundada na culpa, nos quadrantes do direito civil (teoria da culpa civilística), percorrendo, progressivamente, até à responsabilidade fundada no direito público (teoria da culpa administrativa),

etapa que se conheceu a inversão do ônus probatório (presunção de culpa) e a elaboração das teorias da culpa anônima e da falta administrativa.

Nessa linha de evolução, a seguir, alcançou-se a responsabilização do Estado por comportamentos lícitos, consoante a teoria do risco administrativo, pretendendo-se que atingisse aos rigores da teoria do risco integral.

2.2.2 Teoria negativista – fase da irresponsabilidade

A fase da teoria da irresponsabilidade standardizava, provida de uma variedade de fundamentos, que o Estado não deveria reparar o prejuízo advindo de seu comportamento comissivo ou omissivo, experimentado por terceiro.

Dentre os argumentos levantados para justificar essa teoria, sobressaía-se os seguintes (BAHIA, 1997):

- a) princípio da infalibilidade do Estado: sendo o Estado a própria expressão da Lei e do Direito, nunca poderia ser qualificado como violador desta mesma Lei e Direito;
- b) o Estado constitui a personificação da nação, e por isso, não é demandável;
- c) afiguração dos aforismas inglês e francês, que dizia, respectivamente, que *the king can do no wrong* (o rei não pode errar) e que *lê roi ne peut mal faire* (o rei não pode fazer mal);
- d) soberania do Estado: característico da soberania é a sua imposição sem estar subjugada a retribuições ou compensação aos ofendidos;
- e) como pessoa moral, o Estado seria incapaz de praticar atos ou não poderia incidir em culpa.

Ainda ante a tese da irresponsabilidade, dentre outros argumentos, insta mencionar que se imaginava que, mesmo sendo o Estado capaz de produzir danos, isto não passaria de um ônus de viver em coletividade. Por isso, não seria justo satisfazer a alguns indivíduos em detrimento dos demais. É a invocação do princípio da igualdade, mas com denotação ao revés daquela apregoada na sistemática hodierna.

Acrescenta Cavalieri Filho (2004) que a simples idéia de uma responsabilidade pecuniária ao Estado era vista como um entrave perigoso à execução de seus serviços.

Em certo tempo, mesmo mantendo a irresponsabilidade do Estado, passou-se a responsabilizar pessoalmente o funcionário que agisse fora dos estritos limites traçados pela lei. Afinal, acreditavam que quem atua contra a lei é o funcionário, e não o Estado. Assim, só aquele mereceria ser responsabilizado.

Todavia, quando a responsabilidade recaía sobre o agente do Estado, poucas vezes o particular conseguia a recomposição do seu patrimônio, vez que era frustrado pela insolvência do preposto estatal. (PEREIRA, 1998)

Hodiernamente, a teoria da irresponsabilidade do Estado se encontra completamente abandonada.

E não poderia ser diferente. Com efeito, por mais elevado que seja o conceito que se queira dar à soberania, a teoria da irresponsabilidade do Estado não pode ser agasalhada, mormente no Estado moderno, fundado em princípios sociológicos e jurídicos. Afinal, a irresponsabilidade afronta a própria concepção da justiça, vez que o Estado, por excelência, é pessoa de direito.

Com efeito, considerando que o Estado é uma pessoa dotada de personalidade, portanto sujeito de direitos e obrigações como os demais entes, inexistente argumento para justificar a sua irresponsabilidade quando de sua atuação sobrevém danos aos particulares. (CAHALI, 1996)

Em suma, a teoria da irresponsabilidade, que subtrai do particular o direito de ver seu patrimônio recomposto em virtude do comportamento lesivo do Estado, por adotar fundamentos incompatíveis com o estágio atual da concepção de justiça, está abandonada.

2.2.3 Teorias subjetivistas

Não havendo qualquer razão válida para evitar a responsabilização civil do Estado, a fase da irresponsabilidade foi superada. A respeito das razões existentes para esta alteração, explica Bahia (1997) que:

A democracia aproximava o indivíduo do Poder Público, antes fundado na vontade divina ou na mecânica celeste. A instituição estatal deixou de ser vista como infalível, síntese superior da razão humana. O Estado foi descoberto em função do homem, para atendê-lo em suas necessidades, inclusive quando se cuidava de um dano sofrido injustamente, a partir de uma conduta da qual o Leviatã pudesse ser considerado autor. (BAHIA, 1997, p. 17)

São diversos os fundamentos para justificar a responsabilidade civil do Estado. É certo, todavia, que qualquer caso de responsabilidade civil preconiza, invariavelmente, o restabelecimento do equilíbrio econômico entre dois patrimônios.

Apontar, com certeza, o momento que a irresponsabilidade cedeu lugar à responsabilidade, ainda que com a presença da culpa não é fácil. Isso porque as teorias negativistas, subjetivistas e objetivistas conviveram em várias civilizações. Seria necessário o estudo específico pertinente a cada país. (BAHIA, 1997)

Nos próximos itens serão analisadas as principais vertentes das teorias subjetivistas, perquirindo-se a culpa civilística, a culpa administrativa, a culpa anônima, a culpa presumida e a falta administrativa.

2.2.3.1 Da culpa civilística

Diz-se teoria da culpa civilística porque, inicialmente, a responsabilidade civil do Estado era apurada consoante os contornos oferecidos pelo direito civil, respondendo o Estado, de modo indireto.

A reparação do dano por parte do Estado estava condicionada à prova da conduta culposa de seu agente. Todavia, não bastava a caracterização desta culpa. Isto, porque além dela, era preciso aferir a ocorrência da culpa do Estado pelo comportamento de seu preposto.

A culpa da administração era *in vigilando* ou *in eligendo*. É dizer, para a configuração da responsabilidade civil do Estado, exigia-se deste, a má escolha do representante ou preposto ou a falta de vigilância sobre os mesmos.

Dada a dificuldade para o particular demonstrar as específicas formas

de culpas por parte do Estado, raramente o Poder Público era compelido ao dever de reparar.

Os atos *iure imperii* (atos de império) atos *iure gestionis* (atos de gestão) estão compreendidos nesta teoria, pois a verificação da responsabilidade passava pela apuração da culpa consoante o modelo de representação. A distinção entre os atos *iure imperii* e atos *iuri gestionis*, como enfatiza Pereira (2004), foi de grande relevância, pois, mesmo que timidamente, importou na relativização do princípio da irresponsabilidade estatal até então tido como absoluto.

Isso, porque o Estado passou a responder, civilmente, pelos danos que seus agentes causavam sempre que se tratava de ato de gestão. (CRETELLA JUNIOR, 2002).

De modo geral, pode-se afirmar que a adoção da teoria da culpa civilística foi a primeira forma de atribuir ao Estado, ainda que indireta e timidamente, o dever jurídico de responder pelos danos provocados ao particular, importando em grande passo para o surgimento de outras teorias a embasarem a ampliação da esfera da responsabilidade estatal.

2.2.3.2 Da culpa administrativa

A teoria da culpa administrativa surgiu quando passou a ser entendido que os princípios a serem obedecidos na caracterização do dever estatal de reparar precisam advir de direito público, e não de direito privado. Mais precisamente sobreveio esta teoria quando a responsabilidade civil do Estado passou a figurar como matéria de direito administrativo.

Nesta fase, a responsabilização estatal passou a ser direta. O agente do Estado, ao produzir o dano, age apenas como um instrumento do Estado. Deste modo, a distinção entre os atos *iure imperii* e atos *iuri gestionis* perdeu a relevância.

Nesse sentido é a doutrina de Pereira (1998), ao ensinar que passou a ser reconhecido que a Administração, como órgão da pessoa jurídica de direito público, age em nome desta. Ora, se a pessoa moral procede sempre através

de seus órgãos, por corolário lógico deve responder pelos atos destes. Destarte, uma vez caracterizado o procedimento culposo do agente na provocação do dano, automaticamente a responsabilidade do Estado fica configurada.

A culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, por parte do Estado, dá lugar à culpa *in commitendo* (ação) ou *in omittendo* (omissão) por parte de seus agentes. Sendo assim, seria suficiente ao lesado demonstrar o dano, o ato ilícito provocado pelo agente e o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita do funcionário. (BAHIA, 1997)

Em suma, preconiza a teoria da culpa administrativa que o ato do preposto estatal é entendido como ato do próprio Estado. Assim, partindo da premissa de que o agente é apenas um instrumento do Estado, para erigir a responsabilidade do poder público bastaria o ofendido demonstrar o dano, a conduta lesiva culposa praticada pelo agente estatal e o liame de causalidade entre ambos.

2.2.3.3 Da culpa anônima

Não obstante os avanços trazidos pela teoria da culpa administrativa, em certos casos, muito embora fosse identificado que o dano provinha da ação ou omissão do Estado, não era possível a determinação precisa do agente provocador da conduta danosa.

Esses casos de impossibilidade de determinação específica do agente culpado foram se avolumando, proporcionalmente ao gigantismo do aparelho estatal. Como observa Bahia (1997), freqüentemente só se conseguia provar, objetivamente, o dano e a situação do serviço, consistente em seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio, causados por um agente.

Assim, da teoria da culpa administrativa evoluiu-se para a teoria da culpa anônima, também denominada de teoria do acidente administrativo, a qual surgiu justamente com o escopo de colocar um ponto final nesta situação de injustiça. Imaginou-se, desta feita, que seria desnecessário ao lesado provar

qual foi o agente causador do dano, pela conduta ilícita. Bastaria a prova de que o dano adveio do serviço público, por conduta de algum agente, não importando a prova de qual fosse. (BAHIA, 1997)

A teoria da culpa anônima partia da premissa de que todo dano oriundo do mau funcionamento de um serviço público é resultado da culpa do agente encarregado de prestá-lo, ou da culpa de outro, que atuou no passado e que esteve encarregado de executá-lo.

Em síntese, com o intuito de que a incerteza quanto ao efetivo agente causador do dano não traduzisse na irresponsabilidade do Estado, a teoria da culpa anônima entendia ser suficiente, para imputar o dever de reparar ao ente estatal, a existência de certeza de que o dano experimentado pelo particular adveio do serviço público, por conduta de algum agente, prescindindo-se da demonstração de qual agente o tivesse produzido.

2.2.3.4 Da culpa presumida (falsa teoria objetiva)

A teoria da culpa presumida é variante da teoria da culpa administrativa, que passou a admitir a inversão do ônus probatório, presumindo-se a culpa do Estado quando da conduta de seus agentes, sobreviesse dano ao administrado.

O sistema da teoria da culpa presumida foi interpretado, por alguns autores, como hipótese de responsabilidade objetiva. Isto, porque entendiam ser possível imputar ao Estado o dever de reparar o dano independentemente da constatação da culpa. (BAHIA, 1997)

Referida interpretação, contudo, não espelha a realidade. Na concepção da teoria da culpa presumida, provando o Estado que não agiu culposamente, a sua responsabilização fica obstada. Em verdade, esta teoria constitui apenas na inversão do ônus probatório da culpa.

De fato, ao passo em que a teoria da culpa presumida admite a exclusão da responsabilidade do Estado, caso este demonstre não ter agido com culpa, já na teoria objetiva pouco importa a demonstração da inexistência de culpa do Estado, uma vez que, presente o dano, a conduta estatal e o nexo de

causalidade entre ambos, estará configurado o dever de reparar o dano.

Em outras palavras, na teoria da culpa presumida milita contra o Estado uma presunção de dever reparar o dano experimentado pelo administrado, mas referida presunção é de natureza relativa, que pode ser elidida pela prova em sentido contrário. Na responsabilidade objetiva a culpa não integra os pressupostos do dever de reparar o dano. Assim, em nada aproveita ao Estado a realização da prova de não ter laborado culposamente para a provocação do dano.

Destarte, para a teoria da culpa presumida, quando a conduta omissiva ou comissiva de um agente estatal produzisse dano a terceiro, presumivelmente este seria indenizado. Todavia, caberia ao Estado argüir alguma excludente legítima para eximir-se à responsabilidade. E, uma das elidentes admitidas era justamente a culpa, ou seja, provando o Estado que seus agentes não agiram com culpa, estar-se-ia ante uma elidente do dever de reparar o dano.

Pode-se afirmar, portanto, que, segundo a teoria da culpa presumida, uma vez presente o dano, a conduta dos agentes estatais e o nexo de causalidade entre ambos, milita contra o Estado a presunção de ser culpado e, por isso, torna-se responsável pela reparação. Entretanto, por se tratar de presunção relativa, o Estado poderia subtrair-se a dever legal caso comprovasse a ausência de culpa de seus agentes no evento danoso.

2.2.3.5 Da falta administrativa

A teoria da falta administrativa é também conhecida por teoria da culpa administrativa, teoria da falta do serviço, teoria da falta de serviço, teoria da falha do serviço, teoria da culpa do serviço, teoria da culpa anônima, teoria da culpa anônima do serviço ou teoria do acidente administrativo.

Em virtude de perfilhar a classificação efetuada por Saulo José Casali Bahia, no presente trabalho far-se-á uso da expressão falta administrativa.

Referida teoria foi criada através do aprimoramento da teoria da culpa anônima. Passou-se a considerar a falta do serviço – entendido como o mau, o

não ou o tardio funcionamento – independentemente da conduta de qualquer agente, ou seja, não precisava mais provar que foram os agentes estatais que laboraram com culpa, porque esta é atribuída à administração. Isto, porque em determinadas situações nenhum agente podia ser diretamente relacionado à falta.

Neste aspecto, pode-se dizer que falta passou a ser objetivamente considerada, tomada em si mesma.

Com a adoção dessa teoria, nas situações em que nenhum funcionário podia ser diretamente relacionado à falta entendia-se que existia, de alguma forma, uma quebra, por parte da administração, de um dever para com os administrados. É o que diz Bahia (1997), ao afirmar que a culpa do funcionário, a ser apurada, passou deste à administração.

Nesta fase, ensina Cavalieri Filho (2004), a noção civilista da culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em *culpa do serviço* ou *falta do serviço* (*faute du service*, entre os franceses), que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado.

Necessário acrescentar que, conforme ensina Júlio Altamira Gigena (apud PEREIRA, 1998), a falta de serviço fica caracterizada independentemente de o agente se empenhar em cumpri-lo eficientemente.

Em outras palavras, não se trata de averiguar se o procedimento do agente foi culposo, porém de assentar que o dano resultou do 'funcionamento passivo do serviço público. (PEREIRA, 1998)

Segundo esta teoria, para Alves (2001), a caracterização da responsabilidade civil do Estado independeria da existência do elemento culpa. Esta assertiva não pode ser tida por correta, pois a teoria da falta administrativa não é modalidade de responsabilidade objetiva.

A teoria da falta administrativa não se confunde com qualquer modalidade da teoria objetiva. Aquela, conforme ensina Cavalieri Filho (2004), escudado na doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, possui natureza subjetiva, porque baseada na culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima ou impessoal.

De fato, a responsabilidade nos moldes da teoria da falta administrativa é sustentada na culpa do próprio Estado, consubstanciada na falta de

organização do serviço que lhe incumbe prestar. A culpa resta evidenciada com a demonstração, pela vítima, da não prestação do serviço ou a sua prestação retardada ou má prestação.

Em síntese, para a teoria da falta administrativa, à configuração da responsabilidade do Estado pelos danos experimentados pelo particular é suficiente a demonstração da falta do serviço, consubstanciada na prova da ausência do serviço devido, ou de seu deficiente ou demorado funcionamento.

2.2.4 Teorias objetivistas

Dentro da classificação das teorias objetivas, existe a teoria do risco administrativo, a teoria do risco integral e a teoria do risco social ou responsabilidade objetiva sem risco. Na seqüência, abordar-se-á cada uma destas teorias, evidenciando suas peculiaridades.

2.2.4.1 Do risco administrativo

A teoria do risco administrativo foi imaginada pioneiramente por Duguit (apud PEREIRA, 1998). Recebe esta denominação justamente porque sua sistematização infere que toda atuação estatal está jungida a um risco de dano.

Seu surgimento ocorreu ao se perceber, em certo estágio da sociedade, que o elemento culpa não mais servia para apontar, com justiça, todos os casos em que a responsabilidade estaria configurada.

Sabendo-se que a culpa somente está presente nas condutas ilícitas da administração, passou-se então, com o desenvolvimento do pensamento jurídico, a afastar este elemento subjetivo da configuração da responsabilidade civil, de modo a também reparar os danos experimentados pelo particular mesmo diante de comportamento lícito do Estado.

Como pondera Bahia (1997):

O Estado, muitas vezes, agindo lícitamente, produz danos aos particulares sem qualquer razão aparente para que estes devessem individualmente suportá-los, em proveito de toda a coletividade. Essa desisonomia havia de ser corrigida, e com o

abandono do elemento culpa, pois nada da atividade estatal deixava entrevê-la. (BAHIA, 1997, p. 60)

Em consonância, o escólio de Cavalcanti (1957)

Ninguém ignora que o Estado pelos amplos poderes de que é institucionalmente revestido em atenção à diversidade dos próprios fins, pode lesar os direitos dos indivíduos, não só por atos exorbitantes das normas legais, mas ainda, sabidamente, se conservando dentro delas, ou mesmo, procedendo rigorosamente de acordo ou em cumprimento das próprias leis... Mas, só porque as lesões da segunda espécie são provenientes de atos legítimos ou praticados sem culpa, isto deverá importar para o Estado a não-obrigação absoluta de indenizar tais lesões? Não pode ser; seria violar abertamente a regra fundamental da justiça. (CAVALCANTI, 1957, p. 346)

De fato, diante da evolução e das novas atividades desenvolvidas no seio da sociedade, as pessoas passaram a viver mais intensamente e, também, mais perigosamente do que nunca, tendo o Estado multiplicado seu alcance de atuação na esfera do particular. Com isso, mesmo agindo sob o pálio da legalidade, o Estado produz uma vasta gama de danos, não sendo razoável o poder público ficar imune ao dever de reparação, sob a justificativa de não ter laborado em culpa.

Assim, sustenta a teoria do risco administrativo que não há de se cogitar da culpa do agente, da culpa do próprio serviço e nem se houve um mau funcionamento da atividade administrativa para poder imputar a responsabilidade ao Estado. O que importa aferir é a existência de um dano, experimentado pelo particular, tido como corolário do funcionamento da atividade administrativa.

Nesse sentido, a lição de Pereira (1998), apoiado na doutrina de Renato Alessi:

Basta estabelecer a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a ação do agente ou do órgão da Administração. Se o funcionamento do serviço público (bom ou mau não importa), causou um dano, este deve ser reparado. Por outro lado, a Administração não pode escapar provando a 'não-culpa'. O que deve predominar é, proclama Renato Alessi, 'uma noção objetiva de responsabilidade da pública administração, baseada unicamente sobre a lesão de um direito subjetivo de um particular... prescindindo da conduta lesiva'. Toda lesão é ressarcível, acrescenta ele, sem que se deva perquirir se o dano 'provém de uma conduta culposa ou de uma conduta ilegítima (PEREIRA, 1998, p. 1)

Portanto, segundo o ditame da teoria do risco administrativo, a responsabilização do Estado não fica condicionada à existência de alguma falha ou algum mau funcionamento do serviço público. Se funcionando bem e, ainda assim o Estado cause dano a outrem, fica obrigado a reparar o prejuízo provocado. Afinal, se os benefícios do serviço público são partilhados entre todos, igualmente os prejuízos devem-no ser.

A questão principal é deslocada, portanto, para a causa do evento danoso. (CAHALI, 1996)

Nota-se, que a adoção da teoria do risco administrativo importa na distribuição, para toda a coletividade, das conseqüências danosas do funcionamento da administração estatal.

Esta repartição constitui uma forma de, democraticamente, distribuir os encargos sociais.

Por outro lado, necessário consignar que a teoria do risco administrativo, apesar de dispensar a culpa da administração, não importa em responsabilizar sempre e em qualquer caso o dano experimentado pelo particular. Havendo exclusão do nexos causal, ou seja, se o Estado, por seus agentes, não deu causa ao dano, não há lugar para a aplicação da teoria do risco administrativo, inexistindo, portanto, responsabilidade civil do Estado.

Em síntese, a teoria do risco administrativo, em homenagem ao princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos, constitui numa forma de atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Preconiza, assim, que todo dano experimentado pelo particular deve ser reparado, bastando a prova da lesão sofrida, a conduta administrativa e o liame de causalidade entre ambos, independentemente da culpa dos agentes estatais.

2.2.4.2 Do risco integral

A doutrina do risco integral dá ênfase à questão da reparabilidade do dano. Esta teoria preconiza que, vindo o particular a experimentar um dano, ligado à conduta do Estado, isso já seria suficiente para deflagrar a

responsabilidade do poder público.

As elidentes do nexo de causalidade, tais como o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, por exemplo, de nada serviriam, pois não seriam consideradas.

Referida teoria é tida como modalidade extremada da doutrina do risco. (CAVALIERI FILHO, 2004)

Malgrado a discussão gerada no direito brasileiro, gerada pelo fato de a Constituição Federal de 1988 não disciplinar a questão das excludentes da responsabilidade civil do Estado, predomina o entendimento de que a teoria do risco integral não foi agasalhada nesse campo. (BAHIA, 1997)

Registre-se que muitos daqueles autores que entendem haver sido adotada a teoria do risco integral, na verdade, se confundem quanto à denominação das teorias existentes, haja vista que não efetuam a distinção, falando em teoria do risco integral quando na verdade estão se referindo à teoria do risco administrativo, ou mesmo utilizam as expressões como sinônimos. (DI PIETRO, 2005)

Ciente desta confusão, Cavalieri Filho (2004), defensor da teoria do risco administrativo, ao refutar a teoria do risco integral, deixa claro que:

[...] qualquer que seja o rótulo ou qualificação que se dê à teoria que justifica o dever de indenizar do Estado, não poderá ser ele responsabilizado quando não existir relação de causalidade entre a sua atividade administrativa e o dano suportado pelo particular. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 241)

Enfim, a teoria do risco integral, se aplicada no âmbito da responsabilidade civil do Estado, implica em atribuir o dever jurídico deste ente reparar o dano sempre, mesmo quando o dano não decorresse de sua atividade, pois, uma vez demonstrada a lesão pelo particular, o Estado ficaria impedido de invocar as causas de excludente do liame de causalidade. Por conduzir ao abuso, esta doutrina não tem ganhado aplicabilidade neste campo do direito, não passando de mera teoria.

2.2.4.3 Do risco social (responsabilidade sem risco)

Observando a linha de transformação por que passou as diversas teorias no que tange à responsabilidade civil do Estado, desde a irresponsabilidade, seguida pela responsabilização, esta estampada mediante as teorias da culpa (civilística, administrativa, anônima, presumida), com a variante da falta administrativa, e as teorias objetivas do risco administrativo e do risco integral, torna perceptível que o surgimento de cada nova teoria vem em função de alargar a esfera da responsabilização do Estado para abranger um domínio que as teorias vigentes se revelavam incapazes ou insuficientes.

Como já ficou assente, a introdução das novas teorias não pretenderam em absoluto, substituir completamente as existentes, mas, sim, ampliar o campo da responsabilização estatal englobando as teorias então vigentes, ou apenas tomando um pouco de seus espaços, alterando o disciplinamento sobre o mesmo conteúdo.

Nessa esteira, considere-se o fato de que, das teorias atinentes à responsabilização estatal, tanto as teorias subjetivas quanto as objetivas do risco administrativo e do risco integral, todas elas, exigem ao menos a existência do dano e sua provocação, de alguma forma ligada pela ação ou omissão do Estado.

Quanto ao dano, pela lógica infere-se que é um elemento essencial, imprescindível a qualquer teoria, pois só se repara um dano. Não se repara o irreparável. (BAHIA, 1997)

De outra parte:

A necessidade de este dano ser causado por conduta ou risco relacionado diretamente a atividade desenvolvida pelo Estado passou a ser entendida como o não absolutamente necessário para que sua responsabilidade se fizesse observar. Ou seja, haveria casos em que a responsabilidade civil do Poder Público deveria ocorrer por ação ou omissão não relacionados diretamente ao Estado. (BAHIA, 1997, p. 91)

Partindo da premissa que a responsabilização sem culpa fundada apenas na teoria do risco administrativo não é suficiente para explicar todos os casos de responsabilidade civil do Estado, cogita-se, desta forma, de uma outra teoria a imputar a responsabilidade ante mesmo a inexistência de um dos clássicos pressupostos para caracterizar o dever de reparar, qual seja, o nexo causal.

Nesta seara, desponta a teoria do risco social, vista como o ponto mais elevado das teorias até hoje propaladas. Segundo Bahia (1997), esta é, talvez, a última fase da responsabilização. E a mais apurada. Seu advento ainda é mais anunciado e previsto do que acontecido. Mas, de qualquer modo, caminha até nosso mundo concreto a grandes passos.

De igual sentido é o pensamento de Mello (2005):

O ponto extremo da responsabilidade do Estado e para o qual vai a caminho é a teoria do *risco social*, segundo cujos termos esta se promove mesmo com relação a danos não imputáveis à ação do Poder Público. Consoante Laubadère, aplica-se no Direito francês apenas *dans le cadre de certaines législations particulières, le cas typique é tantt celui des dommages de guerre*. (MELLO, 2005, p. 928)

O fundamento da teoria do risco social, conforme explicita Bahia (1997), está na garantia da harmonia e da estabilidade social. Conforme suas palavras, se o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. Finalizando, aduz o autor: o que releva não é mais individuar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar.

Dentre as hipóteses que poderia acarretar a responsabilidade civil do Estado pelo risco social, estaria:

[...] os casos de danos cometidos por autores (particulares) insolváveis, falecidos ou desconhecidos, ou por qualquer razão não alcançáveis por uma eventual condenação em reparar. Isto porque não deve o Estado permitir que um dano ou uma lesão de direito individual quedem irreparados, constituindo constrangimento a que ponha em risco a tranqüilidade social. (BAHIA, 1997, p. 93)

Fora estas hipóteses cogitadas pela doutrina, em termos práticos se constata que a teoria do risco social, mesmo que timidamente, está sendo aplicada.

Interessante notícia veiculada pelo diário A Tarde de Recife, na edição de 22 de outubro de 1993 relatou a ocorrência de um assalto no Aquamar Praia Hotel, em Boa Viagem, no qual foram subtraídos todos os pertences dos hóspedes. O governo de Pernambuco desembolsou US\$ 38.400,00 (trinta e oito mil e quatrocentos dólares) para ressarcir 15 turistas alemães e italianos

que tiveram todo o dinheiro roubado. (BAHIA, 1997)

Malgrado ter sido a imediata reparação apenas uma forma de não prejudicar a imagem do Estado no exterior, não deixa de ser um exemplo claro, da adoção da teoria do risco social.

Na Espanha e Argentina existem leis que atribuem a responsabilidade civil ao Estado no caso de terrorismo político. (BAHIA, 1997)

O ordenamento pátrio, recentemente também passou a adotar a teoria do risco social. Com efeito, a Lei n.º 10.744, de 09 de outubro de 2003, trata da assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. O artigo 1º, § 1º, da referida lei, fixa o valor, equivalente em reais, de US\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de dólares dos Estados Unidos da América), para arcar com despesas de responsabilidades civis com a eventual ocorrência destes danos.

Inobstante a teoria do risco social já encontrar fundamento legal, as críticas à sua existência são numerosas. A principal delas é no sentido de que se erigir a responsabilidade na esfera da socialização dos danos constituiria fator de estímulo ao abandono da prevenção do dano, haja vista que o Estado eventualmente suportaria os prejuízos advindos da conduta de particulares.

Entrementes, assiste razão a Bahia (1997), ao asseverar que uma sociedade é gerida, fundamentalmente, por normas de conduta. Para este autor, no patamar em que a sociedade hoje se encontra, reclama-se um certo senso de cautela, de modo a obstar o evento danoso: todos os cuidados devem ser tomados, pelo particular, para que o Estado não venha a realizar inutilmente desembolsos para cobrir despesas com reparações.

Não é desconsiderado, também, que haveria a regressividade do Estado contra o real causador do dano, se este laborou culposamente.

Viabilizar a adoção da teoria do risco social, preconiza Bahia (1997):

[...] significa cuidar de legítimos interesses sonegados, dando a cada um o que é devido, tarefa para a qual deve o Estado empenhar todas as suas forças, ainda que tenha, ele, num primeiro momento, de realizar desembolsos para reconstruir o *status quo ante*, buscando, só após e regressivamente, o autor da lesão. (BAHIA, 1997, p. 98)

Um viés para fazer frente às reclamações a que lhe seriam dirigidas, seria a instituição, pelo Estado, dos seguros obrigatórios. Poderia o Estado delegar o processo de securitização para entidades de direito privado, ou então, ele mesmo criar um organismo segurador.

Em síntese, a teoria do risco social, nos moldes em que é formulada, atribui a responsabilidade civil do Estado sem levar em conta a ocorrência de culpa ou risco administrativo. Uma vez demonstrado a existência do dano, ao Estado é imputada a responsabilidade independentemente deste possuir qualquer participação no resultado danoso (desnecessidade do nexo de causalidade), pois se entende que houve a quebra do dever preexistente de tutelar a harmonia e a estabilidade social.

2.3 Fundamentos da responsabilidade do Estado

Examinar os fundamentos da responsabilidade do Estado importa em perquirir as razões que justificam a existência de sua responsabilização. Não se confunde com a análise dos pressupostos necessários para colocar em prática o dever de reparar o dano, estudo já realizado com a exposição das diversas teorias que cuidam do assunto.

Mello (2005) atribui ao princípio da legalidade o fundamento para os casos de danos oriundos do comportamento ilícito do Estado, quer seja a conduta comissiva ou omissiva. Acrescenta que, especificamente no caso de ilícitos comissivos, a responsabilidade é fundada também no princípio da igualdade. Demais, nos casos de danos existentes em razão de comportamentos lícitos, bem como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Estado, sustenta que o fundamento está no princípio da igualdade.

De forma semelhante, Gasparini (1995) também adota o fundamento bipartido para a responsabilidade patrimonial do Estado. Este autor entende que para os casos de atos lícitos o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados. Ou seja, trata-se do princípio da igualdade ou isonomia. Por outro feito, tratando-se de atos ilícitos, o fundamento seria a violação da legalidade.

O apontamento de tal distinção, segundo Gasparini (1995):

Tem sentido lógico e interesse jurídico na medida em que o agente público autor do ato ou comportamento ilícito é obrigado a recompor, à custa do seu, o patrimônio público desfalcado, com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima. Essa mesma responsabilidade não é impingida ao servidor autor do ato lícito. (GASPARINI, 1995, p. 587)

Referidos doutrinados, como facilmente pode ser observado, buscam atribuir o fundamento da responsabilidade civil do Estado a partir da natureza da causa que resultou no dano.

Por outro lado, considerando que qualquer pessoa jurídica está submetida ao direito, Cavalcanti (1957) afirma que a pessoa-Estado, embora goze de certos privilégios, igualmente possui sua conduta regrada pelo direito e, em homenagem ao princípio da igualdade, deve também ser responsabilizada:

Embora institucionalmente privilegiada, como é, a pessoa-Estado, ela tem, como as demais pessoas jurídicas, a sua conduta traçada pelas regras do direito objetivo, resultante da natureza da sociedade humana. 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 encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa: *Quod omnes tangit, ab omnibus debet supportari*. (CAVALCANTI, 1957, p. 190)

Nesse mesmo sentido Pereira (2002) sustenta que a responsabilidade civil do Estado encontra supedâneo no princípio da igualdade dos ônus e dos encargos.

Aludidos autores, diferentemente de Mello (2005) e Gasparini (1995), optaram por adotar fundamento único, qual seja, o princípio da igualdade em sua acepção ampla.

Afirmar que apenas um dos entendimentos acima explicitados merece acolhida seria cometer injustiça.

É certo, como afirma Dias (1995), que não há porque vedar a existência de mais de um fundamento à responsabilidade do Estado. A propósito, pontifica este autor:

Paul Duez salienta magistralmente essa verdade, ao estabelecer, depois de seu estudo do desenvolvimento jurisprudencial francês a respeito, que uma fórmula sintética, por mais que decepcione os enamorados das belas construções jurídicas, não é possível na matéria, sob pena de se mostrar inexata. Se não se pode encerrar em uma fórmula precisa o caudal doutrinário emanado do Conselho de Estado, é possível, todavia, indicar aquela para a qual tende a jurisprudência, que, aliás, em alguns domínios, já a alcançou: é numa palavra, a concretização do princípio abstrato da igualdade dos indivíduos quanto aos encargos públicos, princípio básico do direito público das democracias. (DIAS, 1995, p. 605)

Em suma, observando a natureza das causas que originaram o dano, pode-se falar que as razões da existência da responsabilização do Estado está ou na legalidade ou no princípio da igualdade. Enfocando o fundamento dessa forma de responsabilidade independentemente das causas que provocaram o dano, é possível dizer, em sentido amplo, que o princípio da igualdade é o grande sustentáculo do Estado ser considerado uma pessoa responsável civilmente, como qualquer outra pessoa jurídica.

CAPÍTULO III

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL

Neste capítulo, o estudo da responsabilidade civil é direcionado exclusivamente para o ordenamento pátrio. Primeiramente cuida de trazer à lume os aspectos históricos da responsabilização estatal e depois se detém no regramento constitucional existente atualmente, de forma a delinear os limites desse dever jurídico, nos casos de omissão do Estado, inclusive trazendo a visão jurisprudencial acerca da matéria.

3.1 Aspectos históricos

Nos itens subseqüentes serão pontificados os principais marcos históricos a respeito da responsabilidade civil do Estado no ordenamento brasileiro.

3.1.1 Considerações gerais

No ordenamento jurídico pátrio, a teoria da irresponsabilidade jamais encontrou sustentáculo.

Amaro Cavalcanti (1957), mesmo fazendo alusão à existência do Contencioso Administrativo no período do Império, afirma, peremptoriamente, que no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a *irresponsabilidade* do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes.

Barbosa (apud CAVALCANTI, 1957) comunga de igual entendimento:

Na jurisprudência brasileira nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos de seus

empregados. Apesar de profundamente repassada na influência do direito romano, a nossa evolução jurídica, modificada pela (*sic*) concurso dos elementos liberais que intervieram sempre na educação do pensamento nacional, não deixou penetrar no espírito de nossos tribunais essa revivescência democrática dos privilégios regalistas. Sempre se professou nos nossos cursos, e nos nossos auditórios se proclamou sempre a noção da imputabilidade das pessoas morais pela culpa contratual ou aquiliana dos seus representantes... Pelo dano causado ao direito de particulares não hesitaram jamais as justiças brasileiras em responsabilizar a municipalidade, províncias, estados, o govêrno do império, o da republica, tendo por idéia inconcussa a de que, no ministro, no presidente, no governador, no prefeito, em todos os que administram, ou servem a uma função administrativa, conta a administração pública verdadeiros prepostos, cuja entidade, pelo princípio da representação, desaparece na do preponente. (BARBOSA apud CAVALCANTI, 1957, p. 611)

De fato, apesar do poder e privilégios inerentes às pessoas jurídicas de direito público, sempre prevaleceu a noção de que as leis civis também incidiam sobre a conduta estatal, permitindo que o poder público figurasse no pólo passivo de uma relação jurídica litigiosa quando provocasse dano ao particular.

Feitas estas colocações preambulares, deixando assente que o ordenamento pátrio sempre albergou o princípio da responsabilização do Estado, a seguir será objeto de análise o ciclo de transformações ocorridos neste campo do direito, partindo das previsões normativas existentes no período do Império até os dias atuais.

3.1.2 Período imperial

A Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824 em seu artigo 99 era clara ao afirmar que a Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. Por sua vez, o inciso XIX do artigo 179, do mesmo documento jurídico, continha norma direcionada aos agentes estatais, preconizando que os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus

subalternos.

Nesta fase, vê-se, pois, que a mera interpretação literal dos dispositivos supra mencionados induzem afirmar que a responsabilidade não era do Estado, mas apenas do agente. Todavia, a doutrina nacional ensina que referidos dispositivos nunca foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado. Antes, o entendimento sedimentado era que havia uma solidariedade do Estado em relação às condutas danosas de seus agentes. (CAVALIERI FILHO, 2004; MELLO, 2005)

3.1.3 Período republicano

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891 registrava-se, em seu artigo 82, *caput*, que os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

A mesma afirmativa efetuada quanto à interpretação do sentido da responsabilidade prevista na Constituição de 1824 pode ser aplicada em relação à Constituição de 1891, pois o regramento constitucional continuou sendo praticamente o mesmo.

Acrescente-se que, na vigência de ambas as constituições, era adotada a teoria subjetivista, na modalidade culpa civilística. Assim, para atribuir a responsabilidade civil ao Estado, era necessária a prova da culpa de seus agentes.

Advindo o Código Civil de 1916, seu artigo 15 passa a atribuir, expressamente, a responsabilização da pessoa jurídica de direito público, ressalvando-se a ação regressiva contra o causador do dano. Eis o artigo, *in verbis*:

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

O artigo 15 do Código Civil de 1916 foi objeto de ampla divergência na seara jurídica, tanto no que se refere à sua interpretação quanto aplicação. Para certos juristas e parte da jurisprudência, o dispositivo exigia a demonstração da culpa civil da Administração. Para outros, o artigo agasalhava a teoria do risco, ensejando o dever do Estado reparar o dano causado, mesmo sem a prova de sua culpa. (MEIRELLES, 2005)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) afirma que o teor do dispositivo indicava claramente o caráter subjetivo da responsabilidade civil do Estado. Igualmente, Meirelles (2005) perfilhava do entendimento de que o Código Civil de 1916 acolheu a doutrina subjetiva, que era determinante em sua época.

O certo é que, apesar dos entendimentos levantados em sentido contrário, sob o argumento de que a interpretação do aludido dispositivo legal permitia a incidência da responsabilidade objetiva, preponderou a orientação subjetivista.

De fato, conforme a correta exegese efetuada por Cavalieri Filho (2004, p. 242), o artigo 15 do Código Civil de 1916 fazia menção a:

[...] *representantes*, ainda ligado à idéia de que o funcionário representaria o Estado, seria o 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. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 242)

Realmente, nos moldes previstos, a reparação do dano por parte do Estado estava condicionada à prova da conduta culposa de seu agente, o que permite concluir, por corolário, que a teoria agasalhada pelo referido *Codex* era a subjetiva, na modalidade da culpa administrativa.

Na seqüência, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, trouxe outro regramento à matéria da responsabilidade civil do Estado. Seu artigo 171, *caput*, continha a regra de que os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. Nos §§ 1º e 2º desse artigo expressava-se que, na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte, e, executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá

execução contra o funcionário culpado.

Em ambas as Constituições – de 1934 e 1937 – nota-se uma preocupação do Constituinte em atribuir a responsabilidade de forma solidária aos funcionários e à Fazenda Pública (PACHECO, 1988). Tais normatizações não alteraram a teoria subjetivista até então preponderante.

O princípio da regressividade, previsto desde o Código Civil de 1916, através de seu artigo 15, veio a ser reforçado, tanto nas Cartas de 1946, 1967, 1968, bem como na de 1988, a qual se verá doravante.

Com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, um novo salto na matéria da responsabilidade civil do Estado foi dado. Seu artigo 194, prescreveu que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. E, em seu parágrafo único se lia: Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Através deste dispositivo é que, à unanimidade, passou a ser entendido que a teoria da responsabilidade civil objetiva foi introduzida no ordenamento pátrio. (MELLO, 2005; CAHALI, 1996)

Fácil notar que o artigo 194 da Constituição de 1946 não fazia referência à culpa do funcionário como condição para deflagrar a responsabilidade do Estado. A menção à culpa era aspecto secundário, conforme o teor do seu parágrafo único, sendo importante tão-somente para a ação de regresso contra o agente estatal que agiu culposamente na provocação do dano. Daí porque concluir tratar-se de responsabilidade objetiva.

Aliás, como pondera Cavalieri Filho (2004), se somente para a ação regressiva do Estado contra o funcionário se exige a prova da culpa e dolo, é porque para a ação da vítima contra o Estado se prescinde desses elementos subjetivos.

Destarte, o artigo 194 da Constituição de 1946 agasalhou, normativamente, a teoria objetiva, tornando possível deflagrar a responsabilidade estatal por seus atos lesivos independentemente de qualquer comportamento irregular de funcionário ou agente seu. Afastou-se, pois, da verificação do elemento culpa ou falta de serviço como condição essencial à

configuração responsabilidade estatal quando houvesse causado dano a outrem.

Nessa esteira veio a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967, estatuinto, em seu artigo 105, que as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Seu parágrafo único continha a mesma norma do artigo 194, parágrafo único, da Constituição anterior: Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, no artigo 107 dispunha que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Seu parágrafo único era a repetição das palavras do parágrafo único do artigo 105, da Constituição de 1967, acima transcrito.

A atual Constituição Federal, datada de 05 de outubro de 1988, se expressa no sentido de 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. (CF, art. 37, § 6º)

De se notar, dos dispositivos acima transcritos que, ao passo que a Constituição de 1946 menciona pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios, autarquias), e as de 1967 e 1969, sem restrição, referirem-se às pessoas jurídicas de direito público, atualmente, a Constituição Federal de 1988 alargou o rol de pessoas jurídicas sobre as quais incide a responsabilização objetiva, abarcando tanto as pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado, desde que prestadoras de serviços públicos.

Desta forma, verifica-se que uma vez introduzida a responsabilidade objetiva no ordenamento brasileiro, nem mesmo na égide do regime militar, caracterizado pelo autoritarismo, referida teoria foi refutada. O que foi buscado, sempre, é a ampliação da esfera da responsabilização estatal, de forma a propiciar a correta reparação dos danos experimentados pelo particular em razão da conduta da administração pública.

O Código Civil de 2002, na esteira do que dispõe a Constituição Federal de 1988, contemplou em seu artigo 43 a responsabilidade civil ao Estado, adotando a mesma forma ali prevista, nos seguintes termos:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de 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.

Enfim, é certo que o ordenamento pátrio, no tocante às teorias aplicáveis quanto à possibilidade de responsabilização do Estado, evoluiu da doutrina subjetiva para a objetiva, tendendo a ser aplicável, neste campo do direito, a teoria objetiva do risco administrativo, pelo menos no que tange aos danos provocados pela conduta comissiva dos agentes do Estado. Nos próximos itens serão evidenciados os entendimentos a respeito da forma pela qual o Estado é considerado responsável pelos danos frente aos particulares.

3.2 A responsabilidade na Constituição Federal

A norma suprema reguladora da responsabilidade civil do Estado, no Brasil, é o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, cujo teor abrangente impõe, para correta compreensão, certo apuro de interpretação.

O dispositivo em apreço estatui:

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.

Para apurada inteligência do preceptivo adrede citado, imprescindível atento exame ao significado da norma. No intento de captar a real amplitude de seu comando e enxergar todas as suas questões, mostra-se conveniente destrinchá-la, tarefa a ser desempenhada nos itens subseqüentes.

3.2.1 Os sujeitos que geram a responsabilidade estatal

Consoante o § 6º do artigo 37 da Carta Magna, a responsabilidade cogitada é a resultante do comportamento do Estado através de seus agentes agindo nessa qualidade. Para identificar os sujeitos que acarretam a responsabilidade do Estado importa, destarte, fixar a extensão do sentido ali atribuído à palavra agentes e a significação conferida pelo explicativo nessa qualidade.

A palavra agente é utilizada para designar a pessoa física que desempenha as atribuições que lhe é transmitida em razão do cargo que ocupa ou do órgão integrante da estrutura dos organismos sociais a que se vincula, em caráter permanente ou temporário. Estes entes ou são dotados de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado.

Na forma contida na Constituição Federal atual, o termo agente é empregado para identificar a pessoa através de quem o Estado realiza suas atividades, englobando:

1.º) agentes públicos ou 2.º) particulares participantes de funções ou serviços públicos. Aqueles, vinculados ao Estado, podem ser: 1.º) agentes políticos (governantes honorífico) ou 2.º) agentes empregados (funcionários ou trabalhadores autônomos). Os particulares podem ser: 1.º) prestacionistas de funções ou serviços públicos (requisitados, contratados e gestores de negócios) e 2.º) os delegados (serventuários públicos e os concessionários). (PACHECO, 1988, p. 109)

Desta forma, o Estado pode ser responsabilizado ainda que o ato danoso seja praticado por agentes políticos ou contratados, estes independentemente da forma de escolha ou investidura.

Questão a ser esclarecida diz respeito à relação que deve existir entre o ato do agente e o serviço público, para que seja imputado ao Estado o dever de efetuar a reparação. Cavalieri Filho (2004) ensina que não é necessário que o dano seja praticado durante o serviço do agente, bastando que seja cometido em razão do serviço por ele desempenhado. Referido autor enfatiza que:

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano. (CAVALIERI

FILHO, 2004, p. 244)

Em outras palavras, o explicativo agindo nessa qualidade, evidencia que o poder público somente assumirá a responsabilidade pelos atos que alguém pratica graças à condição de ser seu agente. Todavia, não basta que alguém seja agente da pessoa jurídica de direito público para que a responsabilidade por seus atos fiquem a cargo do respectivo ente no qual exerce a função. A pessoa jurídica somente deverá arcar com os danos que seu agente causou porque a situação jurídica de agente é que deu ensejo à prática do comportamento lesivo.

Nesse diapasão, o entendimento agasalhado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, como pode ser aferido do aresto abaixo coligido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II. - R.E. não conhecido. (RE 160.401 – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 20.04.1999 - DJ 04.06.1999 p. 17. No mesmo sentido, o AgR 294.440 RE – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 14.05.2002 – DJ 02.08.2002 p. 81).

Necessário, pois, a existência de uma relação entre a condição de agente do Estado e o fato gerador do dano.

Portanto, os sujeitos que acarretam a responsabilização do poder público perante o particular são os agentes do Estado, os quais são assim considerados independentemente da forma de escolha ou investidura e desde que o fato danoso seja produzido em decorrência de comportamento realizado na condição de agente do Estado.

3.2.2 O dano indenizável

No primeiro capítulo deste trabalho, em seu item 1.4.3, foi analisado o dano, tido como pressuposto da responsabilidade civil e entendido como toda e

qualquer lesão injusta, experimentada por alguém, impingida por outrem, importando na diminuição de seu patrimônio (dano emergente e lucro cessante) e que pode ser avaliado economicamente.

Agora, voltando à matéria, especificamente no que diz respeito à conduta do Estado, outras considerações devem ser feitas.

De plano, mister consignar que nem todo dano relacionável com o comportamento comissivo ou omissivo do Estado dá lastro à sua reparação pelo poder público. Para caracterizar a responsabilidade civil estatal, o dano, conforme o preceito constitucional previsto no § 6º do artigo 37, há de convir, deve ser causado por seus agentes.

Demais, nem todo dano causado pelo Estado é indenizável. As características dos danos ressarcíveis são distintas para os danos originados de atividades lícitas e os provenientes de atividades ilícitas (ZANCANER apud CAHALI, 1996). Contudo, fator comum é que todo e qualquer dano, necessariamente, precisa ostentar duas características comuns para originar o dever do poder público repará-lo: a) lesão a um direito da vítima; e b) certeza do dano.

A lesão a um direito da vítima

Para que o Estado possua o dever de reparar, imperioso se faz a efetiva existência do dano. Como pondera Mello (1981), quem não fere direito alheio não tem por que indenizar. Ou, dito reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem o título jurídico para postular indenização.

Nesse sentido, a doutrina de Renato Alessi, ao afirmar que nem toda e qualquer lesão é apta para irromper o dever estatal de reparar: a lesão deve ser, além de lesão da esfera econômica, lesão da esfera jurídica. (ALESSI apud MELLO, 1981).

O simples decréscimo patrimonial ou dano econômico não importa em lesão da esfera jurídica, logo, é essa a razão de não serem tutelados juridicamente. É protegido pelo ordenamento jurídico apenas o dano em direito, o qual, ademais de englobar aquele, haja vista pressupor a subtração de um bem ou consistir em impediente a que se venha a tê-lo, importa no ferimento a direito do lesado, incidindo sobre algo considerado como pertencente ao

ofendido. (MELLO, 1981)

Deste modo, o dano ensejador da responsabilidade, como se percebe, é mais amplo que o simples decréscimo patrimonial ou dano econômico, pois, ademais de pressupor aquele, reclama ainda o ferimento do bem que o ordenamento jurídico enuncia como um direito de uma pessoa.

À guisa desta elucidação, fácil notar que é razoável não impor a responsabilização ao Estado quando, por exemplo, ocorra a mudança de uma escola pública, de um museu ou uma biblioteca para outro local, mesmo representando evidentes prejuízos aos empresários e profissionais instalados em suas imediações, dado o esvaziamento da clientela advinda dos usuários daqueles estabelecimentos transferidos. Apesar de ter havido dano patrimonial, não há dano jurídico.

Certeza do dano

Além de incidir sobre um direito, o dano, para atrair a responsabilidade estatal, precisa ser certo. Vale dizer, não basta ser apenas eventual ou possível, precisa ser real, podendo ser atual ou futuro.

Por dano certo considera-se tanto o que o ofendido efetivamente perdeu (dano emergente), como o que se deixou de ganhar (lucro cessante).

Portanto, a lesão a um direito e a certeza do dano são as duas características imprescindíveis para a sua reparação, fatores a serem observados em todos os tipos de comportamentos, ilícitos ou lícitos.

Na hipótese de comportamentos estatais lícitos, para deflagrar a reparação do dano é necessário a conjugação de mais duas características, quais sejam a especialidade e a anormalidade. (MELLO, 1981; ZANCANER apud CAHALI, 1996)

Esta peculiaridade está presente porque, somente com a presença destas características é que o dano se torna injusto, vez que fere o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, reclamando, destarte, a sua reparação. (CAHALI, 1996)

Veja-se a seguir, as duas características acima mencionadas.

A especialidade do dano

O dano especial pode ser entendido como aquele que agrava a esfera particular de um ou alguns indivíduos, e não genérica e abstrata categoria de pessoas. (MELLO, 1981)

É por esta razão que, na hipótese de advento de medidas econômicas estatais inflacionárias que causam diminuição de poder aquisitivo da moeda não seriam acobertadas.

A anormalidade do dano

O dano anormal, por sua vez, é aquele que extravasa as meras perdas patrimoniais (diminutas) que são comuns ao convívio social.

Assim, mesmo ocasionando a deterioração mais rápida da pintura dos muros das casas, seria descabida a responsabilidade estatal pela mera intensificação de poeira em uma via pública objeto de reparação.

Em suma, para irromper a responsabilidade civil do Estado, em qualquer situação é imprescindível que a conduta por este efetuada importe em lesão a um bem que o ordenamento jurídico enuncia como um direito de uma pessoa e, concomitantemente, seja certa a sua ocorrência. Demais, especificamente para os danos provenientes da atividade lícita do Estado, a estas características devem ser adicionadas outras duas, a especialidade e anormalidade do dano.

3.2.3 Características da conduta lesiva ensejadora da responsabilidade

No estudo das características da conduta lesiva provocadora da responsabilidade estatal a ser efetuada nos próximos itens, três situações distintas serão enfocadas: a primeira se refere à conduta comissiva do Estado, a segunda diz respeito ao comportamento omissivo do Estado e, a terceira, cuida-se dos casos onde o Estado contrai a responsabilidade por ter criado a situação propiciatória do dano.

3.2.3.1 Danos por ação do Estado

Quando o Estado age positivamente, vale dizer, comporta-se comissivamente, e desta conduta sobrevém um dano, diz-se que sua ação constitui a causa do dano. Verificada esta hipótese, nos termos do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, de rigor a responsabilização do poder público.

Neste caso, a jurisprudência e a doutrina são unânimes, no sentido de aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, na forma da doutrina do risco administrativo.

Ao comportar comissivamente e provocar dano a outrem, pouco importa se a conduta estatal é legítima ou ilegítima para engajar a sua responsabilidade. Com efeito, tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava. (MELLO, 2005)

Destarte, não importa aferir se a conduta estatal foi ou não culposa, o que releva é verificar se ocorreu a perda da situação juridicamente protegida de alguém. Ocorrendo este fato o Estado fica obrigado a efetuar a reparação do dano.

Em síntese, quando o dano advém de comportamento comissivo do Estado, o entendimento já pacificado é no sentido de que a análise do caso não incide sobre o procedimento estatal, se foi legítimo ou ilegítimo. Considera-se que o Estado foi o 'causador' do dano e o enfoque do exame recai sobre a situação do sujeito lesado em sua esfera juridicamente protegida, sendo a responsabilidade de natureza objetiva.

3.2.3.2 Danos por omissão do Estado

É sabido que o Estado pode ser obrigado à reparação de danos advindos nos casos em que atuou tanto comissiva quanto omissivamente para a implementação do dano.

No caso da conduta comissiva, como visto acima, é pacífica a assertiva de que se o particular experimentou o dano em virtude da atuação estatal, tem-se que o Estado é o 'causador' do dano e, por corolário, incide o dever de reparar na forma objetiva.

Entretantes, no que tange à conduta omissiva, há entendimentos dissonantes, no sentido de que esta não constitui a causa do dano, importando em forma diferenciada de imputar a responsabilidade ao Estado.

A questão da omissão, justamente por ser matéria controvertida e coincidir com o objeto móvel deste trabalho, será melhormente analisada no item 3.3. Todavia, cabe repisar, conforme já afirmado no 1.4.2, que a omissão constitui em inatividade ou abstenção de algum comportamento devido, dando ensejo à ocorrência de um dano.

Trata-se da conduta negativa juridicamente relevante, evidenciada através da inobservância do dever de agir na forma devida.

Desta forma, perfeitamente possível afirmar que uma omissão pode sim causar um dano. Além disso, igualmente é razoável afirmar que, da mesma forma que na hipótese da responsabilidade por ação, ante a omissão juridicamente relevante do Estado, este pode ser considerado o causador do dano, atraindo a aplicação da responsabilidade estatal objetiva.

3.2.3.3 Danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória

Consoante a doutrina de Mello (2005), danos existem que, a rigor lógico, não foram propriamente produzidos pelo Estado. Não obstante, a implementação do evento lesivo só foi possível em decorrência de uma situação produzida pelo Estado. Seriam as hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano.

Esses casos, ao ver do referido doutrinador, são equiparados aos danos advindos pelo próprio procedimento comissivo do Estado, sendo aplicável, também, o princípio da responsabilidade objetiva.

Isso, porque, uma atuação positiva do Estado entra decisivamente na linha de causação do dano, contudo sem ser o fator gerador imediato do mesmo. (MELLO, 2005)

Os riscos criados pelo Estado, por exemplo, decorrentes de depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, riscos estes a que terceiros são expostos, devem ser assumidos por quem os criou, ou seja, pelo Estado.

Os casos de lesão ou assassinato de presidiário por outro presidiário também seria exemplo desta situação, conforme pontifica o predito doutrinador, pois cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente à ambiência de uma prisão onde convivem infratores, ademais inquietos pela circunstância de estarem prisioneiros. (MELLO, 2005)

Nota-se que, para esta doutrina, a responsabilidade é imputada ao Estado não porque ele foi o autor do dano, mas por ter criado o risco a que terceiros são expostos. O raciocínio é simples: se o Estado criou o risco, deve reparar o dano decorrente do mesmo.

Por conseguinte, ainda exemplificando, caso o depósito de explosivos venha a ser explodido em conseqüência de um raio (força da natureza), a responsabilidade objetiva do Estado pelas lesões experimentadas pelas pessoas e bens avizinados do sinistro está configurada. Isto porque, a atuação do Estado constitui no termo inicial o qual se desdobrou no evento lesivo, pois, se não houvesse sido criado o depósito de explosivos, certamente, o sinistro não teria lesionado terceiros, nem seus bens.

Em que pese o esforço do aludido doutrinador tentar justificar a incidência da responsabilidade objetiva nestas hipóteses, nas quais o Estado não teria sido o causador do dano, sob o único fundamento do risco criado, é possível discordar de seus argumentos.

Com efeito, verifica-se que as situações enunciadas pelo predito autor cuida-se de danos causados pelo Estado. Realmente, pode-se afirmar que em todas as situações mencionadas o Estado, ao criar a situação de risco e se omitir no dever jurídico de evitar a ocorrência do fato danoso, mesmo que mediatamente, é causador do dano.

Portanto, nos casos em que a ocorrência do dano só foi possível em

decorrência de uma situação produzida pelo Estado igualmente é possível afirmar que o autor do dano é o Estado, ainda que mediatamente. Isso permite a sua responsabilização também na forma objetiva, tendo como característica marcante à consumação da lesão uma conduta positiva, ao criar o risco, e um comportamento omissivo, ao omitir-se no dever jurídico de obstar a implementação do evento danoso.

3.3 Limites da responsabilidade civil por omissão do Estado na esfera administrativa

O Estado é pessoa jurídica, é ator no mundo do Direito, logo, deve responder por seus atos. Sendo reconhecida a personalidade jurídica ao Estado, por corolário, cabe a este ente assumir direitos e obrigações no campo civil (BITTAR; BITTAR FILHO, 2003). Esse silogismo é perfeitamente aplicável no ordenamento pátrio.

Já foi afirmado neste trabalho que o Estado pode ser responsabilizado tanto por danos advindos dos casos em que atuou comissiva quanto omissivamente para a sua implementação.

Contudo, em virtude da forma como o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal e o atual artigo 43 do Código Civil foram redigidos, os quais são omissos quanto às formas de provocação dos danos e à existência das elidentes da responsabilização, formou-se uma celeuma entre os operadores do Direito. O cerne da discussão gira em torno de qual teoria o Constituinte teria agasalhado, especialmente nos casos de danos advindos da omissão estatal. Diante deste entrave, tenta a doutrina e a jurisprudência encontrar a solução.

A começar, como foi mencionado no item 3.5.2.2, parte dos operadores do Direito sustentam que a omissão não constitui causa do dano e, desta forma, a responsabilidade civil do Estado, nesta hipótese, deveria ser aferida nos termos da teoria subjetiva. A outra corrente comunga o entendimento de que a omissão pode sim ser causa do dano, dando ensejo à aplicação da teoria objetiva.

Essa celeuma é o ponto nodal de toda discussão em torno dos limites da responsabilidade civil do Estado em razão da omissão de seus agentes.

O termo causa como evento produtor de um efeito, segundo Mello (1981), é o ato que gera um resultado, que determina sua ocorrência. Não há como confundi-la com a condição. Esta seria o evento cuja ausência permite a produção do efeito. É, pois, uma causa negativa. E, frisando, completa sua preleção: a condição não gera o efeito, mas sua presença é impediante dele. Onde: sua ausência permite a produção do efeito.

De posse destes conceitos o predito autor os aplica no preceito constitucional. O texto constitucional menciona o dano causado pelo agente público. Destarte, conclui que a norma está a reportar-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. E volta a frisar: a omissão pode ser uma condição para que outro evento cause o dano, mas ela mesma (omissão) não pode produzir o efeito danoso. (MELLO, 1981)

Segundo essa doutrina, da distinção entre causa e condição derivam fundamentais conseqüências para a correta exegese do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal. Considerando que o dispositivo impõe a responsabilidade às pessoas jurídicas ali referidas, pelos danos causados pelos seus agentes, não se exige que tais danos sejam causados ilicitamente. Destarte, não se requer dolo ou culpa dos agentes, sendo suficiente a circunstância de que hajam causado dano experimentado por terceiros. Nesse caso, pontifica o aludido autor, a responsabilidade é objetiva.

Portanto, para Mello (1981), o texto constitucional brasileiro só acolhe a teoria da responsabilidade objetiva quando os danos ensejadores de reparação hajam sido causados por agentes públicos através de atos positivos, comissivos.

Caso os agentes incorram em omissão, da qual advenham dano para terceiros, a causa lesiva não decorreria do comportamento dos agentes; a causa seria outra, tendo apenas sido propiciada por eles. Aliás, o autor afirma peremptoriamente que sem o comportamento positivo, jamais haverá causa.

Se a omissão condiciona a ocorrência de um dano, sem contudo ser sua causa, afirma Mello (1981) que é necessário a presença de um elemento a

mais para ensejar a responsabilidade do Estado. Não deve alguém, em princípio, responder por algo que não fez, salvo se estivesse, de direito, obrigado a fazer. E assim, sentencia o administrativista: eis, pois, que o Estado só responde por omissões quando deverá atuar e não atuou - vale dizer: quando descumpre o dever legal de agir. Em uma palavra: quando se comporta ilicitamente ao abster-se. (MELLO, 1981)

Assim, para erigir a responsabilidade pública nos casos de omissão seria necessário verificar se o Estado estava obrigado a determinada prestação e faltou a ela, por descaso, por imperícia ou por desatenção no cumprimento de seus deveres, sendo, todavia, dispensável a individualização de quem descumpriu o dever de agir. (MELLO, 1981)

Acrescente-se que, para a doutrina de Mello (1981), não basta verificar que um dever jurídico do Estado foi violado por inércia, morosidade ou ineficiência, quando devia legalmente ser atuante, solerte, eficiente; impende observar, ainda, se o comportamento do Estado extravasa o que denomina limites de eficiência normais.

Em outras palavras, para que a responsabilidade recaia sobre o Estado, imperioso se faz que este tenha violado um dever jurídico e que tal comportamento omissivo seja anormal perante os limites de sua eficiência.

Quanto ao que se deve entender por normalidade da eficiência, Mello (1981) não tem resposta pronta. Entretanto, aduz que a normalidade deve ser perquirida em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, econômico, cultural, isto é, das possibilidades reais, médias, dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

Assevera o aludido autor que, se assim não fosse entendida a problemática da responsabilidade por omissão se chegaria a absurdas conclusões, pois, como em tese se esperam do Estado todas as providências eficientes a tutelar o bem-estar da coletividade e dos indivíduos, então sempre seria possível ao lesado pleitear indenizações, dada a omissão do Estado. As postulações seriam possíveis tanto por comportamentos de terceiros, não impedidos pelo Estado, como por assaltos em praças e vias públicas, por exemplo, quanto por fatos da natureza, que não foram precavidos, pelo Estado, como alagamentos provenientes de chuvas violentas e inundações de rios aos

quais não se providenciou retificação ou canalização.

Em síntese, Mello (1981), fundado em sua acepção de causa, palavra contida no dispositivo constitucional, categoricamente, somente concorda com a adoção da responsabilidade objetiva para os atos comissivos, ou seja, aqueles cuja ação dos agentes estatais, em sentido naturalístico, laboram lesando o direito protegido de outrem. Se o dano se deu por omissão dos agentes do Estado entende que a omissão apenas possibilitou que outra causa originasse o dano, devendo a responsabilidade ser apurada na forma subjetiva.

Essa corrente doutrinária é defendida por outros autores.

Mello (apud MELLO, 1981), pai de Celso Antônio Bandeira de Mello, já afirmava que: a responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados.

[...] há largo campo para a responsabilidade subjetiva, no caso de atos omissivos, determinando-se, então, a responsabilidade pela teoria da culpa ou da falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando devia normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente. (BAHIA, 1997, p. 68)

Demais antes mesmo dos aventados autores defenderem a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Estado, Amaro Cavalcanti já tinha cuidado da matéria, sendo um dos precursores desta corrente.

Sustenta Cavalcanti (1957) que quando se está diante de um ato positivo, dos próprios efeitos deste, de plano, é possível verificar se houve realmente a violação de um direito individual, e nada mais é necessário para examinar o caso e apurar dele a responsabilidade do Estado. Já nos atos negativos, a culpa do agente deve concorrer como elemento imprescindível para deflagrar a responsabilidade civil do Estado. Aludido doutrinador afirma que:

Na omissão, porém, a coisa é sabidamente diversa. Não há uma violação positiva por meio de ato ou fato: ao contrário, há a ausência destes. Daqui a necessidade de adotar critério diferente na averiguação da responsabilidade, que por ventura exista, quanto à suposta ou alegada lesão do alheio direito. E esse critério, outro não poderia ser senão a prova da *negligência* ou *culpa* na omissão do ato, que deveria ser praticado, isto é, o Estado só deve responder pelo dano

alegado em caso de omissão, quando se houver verificado que a omissão do seu representante fôra proposital, culposa ou dolosa. (CAVALCANTI, 1957, p. 350)

Para Cavalcanti (1957), a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, deve ser enfocada sob o prisma de duas situações distintas:

Quando se tratar de um *dever geral* de prestar certos serviços, ou de tomar as medidas convenientes acêrca de certos ramos da administração, digamos, relativamente à saúde, à segurança das pessoas ou da propriedade, à conservação necessária das vias públicas, e coisas semelhantes, - e da sua omissão, por *inadvertência* ou *simple negligência* da respectiva autoridade ou funcionário, resultar um dano a terceiros; nem por isso sòmente se deverá logo concluir que ao Estado resulta uma obrigação de indenizá-lo. Seria tolher por demais a administração pública na liberdade de ação que *institucionalmente* lhe compete. (CAVALCANTI, 1957, p. 389)

Em reforço ao seu entendimento, cita lição de Loening, o qual pondera que o indivíduo não possui o *direito de ação* contra o Estado, para obrigá-lo a cumprir os seus próprios fins, ou que as normas editadas no interesse geral do Estado sejam de plano executadas. Desta forma, não haveria para o Estado a obrigação de reparar o dano. (CAVALCANTI, 1957)

A responsabilidade somente poderia ser deflagrada na seguinte situação:

Quando [...] se tratar de um dever particularizado pela lei, ou pelas circunstâncias especiais do caso, por exemplo, o dever da autoridade pública competente de impedir que se *realize* um ataque à propriedade, tendo sido avisada ou solicitada, em tempo, para impedi-lo e, não obstante, deixado o ato consuma-se por sua negligência, culpa ou dolo; - em tal caso entendemos que a responsabilidade civil do Estado é de rigorosa justiça; porque a omissão aludida é a *causa eficiente* do dano, de maneira tão manifesta e irrecusável como se êle proviesse de um ato, realmente positivo, ilegal ou culposo, do representante do Estado, em relação às garantias da segurança individual e da propriedade. (CAVALCANTI, 1957, p. 400)

Essa forma de justificar a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de omissão também é adotada por Sergio Cavalieri Filho (2004), o qual distingue a omissão genérica da omissão específica, entendendo que apenas esta atrai para o Estado o dever de reparar o dano.

Por sua vez, Justen Filho (2005) ao cuidar da responsabilidade civil do Estado em razão do comportamento omissivo de seus agentes, estabelece

uma peculiar distinção entre as formas de omissão. Para este autor:

[...] há hipóteses em que o direito impõe ao Estado o dever de agir. Assim, imagina-se uma regra estabelecendo o dever do Estado interditar o Estabelecimento comercial que não tiver autorização de funcionamento. Nesses casos, a situação jurídica é similar à atuação de natureza comissiva. Deixa de agir quando a lei manda que o sujeito aja é juridicamente equivalente a agir quando a lei proíbe a ação. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 801)

A outra forma de omissão seria:

[...] aquela situação em que não há norma impondo explicitamente o dever de agir, mas em que o agir é o meio para evitar a consumação de um resultado danoso e prejudicial, reputado antijurídico. Tal se passa, por exemplo, quando um servidor público deixa de sinalizar a existência de um defeito na pavimentação rodoviária, dando oportunidade à consumação de acidente de trânsito. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 801)

Nesta forma de omissão – denominada de imprópria –, não seria crível atribuir à inação o dever jurídico do Estado reparar o dano. A responsabilidade somente deveria ser deflagrada se a omissão fosse juridicamente reprovável. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 801)

Todavia, em qualquer caso, seja nos de danos por omissão própria e imprópria ou comissão, é necessário avaliar a conduta estatal e verificar se houve infração a um dever de diligência. A conduta, considerada em si mesma, é insuficiente para autorizar uma qualificação jurídica. (JUSTEN FILHO, 2005)

No fundo, como pode ser percebido, o tratamento jurídico dos atos omissivos e comissivos seria idêntico. A única distinção existente seria a de que, nos casos de danos por ação e danos por omissão própria, a lesão impingida ao particular se presumirá reprovável, uma vez que o dever jurídico de diligência, imposto ao Estado, importa a objetivação do elemento subjetivo da conduta. (JUSTEN FILHO, 2005). Por outro lado, nos casos de danos por omissão imprópria:

[...] não haverá fundamento para presumir a presença de um elemento subjetivo reprovável. Nem se poderá considerar reprovável a conduta do agente, sem maiores perquirições. Em tais hipóteses será necessário o elemento subjetivo. Será imperioso determinar a previsibilidade do evento danoso, a existência do dever de adotar providências para evitar tal evento e a ausência da adoção das medidas cabíveis. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 802)

A responsabilidade apenas seria deflagrada se a resposta a todas estas indagações fosse positiva.

Perfilhando igualmente a corrente subjetivista, Bahia (1997) afirma que a responsabilidade objetiva erigida pela Constituição Federal não pretende abarcar todo o campo da responsabilidade civil do Estado. Para este autor a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos só existiria na hipótese de ocorrência de culpa.

Entre os defensores desta corrente doutrinária, encontra-se ainda, Gasparini (1995), o qual, interpretando literalmente o disposto no § 6º do artigo 37 do texto constitucional, também afirma ser necessário, para configurar a responsabilidade objetiva do Estado, uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo causar (causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissivos.

Poderiam ser citados outros autores, entretanto, a menção a estes já é suficiente para demonstrar que esta tese é defendida por diversos autores.

Portanto, para esta corrente doutrinária, a responsabilidade por omissão é responsabilidade subjetiva, marcada pelo comportamento ilícito, sendo aferida a partir da constatação do dolo ou culpa em sentido estrito, nas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência. Demais, a culpa não precisaria ser individualizada a um agente particular, podendo ser atribuída ao serviço estatal genericamente, nos moldes da teoria da *faute du service*.

Por outro lado, há a corrente de pensamento que, ao contrário da primeira, comunga do entendimento de que em ambos os casos - ação e omissão do Estado - a responsabilidade tem natureza jurídica objetiva.

Bastos (1999) afirma que a responsabilidade civil do Estado está jungida à própria noção do Estado de Direito, o qual lhe impinge o dever de reparar os danos que realiza, sendo irrelevante a forma de exteriorização da conduta estatal para deflagrar a sua responsabilidade.

Torna-se de menor importância o saber se o ato foi praticado com culpa ou sem culpa, se era lícito ou ilícito; o que ocorre é que em decorrência do Estado de Direito, do Estado controlado e submetido ao direito, não resulta aceitável a causação de danos, a incidência de lesões sobre alguns, decorrentes do exercício de uma atividade estatal que procura o bem estar de todos sem o preço da sobrecarga de alguns.

(BASTOS, 1999, p. 192)

Conforme essa doutrina, o nexo de causalidade constitui pressuposto fundamental para a irrupção da responsabilidade do Estado. Consiste o referido nexo, na causação de um dano conjugado com a respectiva imputação do mesmo a um comportamento omissivo ou comissivo do Estado (BASTOS, 1999). Assim, não há se investigar sobre a existência do elemento subjetivo entre o dano e a conduta que lhe deu causa.

Madauar (1999), defensora da teoria objetiva, afirma que a adoção desta teoria proporciona o sentimento de igualdade de todos ante os ônus e encargos deste e o próprio sentido de justiça. Aduz que nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar do dolo ou culpa, sendo, portanto, crível se assegurar os direitos da vítima através da aplicação da responsabilidade objetiva do Estado.

Meirelles (2005), igualmente, é defensor da tese da responsabilidade objetiva. Aduz que esta teoria encontra fundamento no risco proveniente de sua ação ou omissão, tendente à consecução de seus fins.

Brunini (1981) e Cahali (1996), também entendem que a responsabilidade por omissão é objetiva.

De plano, impende salientar que o comportamento omissivo do Estado deve ser considerado como causa do dano, e não simples condição deste, como entende a corrente doutrinária subjetivista. Com efeito, o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal abrange igualmente a responsabilidade por atos comissivos e omissivos.

Realmente, o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal não distinguiu as duas condutas. Destarte, o vocábulo causarem deve ser entendido como causarem por ação ou omissão.

O que se verifica, na verdade, é uma ocorrência de causalidade múltiplas, de modo que a conduta do Estado, na modalidade omissiva, também é relevante para a produção do resultado.

O fim colimado pelo Constituinte originário foi evitar que o lesado tivesse de demonstrar a culpa do Estado, atividade comumente difícil, senão impossível em certas situações.

Cumprе relembrar que a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello,

principal expoente da teoria subjetivista, consubstancia-se no entendimento de que o dever de indenizar atribuído ao Estado, advindo da omissão da Administração, é sempre decorrente de comportamento ilícito. Infere-se, desta forma, que a responsabilidade estatal surge da ocasião em que, possuindo o dever de agir, não agiu, ou agiu mal, descumprindo um dever legal. Portanto, comportou-se ilicitamente.

Entrementes, isso não possui o condão de desvirtuar o caráter objetivo da responsabilidade, sendo necessário ao ofendido demonstrar apenas a conduta omissiva do Estado, o dano experimentado e o liame de causalidade entre eles.

Ao Estado cabe, por sua vez, para se ver livre da responsabilização, demonstrar que não tinha o dever legal de agir, ou que, o tendo, agiu escorreitamente ou, ainda, que está presente qualquer das excludentes do nexo de causalidade.

Como bem esclarecem Gandini; Salomão (2003):

[...] não é necessário transmudar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que a Administração se desvincule do dever de indenizar; basta que esta demonstre que não tinha o dever de agir e que, portanto, sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso. (GANDINI; SALOMÃO, 2003, p. 32)

A tese de que a omissão não constitui causa do dano não é assertiva aceita pela unanimidade da doutrina.

Stoco (2004), por exemplo, afirma que não é apenas a ação que produz dano. Omitindo-se o agente público também pode causar prejuízo ao administrado e à própria Administração.

Rechaçando os ensinamentos de Gandini; Salomão (2003) asseveram que:

[...] não se pode falar que na responsabilidade decorrente de conduta comissiva analisa-se a questão pelo lado do lesado, quando, em se tratando de conduta omissiva, essa análise estaria centrada no lado da Administração. Em ambos os casos, vários fatores entram em linha de conta, sem preponderância de qualquer deles. Em ambos, será de fundamental importância, por exemplo, a imputação do dano à conduta estatal [comissiva ou omissiva] e sua qualificação [especial e anormal], bem como o fato de que o sujeito lesado não está obrigado a suportá-lo. (GANDINI; SALOMÃO, 2003, p. 34)

Demais, a afirmativa de Mello (2005), no sentido de que se nos danos provenientes de conduta estatal omissiva o Estado fosse chamado a responder objetivamente estaria elevando-o à condição de segurador universal não merece ser acolhida.

Com efeito, sempre que o Estado for chamado a reparar os prejuízos poderá ele defender-se demonstrando a presença das excludentes da responsabilidade. Além disso, poderá demonstrar que o dano não é especial nem anormal ou que não tinha o dever de indenizar.

Tendo isso em mira, não é difícil afirmar que a adoção da teoria do risco em todos os casos, o Estado não estará sendo elevado à condição de segurador universal.

Assiste razão a Medauar (1999), que, em apertada síntese, preleciona:

Informada, pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. [...] Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, 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. (MEDAUAR, 1999, p. 452)

Como se vê, o enfoque principal da culpa cede lugar à constatação do nexos de causalidade.

O princípio da legalidade, aplicado na administração pública, preconiza que esta somente poderá fazer ou deixar de fazer algo, desde que prescrito por lei.

Na responsabilidade estatal por omissão, o agente tem o dever de agir, ditado pela lei, mas, descumprindo-a, não age. Como consequência da inação, o particular experimenta um dano. Destarte, cuida-se de uma conduta ilícita, ou seja, contrária à lei. Portanto, violou-se o princípio da legalidade.

Aqui, é oportuno trazer a observação de Gandini; Salomão (2003):

Como o interesse social tem por objetivo a manutenção da ordem pública no sentido de viabilizar a harmonia social, importante ressaltar a gravidade de uma conduta ilícita e omissiva. O ato ilícito corresponde ao que a sociedade não é aceita no grupo social. Por isso, é o mesmo que estar violando os valores deste grupo. Da mesma forma, o risco social que apresenta a conduta omissiva é de gravidade muito mais elevada. (GANDINI; SALOMÃO, 2003, p. 37)

É pacífico o entendimento de que é objetiva a responsabilidade pelo dano que causou, comissivamente, por ato lícito. Ora, se ato lícito é aquele que está em conformidade com o direito, que é concebido como correto, e, ainda assim, se aplica a teoria objetiva, razão ainda mais forte há para, igualmente, aplicar esta teoria pelo comportamento omissivo, visto que este sempre configura um ilícito e por corolário, tido como comportamento indiscutivelmente mais grave.

Acrescente-se que, especificamente quanto ao critério de aferição da responsabilidade civil do Estado, nos termos defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello, o campo de verificação da normalidade da eficiência fica vago, muito vasto, o que não pode ser aceito, haja vista a dificuldade em constatar a sua real dimensão.

Desta forma, percebe-se claramente que inexistente fundamento hábil a descaracterizar a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado nos casos de danos advindos de sua omissão. Eis que esta forma de agir, assim como a ação pode ser considerada causa de um dano, reclamando igualmente a incidência do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, de forma objetiva.

Já no início do século XX Coelho (apud DIAS, 1995) recomendava a elaboração de uma conveniente e regular organização da responsabilidade civil do Estado, argumentando que isto asseguraria a própria prosperidade do Estado. Eis as palavras do referido doutrinador:

[...] a responsabilidade do Estado, longe de constituir um perigo para este, teria os mais proveitosos efeitos, seria de uma enorme conveniência, conduzindo naturalmente a uma escolha cuidadosa dos empregados públicos e garantiria os direitos dos cidadãos nas suas relações com a autoridade pública. A inteira responsabilidade do Estado é [...] de um valor e de uma importância prática de primeiro plano, sendo talvez a falta de aplicação destes princípios uma das causas que mais preponderantemente concorrem para o estado menos próspero de alguns países [...]. (COELHO apud DIAS, 1995, p. 580)

É de necessidade evidente considerar como objetiva a natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado nos casos de danos provenientes de omissão, a fim de que se possa aferir, segundo o direito e a justiça se o Estado deve, ou não, responder pela satisfação dos danos resultantes.

Afinal, como o próprio Cavalcanti (1957) sustentava:

O princípio – que não há direito contra direito’, prevalece em todo o campo jurídico. Conseqüentemente, por mais lata que seja a legítima esfera de ação do Estado, desde que êste a ultrapassa e ofende o direito de outrem, deve repará-lo. Tal é o grande princípio da igualdade dos direito, segundo o qual, não se admite a distinção de pessoas, de funções ou de escopos. *O princípio da responsabilidade por lesão de direito é absoluto.* Qualquer restrição ou exceção, uma só que fosse, o destruiria [...] (CAVALCANTI, 1957, p. 190)

Ora, se se admitisse a aferição da responsabilidade civil do Estado nos moldes da teoria subjetiva como defendido pela primeira corrente, estar-se-ia restringindo o dever jurídico constitucionalmente imposto ao Estado, importando em ferimento ao próprio princípio da responsabilidade civil.

A corroborar a assertiva de que a omissão pode ser considerada causa de um dano, bem como a natureza objetiva do dever de indenizar daí decorrente, tem-se a própria previsão do Anteprojeto de Lei sobre a responsabilidade civil do Estado. Segundo a literalidade do inciso I do artigo 4º desse Anteprojeto, são pressupostos da responsabilização civil a existência do dano e do nexos causal. E a omissão, da mesma forma que a ação, é tida como causa, pois, consoante a previsão do artigo 6º desse Anteprojeto, a responsabilidade civil do Estado deve deflagrada com a simples comprovação da existência de vínculo entre o dano e a ação ou omissão.

Portanto, também no caso da omissão estatal a teoria do risco possui aplicabilidade. Pouco importa se omissão foi culposa ou não. Uma vez existente o dano e caracterizada a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do Estado, surge o dever de reparar.

3.4 Visão jurisprudencial

O escopo dos itens subseqüentes é trazer à baila a visão dos tribunais superiores a respeito da responsabilidade civil do Estado, nos casos de omissão de seus agentes. Para tanto, trar-se-á à colação trechos de votos e ementas de acórdãos, de forma a evidenciar quais teorias são admitidas para justificar a responsabilização do Estado nessa hipótese, procurando delimitar os contornos do entendimento sedimentado em seus respectivos âmbitos. De

forma separada, será realizada a abordagem na esfera de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

3.4.1 No Supremo Tribunal Federal

Com o fim de facilitar a compreensão dos distintos entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, acerca de uma mesma matéria – tanto no que se refere natureza jurídica da responsabilidade quanto ao critério de aferição do nexo de causalidade –, os casos de responsabilidade civil do Estado em razão do comportamento omissivo de seus agentes a serem vistos a seguir serão enfocados sob a ótica da semelhança ou identidade existente entre eles.

3.4.1.1 Morte de preso no interior de estabelecimento prisional

Os casos de morte de preso no interior de estabelecimentos prisionais constituem exemplo importante de incidência da responsabilização do Estado por conduta omissiva de seus agentes. Como se verá, da mesma forma que na doutrina, existem duas correntes teóricas, que servem para justificar os limites da responsabilização do Estado nestas hipóteses: a teoria subjetivista, na modalidade *faute du service* e a teoria objetiva.

Nos autos do recurso extraordinário 179.147, cuidava-se de caso onde ação de indenização fora proposta por mãe de ex-detento, contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, em decorrência da morte de seu filho, nas dependências da cadeia pública de Guarujá. A decisão de primeira instância julgou improcedente a pretensão da autora. O Tribunal Justiça, com base na adoção da teoria objetiva, reformou a sentença, reconhecendo a ocorrência do dano moral. A Fazenda Estadual interpôs o recurso extraordinário, argumentando que o nexo de causalidade não estava presente entre o evento danoso e a ação estatal, já que o evento morte foi deflagrado independentemente de participação de agente estatal, por companheiro de

cela.

O Ministro Carlos Velloso, relator do recurso extraordinário interposto, ao apreciar a matéria, citando a doutrina de Álvaro Lazarini, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Lúcia Valle Figueiredo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sustentou que, na hipótese do comportamento omissivo da administração, faz-se mister a prova da culpa, conforme preconiza a teoria da *faute du service*.

Aplicando esta teoria ao caso vertente, salientou que o ato danoso não foi praticado por agente público, mas causado mediante ato comissivo de terceiro, também presidiário, ocorrendo, portanto, omissão do Estado. Enfatizou que o acórdão combatido tinha deixado assente que a vítima, enquanto estava presa na cadeia pública de Guarujá, dias antes dos fatos, por se sentir ameaçada, havia solicitado transferência para a chamada cela segura. A administração atendeu o pedido, mas a cela em que foi colocado nada tinha de segura, vez que foi morta por estrangulamento com um fio de náilon.

O Ministro ponderou que, no caso, o Estado possuía o dever de responder pela omissão, haja vista que não atuou quando deveria atuar: cumpria-lhe colocar o preso na cela segura, diante da ameaça que existia contra a vítima e que lhe foi transmitida. O poder público foi, portanto, negligente, modalidade de culpa, a *faute de service* dos franceses.

Assim entendendo, não conheceu do recurso. Seu voto foi acompanhado, à unanimidade pelos ministros da 2ª Turma, presentes à sessão.

O acórdão assim restou ementado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO 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. (RE 179.147 – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 12.12.1997 – DJ 27.02.1998 p. 18; RTJ 179/791).

Idêntico entendimento foi adotado por ocasião do julgamento de outros recursos. No mesmo sentido, o RE 170.014, 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJ 13.02.1998 p. 12; RE 372.472 – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 04.11.2003 – DJ 28.11.2003, RT 823/137-143; RE 231.738 – Rel. Minª Ellen Gracie - DJ 27.09.2004; AI-AgR 512.698 – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 13.12.2005 – DJ 24.02.2006 p. 36.

Adotando entendimento diametralmente oposto, no recurso extraordinário 215.981, interposto por mãe de presidiário assassinado no interior de estabelecimento prisional, tendo como relator o Ministro Néri da Silveira, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser cabível a responsabilização do Estado por omissão, com base na teoria objetiva.

O acórdão recorrido, exarado pelo Tribunal do Rio de Janeiro, restou assim ementado:

Responsabilidade civil do Estado. Não responde o Estado por morte de preso, no interior de presídio, causada por ato de outro presidiário quando ausente a falta administrativa, sobretudo quando a administração coloca ao alcance da vítima o único meio de segurança que dispõe e este vem a ser expressamente recusado para alimentar a disputa, entre facções rivais, do comando sobre os presos.

Ao julgar o recurso extraordinário interposto pela autora, o Ministro Néri da Silveira rechaçou a tese do Tribunal *a quo*, nos seguintes termos:

Não se concilia, efetivamente, esse entendimento com as regras do art. 37, § 6º, e 5º, XLIX, da Lei Maior de 1988. Desde a Constituição de 1946 (art. 194), bem assim na Constituição de 1967 (art. 105), na Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 107), até a Constituição de 1988 (art. 37, § 6º), está, entre nós, consagrado o princípio da responsabilidade

objetiva do Estado, resultante da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Parece fora de dúvida tenha sucedido, efetivamente, na espécie, omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis, de forma razoável, a fim de ser evitado o homicídio do filho da recorrente, qual acabou por acontecer, no interior do presídio.

Desta forma, nos termos do voto do relator, os Ministros Celso de Mello, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, presentes na sessão, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso, para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

1. Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença. (RE 215.981 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – j. 08.04.2002 – DJ 31.05.2002 p. 48; LEX 288/133-140).

Igual entendimento foi adotado em outros julgados. (RE 296.569 – Re. Min. Joaquim Barbosa – j. 24.11.2003 – DJ 17.12.2003 p. 75; RE 272.839 – 2ª Turma – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 01.02.2005 - DJ 08.04.2005 p. 38, LEXSTF 317/236-257, RT 837/129-138, RTJ 194/337; AI 546.889 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 14.06.2005 – DJ 1º.07.2005, RDDP 30/170-171 e RE 217.592 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 1º.08.2005 – DJ 18.10.2005 p. 38).

Diante deste contexto, é possível verificar que a teoria subjetiva e objetiva são igualmente adotadas para embasar a responsabilidade estatal nos casos de condutas omissivas. Diante de caso concreto idêntico, ora prevalece uma, ora prepondera outra, sendo oscilante o entendimento da Suprema Corte.

Da leitura do inicialmente aludido recurso extraordinário 179.147, resta evidente a adoção da teoria subjetivista, nos moldes da fórmula *faute du service*. Com efeito, tendo em vista principalmente os argumentos exarados

pelo Ministro Carlos Velloso, nega-se que a omissão do Estado seja hábil a 'causar' o dano, sendo este causado mediante ato comissivo de terceiro. Assim sendo, o entendimento é de que, para imputar a responsabilidade ao Estado, mister a existência da culpa, ainda que não individualizada em agente específico, podendo a mesma ser atribuída ao serviço público, na falta do serviço.

Por outro lado, análise dos julgados acerca do mesmo assunto, como por exemplo o caso do recurso extraordinário 215.981, permite concluir que, em outros casos, o argumento jurídico adotado condiz com a teoria objetiva, não se perquirindo da ocorrência da culpa do Estado. Parte-se da premissa de que, se o dano adveio em razão da omissão do Estado, o poder público deve ser responsabilizado a partir da simples constatação, no caso concreto, da quebra do dever de vigilância ou guarda, independentemente da culpa de seus agentes.

3.4.1.2 Invasão de imóvel rural

A respeito da responsabilidade civil do Estado em decorrência da invasão de terceiros em imóvel rural, de propriedade de particular, verifica-se que a teoria subjetiva ou a objetiva são invocadas para delimitar o âmbito da responsabilização do Poder Público.

Em determinado caso, trabalhadores sem-terra ameaçaram invadir imóvel rural de propriedade de particulares, situado no município de Bagé. Diante da situação, foi requerida a proteção do Estado. Tendo o Poder Público sido omissos, as ameaças se concretizaram, sendo o imóvel invadido e danificado. Os proprietários ingressaram com ação de indenização, a qual foi julgada procedente na primeira instância e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Referido Estado interpôs recurso extraordinário, alegando violação do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Na apreciação do recurso extraordinário, que ganhou o número 237.561, o ministro relator Sepúlveda Pertence entendeu que o acórdão combatido não

merecia reforma, uma vez que o mesmo tinha por substrato a incidência da teoria subjetiva, a qual entende ser prevalente na doutrina pátria.

Em seu voto, o relator assim se manifestou: Parece dominante na doutrina brasileira contemporânea a postura segundo a qual somente conforme os cânones da teoria *subjetivista*, derivada da *culpa*, será admissível imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão.

Para dar suporte a esta sustentação, citou a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Sérgio de Andréa Ferreira, Odília da Luz Oliveira, Sergio Cavaliere Filho, Lúcia Valle Figueiredo e Rui Stoco, após mencionar a doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello, a quem adere totalmente.

Partindo dessa premissa, referido Ministro assim traçou sua conclusão:

Ora, se se parte dessa visão, a mim parece claro que a fonte de regência da hipótese, que se deu por concretizada na espécie, não é o art. 37, § 6º, da Constituição – que diz com a responsabilidade objetiva do Estado, à qual basta a relação de causalidade entre a ação do agente público e o dano – mas, sim, as normas ordinárias da responsabilidade subjetiva, a começar do art. 15 do C. Civil.[...]

Acertado como ficou definitivamente, nas instâncias de mérito, a existência da omissão ou deficiência culposa do serviço policial do Estado nas circunstâncias do caso – agravados pela criação do risco, também imputável à administração -, e também que a sua culpa foi condição **sine qua** da ação de terceiros – causa imediata dos danos -, de duas, uma.

Ou a questão é de ser resolvida conforme o regime legal da responsabilidade subjetiva (Ccivil, art. 15) ou a ela é de aplicar o princípio da responsabilidade objetiva das pessoas de direito público (CF, art. 37, § 6º).

Na primeira hipótese, a matéria é infraconstitucional, insusceptível de reexame no recurso extraordinário.

Na segunda, a questão é constitucional, mas – sempre a partir dos fatos nela encartados – a decisão recorrida deu-lhe solução que não contraria a norma invocada da Lei Fundamental.

De tudo, não conheço do RE: é o meu voto.

O voto do relator foi acompanhado pelos demais Ministros da 1ª Turma, que compareceram na sessão.

O acórdão ficou assim ementado:

Responsabilidade civil do Estado por omissão culposa no prevenir danos causados por terceiros à propriedade privada: inexistência de violação do art. 37, § 6º, da Constituição. Para afirmar, no caso, a responsabilidade do Estado não se fundou o acórdão recorrido na infração de um suposto dever genérico

e universal de proteção da propriedade privada contra qualquer lesão decorrente da ação de terceiros: aí, sim, é que se teria afirmação de responsabilidade objetiva do Estado, que a doutrina corrente efetivamente entende não compreendida na hipótese normativa do art. 37, § 6º, da Constituição da República [...] A existência da omissão ou deficiência culposa do serviço policial do Estado nas circunstâncias do caso — agravadas pela criação do risco, também imputável à administração —, e também que a sua culpa foi condição *sine qua* da ação de terceiros — causa imediata dos danos —, a opção por uma das correntes da disceptação doutrinária acerca da regência da hipótese será irrelevante para a decisão da causa. (RE 237.561 – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 05/04/02 p. 55; LEX 283/210-225).

Em outra situação, versando sobre hipótese parecida, na qual foi interposto recurso extraordinário pelo Estado do Paraná, em razão de ter sido condenado, nas instâncias ordinárias, a indenizar proprietário de fazenda invadida por integrantes do MST, tendo em vista o descumprimento de ordem judicial no sentido de reintegrar o proprietário na posse do imóvel, o Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria objetiva para imputar a responsabilidade ao Estado.

O Ministro Ilmar Galvão, ao apreciar o recurso extraordinário, o qual foi identificado pelo número 283.989, assim afirmou: É fora de dúvida que o dano pode ser causado não só por ação como também por omissão do agente, quando este descarta do seu dever de agir.

Desta forma, nos termos do voto do relator, a 1ª Turma não conheceu do recurso interposto. A ementa restou assim confeccionada:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos. (RE 283.989 – 1ª Turma – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 28.05.2002 – DJ 13.09.2002 p. 85; LEX 289/230-240).

É possível inferir, portanto, que, destes dois julgados que ora se faz

menção, embora ambos possuam matéria fática muito semelhantes como substrato das ações, os julgamentos foram efetuado de forma distintas. No primeiro caso, o relator perfilhou a teoria subjetiva para sustentar a responsabilidade do Estado, tendo todavia admitido que, mesmo aplicado a teoria objetiva o resultado não seria diferente. No segundo julgado, não houve qualquer perquirição do elemento subjetivo, concluindo-se pela responsabilidade do Estado na forma da teoria objetiva.

3.4.1.3 Dano provocado a aluno no interior de escola pública

Nos autos do recurso extraordinário 109.615, o caso versava sobre ação de indenização proposta por vítima de acidente ocorrido nas dependências de uma das escolas municipais do Rio de Janeiro, do qual resultou deformidade traumática com incapacidade permanente para o trabalho (perda total do globo ocular). Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Estado, reconhecendo a responsabilidade civil objetiva do município, condenou-o a indenizar a vítima de acidente ocorrido nas dependências de uma de suas escolas. O município interpôs recurso extraordinário contra o acórdão, alegando que o dano foi provocado por uma colega de classe, não havendo, desta forma, o nexo de causalidade.

O Ministro Celso de Mello entendeu não assistir qualquer razão ao município do Rio de Janeiro. Argumentou que:

A situação de fato que gerou o evento imputado ao Município do Rio de Janeiro/RJ põe em evidência todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento constitucional da responsabilidade civil objetiva dessa pessoa jurídica de direito público, eis que a vítima, com apenas 10 anos de idade, na condição de aluna de Escola pública, achava-se, **no momento do fato**, sob os **cuidados**, a **vigilância** e **fiscalização** do Poder Público, em estabelecimento escolar oficial mantido e administrado pelo próprio Município, que foi incapaz de impedir a consumação de evento danoso **gravíssimo**, consistente na perda total do globo ocular direito, com deformidade traumática permanente, causada por outra menor impúbere que **também** estudava na **mesma** unidade de ensino fundamental.

Destacou o Ministro que a teoria do risco administrativo é consagrada

desde a Carta Política de 1946, sendo de natureza objetiva, a responsabilidade civil do Poder Público, quer por ação, quer por omissão de seus agentes. Pontificou que a concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

Discorrendo acerca da matéria, o Ministro citou a doutrina de Meirelles (2005), Di Pietro (2005), Gasparini (1995), Bastos (1999) e Silva (1974) prelecionando que: [...] os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* eo comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).

Afirmou que a ausência de qualquer destes pressupostos é suficiente para subtrair a responsabilidade do Estado. Todavia, no caso em vértice, todos estavam presentes, destacando que:

[...] o nexo de causalidade material restou plenamente configurado em face do comportamento omissivo em que incidiu o agente do Poder Público (funcionário escolar), que se absteve de adotar as providências reparatórias que a situação estava a exigir. Na realidade, conta dos autos que, por incompreensível omissão administrativa, não só deixou de ser solicitado e prestado imediato socorro médico à vítima, mas, também, absteve-se a própria administração escolar de notificar os pais da aluna atingida, com a urgência que o caso requeria.

[...]

Impõe-se reconhecer, por irrecusável, que o Município tem o dever de proporcionar segurança aos alunos que freqüentam as escolas públicas por ele mantidas, enquanto permanecem no recinto das unidades de ensino.

[...]

A obrigação de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento

escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida esta obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno – tal como no caso ocorreu -, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, atenção, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares.

[...]

De outro lado, ainda que ausente qualquer parcela de responsabilidade da servidora municipal (Professora da Escola pública) na eclosão do evento de que resultou a cegueira parcial da aluna de sua própria classe, tal circunstância, só por si, não teria o condão de exonerar o Município do Rio de Janeiro/RJ da responsabilidade civil – que é objetiva – decorrente do fato danosos em questão.

É que a responsabilidade objetiva do Poder Público não deriva, necessariamente, da conduta eventualmente culposa dos agentes estatais. Posto que é inteiramente objetiva, essa modalidade de responsabilidade civil prescinde da demonstração de dolo ou culpa subjacente ao comportamento do servidor público. [...]

Desta feita, considerando que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro interpretou a norma constitucional com ‘absoluta fidelidade’, não conheceu do recurso extraordinário, mantendo, em conseqüência o acórdão recorrido. Os demais Ministros da 1ª Turma acompanharam o voto do relator.

O acórdão restou assim ementado:

INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de

culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. – Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (RE 109.615 – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – j. 28.05.1996 – DJ 02/08/1996 p. 25785. Em situação análoga, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, no Tribunal de origem, indeferiu processamento de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o qual reconheceu a responsabilidade objetiva civil do Estado por danos decorrentes da morte de menor em sala de aula, no estabelecimento de ensino da rede oficial, tendo sido alvejada por tiros de revólver desferidos por terceiro. No julgamento desse agravo de instrumento, de número 375.277, ocorrido em 15.10.2004, veiculado no DJ de 29.11.2004 p. 49, o Ministro Cezar Peluso entendeu ser

inadmissível o recurso, adotando como fundamento justamente os argumentos contidos nesse precedente, no sentido de ser objetiva a responsabilidade também na hipótese de comportamento omissivo do Estado).

Já no recurso extraordinário 140.270, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 15.04.1996 e veiculado no DJ de 18.10.1996 p. 39859, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que em se tratando de procedimento omissivo atribuído ao Estado, a doutrina reclama a demonstração do dolo ou culpa.

Análise destes julgados apenas confirma que, em se tratando de matéria envolvendo comportamento omissivo dos agentes estatais, a teoria objetiva e subjetiva, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são aplicadas, ora agasalhada uma ora outra.

3.4.1.4 Aferição do nexo de causalidade

O nexo de causalidade é considerado um pressuposto imprescindível para a configuração da responsabilidade civil do Estado. Na seqüência, serão analisados julgados do Supremo Tribunal Federal, de molde a evidenciar a forma de aferir a existência desse pressuposto, no caso de omissão dos agentes estatais.

Em caso ocorrido na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, bando de marginais, integrado por um evadido de prisão estadual há vinte e um meses antes, ingressou na residência de uma família, renderam-na e conduziram a esposa até o distante estabelecimento comercial de propriedade da família, de onde se apossou de grande quantidade de jóias, tendo, ainda, agredido o esposo. Foi ajuizada ação de reparação de danos e a primeira instância julgou procedente a pretensão dos autores, reconhecendo a responsabilidade civil do Estado, condenando a efetuar a reparação dos danos materiais. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná manteve a condenação do Estado. Contra esta decisão, referido Estado e o Ministério Público estadual interpuseram recurso extraordinário, alegando violação ao § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

O Ministro relator, Moreira Alves, ponderou que, embora a

responsabilidade do Estado possua natureza objetiva, não dispensa o requisito do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus e o dano causado a terceiros.

O relator teceu considerações a respeito do nexo de causalidade, trazendo à tona a doutrina de Wilson de Melo da Silva e Agostinho Alvim, sustentando que a teoria adotada, quanto ao nexo de causalidade, é a teoria do dano direto e imediato, também denominada de teoria da interrupção do nexo causal. Aduziu que, referida teoria, só admite 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.

Diante dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, o Ministro Moreira Alves, a partir do conceito de nexo de causalidade acima mencionado, entendeu estar descaracterizado o liame causal e, desta forma, concluiu pela impossibilidade de responsabilizar o Estado.

Argumentou o Ministro que: com efeito, 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, como a formação de quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.

Feitas estas argumentações, o Ministro Moreira Alves votou pelo conhecimento do recurso extraordinário a fim de lhe dar provimento, julgando improcedente a ação.

Ao acompanhar o voto do relator, o Ministro Ilmar Galvão ponderou que: a indenização pretendida do Estado, por dano tido como resultante de omissão verificada em seu serviço, quando se trata de dever geral, não pode ser concedida com base na responsabilidade objetiva, prevista na Constituição Federal.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, destacou que a Constituição Federal agasalhou a teoria do risco administrativo, sendo a responsabilidade objetiva, tanto em casos de ação como em omissão. Contudo, da mesma forma que o relator, entendeu não estar presente o nexo de causalidade, um dos pressupostos da responsabilidade. Argumentou que,

O eventual reconhecimento do nexo causal, na espécie, exacerbaria de tal modo o sentido da teoria do risco administrativo que a reduziria, virtualmente, à dimensão mais radical da teoria do risco integral, que não foi consagrada pelo nosso sistema de direito constitucional positivo, consoante acentua a jurisprudência desta própria Corte RDA 97/177 – RT 330/270 – 382/138 – 449/104.

As circunstâncias do presente caso evidenciam que o nexo de causalidade material não restou configurado, quer em face da ausência de imediatidade entre o comportamento referido imputado ao Poder Público e o evento lesivo consumado, quer em face da superveniência de fatos remotos descaracterizadores, por sua distante projeção no tempo, da própria relação causal.

O entendimento dos Ministros Sepúlveda Pertence e Octavio Gallotti também foram de que, na hipótese, estava descaracterizado o liame de causalidade.

Ao final do julgamento, na esteira do voto do Relator Ministro Moreira Alves, os Ministros Ilmar Galvão, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Octavio Gallotti, conheceram dos recursos extraordinários e deram provimento.

O acórdão restou assim ementado:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a 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. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, 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, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 130.764 – 1ª Turma – Rel. Min. Moreira Alves – j. 12/05/1992 – DJ 07/08/1992 p. 11782; RTJ 143/270).

Caso semelhante também chegou ao Supremo Tribunal Federal, nos autos do recurso extraordinário 369.820, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, tendo o julgado concluído pela adoção da teoria do dano direto e imediato para aferir a existência do nexo de causalidade.

A autora ingressou com ação contra o Estado Rio Grande do Sul, em virtude do seu marido ter sido morto por um fugitivo em co-autoria com outros delinqüentes, em assalto por eles realizado. A decisão de primeira instância julgou procedente a pretensão da autora, sendo mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado.

O Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário, alegando que, na data dos fatos, fazia quatro meses que o preso tinha fugido e que o latrocínio foi perpetrado juntamente com outras três pessoas, o que descaracterizaria o nexo de causalidade.

Ao apreciar o recurso, o Ministro Carlos Velloso ressaltou que, na hipótese, o dano não resultou de ato praticado o agente público, mas foi causado mediante ato comissivo de terceiro. Ter-se-ia, portanto, ato comissivo do poder público.

Em seguida, teceu considerações doutrinárias acerca do assunto, sustentando ser caso de incidência da teoria subjetiva da *faute du service*.

Todavia, o desfecho da decisão se deu na questão do nexo de causalidade. Destacou o Relator que:

[...] em casos como este, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio praticado, tempos depois, pela quadrilha da qual participava o apenado, observada a teoria, quanto ao nexo de causalidade, do dano direto e imediato.
Sem possibilidade, pois, da adoção, no caso, da falta de serviço.

Os Ministros da 2ª Turma, na conformidade do voto do relator, entenderam não estar presente o pressuposto do nexo de causalidade. Desta

forma, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço – faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, D.J. de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido. (RE 369.820 – 2ª T. – Rel. Carlos Velloso – j. 04/11/2003 – DJ 27.02.2004 p. 38; LEX 305/266-277; RT 825/172-177. Da mesma forma, no RE 435.794, julgado em 11.11.2004 e publicado no DJ de 29.11.2004 p. 124, a Ministra Relatora Ellen Gracie, ao julgar monocraticamente caso em que o Estado foi condenado, nas instâncias ordinárias, pela morte do marido da autora, cometido por detento que, dois meses antes, evadira-se do estabelecimento prisional onde esperava julgamento pela prática do mesmo delito, deu provimento ao recurso interposto pelo Estado do Ceará, julgando improcedente a ação. A Ministra entendeu que [...] não restou caracterizada relação de causalidade entre a suposta omissão do Estado e o homicídio do esposo da recorrida praticado pelo foragido, ante a ausência da imediatidade entre os eventos, separados por um considerável período de tempo, o que afasta o dever de indenizar do recorrente).

Como é possível observar, ambos os julgados versam sobre caso prático muito semelhante. A diferença na fundamentação dos acórdãos reside na questão da natureza jurídica da responsabilidade do Estado, em razão da omissão de seus agentes. Ao passo que no primeiro se concluiu pela incidência da teoria objetiva, este último foi embasado na teoria subjetiva. Esta dissonância de entendimento já foi evidenciada no item anterior. O que releva destacar destes julgados é a questão do nexo de causalidade. Nota-se que,

ambas as teorias adotadas não dispensam a existência do nexo causal e, além disso, um outro fator em comum está presente: a técnica de verificar a presença do nexo de causalidade.

Com efeito, tanto na fundamentação nos moldes da teoria objetiva quanto subjetiva adotam a teoria do dano direto e imediato, também conhecida por teoria da interrupção do nexo causal. Por esta teoria, aplicada na hipótese de omissão do Estado, a grosso modo, somente se considera presente o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma omissão dos agentes estatais.

Ambos os julgados acima referidos referiam-se a casos onde foi concluído não estar presente o nexo de causalidade. Para melhor evidenciar a matéria, revela-se conveniente, também, trazer a lume um julgado no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu estar presente o pressuposto do nexo de causalidade.

Tratava-se do recurso extraordinário 136.247, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, versando sobre caso em que um preso, recolhido no Presídio Norte Fluminense, na Comarca de Campos, ao sair escoltado por um cabo e um soldado, rumo a um consultório de dentista, conseguiu fugir para a localidade de Cambaíba e, imediatamente, matou o seu sogro. Na seqüência, dirigiu-se à Usina de Cambaíba, onde, por volta das 03h00min, assassinou a facção, um vigia da referida empresa. A viúva e os filhos menores deste pleitearam uma indenização do Estado, sendo o pedido julgado procedente no juízo de primeiro grau e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso extraordinário, argumentando que, na hipótese, não existia nexo de causalidade entre o comportamento do Estado e a morte da vítima.

Destacou o Relator que, no caso, ao invés da intercorrência de causa sucessiva capaz de provocar a interrupção do nexo causal, a incúria da guarda penitenciária foi a causa de sua fuga, preordenada ao objetivo criminoso imediatamente perseguido e colimado.

Conforme as palavras do relator:

Tem-se, pois, que, na espécie, a imediação temporal entre a fuga e os homicídios não foi ocasional, mas resultou de predisposição do evadido e, pois, não de ser tidos os últimos como resultantes da evasão.

Entre essa – que a instância ordinária reputou imputável à negligência da guarda penitenciária – e os delitos que, dada a predisposição do fugitivo. Constituíram desdobramento natural da evasão, não há falar de concausas sucessivas, sequer relativa.

De resto, cuidando-se de responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo, nem faz sentido indagar da previsibilidade ou não, para os agentes penitenciários, da predisposição do fugitivo em partir de imediato para os atos premeditados de vingança.

No termos do voto do relator, a 1ª Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso extraordinário.

O acórdão ficou assim ementado:

Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso — atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão — preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores: indenização deferida sem ofensa do art. 37, § 6º, da Constituição. (RE 136.247 — 1ª T. — Rel. Min. Sepúlveda Pertence — j. 20/06/2000 - DJ 18/08/2000 p. 92).

Vê-se, portanto, outra hipótese em que o nexo de causalidade foi aferido nos termos da teoria do dano direto e imediato. Só que, diferentemente dos outros julgados supra, neste último caso houve um desdobramento natural dos fatos, de modo que o dano foi resultado direto e imediato da evasão do estabelecimento prisional. Logo, concluiu-se que o nexo de causalidade estava presente.

3.4.1.5 Considerações finais

Diante da exposição dos entendimentos contidos nos julgados nos itens supra, é possível afirmar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matéria de danos oriundos da omissão do Estado, não se encontra pacificada. Duas teorias são invocadas para justificar o dever de reparar: uma de natureza subjetiva e outra de natureza objetiva.

Seria até mesmo desnecessário ponderar que a segunda é preferível à primeira, como foi explanado no item 3.3, vez que atende ao exato fim

colimado pelo § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Demais disso, infere-se que, independentemente de qualquer teoria adotada acerca da natureza da responsabilidade civil do Estado, o Supremo Tribunal Federal em hipótese alguma dispensa a presença do nexo de causalidade.

Como se não bastasse essa característica comum, ou seja, a indispensabilidade do pressuposto do nexo de causalidade, outra é aditada a ela: a técnica de aferir a presença do nexo de causalidade.

De fato, nota-se que, tanto na fundamentação nos moldes da teoria objetiva quanto subjetiva adotam a teoria do dano direto e imediato, também conhecida por teoria da interrupção do nexo causal. Preconiza esta teoria que, na hipótese de omissão do Estado, somente se considera presente o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma omissão dos agentes estatais.

3.4.2 No Superior Tribunal de Justiça

A seguir, será analisada a questão da responsabilidade civil do Estado em razão do comportamento omissivo de seus agentes à luz da visão perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.4.2.1 Considerações gerais

Inicialmente, insta esclarecer que o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça cuida de fixar a competência de cada uma de suas Seções (no total de três) e respectivas Turmas (cada Seção é composta por duas Turmas) em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

A Primeira Seção é composta pela Primeira e Segunda Turma. Todos os feitos relativos à responsabilidade civil do Estado são processados e julgados no âmbito da Primeira Seção, sendo os autos distribuídos entre sua Primeira e Segunda Turma. (Inciso VIII do § 1º do artigo 9º do Regimento Interno do

Superior Tribunal de Justiça).

Outrossim, cabe observar que, em determinadas situações, as Seções e Turmas devem remeter os feitos de sua competência à Corte Especial, como ocorre nas hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do artigo 16 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, trar-se-á, doravante, julgados dos aludidos órgãos a respeito do tema.

3.4.2.2 A uniforme adoção da teoria subjetiva

Em determinado caso, apurado nos autos do recurso especial 637.246, do qual o Relator foi o Ministro João Otávio de Noronha, integrante da Segunda Turma, aluna do curso de Odontologia da Universidade Federal do Ceará ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra referida instituição, em razão de acidente ocorrido durante aula prática de prótese fixa realizada nas dependências da Universidade, vez que, a broca que utilizava durante a aula partiu-se e atingiu o seu olho esquerdo, penetrando-o e causando a perda da função visual, resultando incapacidade permanente para as profissões que precisem do uso da visão binocular.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a Universidade Federal do Ceará ao pagamento de uma indenização por perdas e danos materiais e outra por danos morais.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve a decisão. Irresignada, a ré interpôs recurso especial.

Ao apreciar o recurso, o Ministro João Otávio de Noronha observou tratar-se de situação em que o dano adveio em razão da omissão estatal, devendo a responsabilidade ser aferida na forma da teoria subjetiva. Eis as palavras do referido Ministro:

A questão suscitada nos autos é afeta ao campo da responsabilidade civil do Estado por omissão, e, em casos tais, entendo, assim como firmado em parte da doutrina e da jurisprudência, que a responsabilidade é subjetiva.

[...]

Na espécie, consoante esclarecido pelo Juízo de origem e pela Corte *a quo*, competentes para examinar os fatos e

provas dos autos, resta caracterizada a culpa do Estado no acidente ocorrido, pois houve negligência em exigir e fiscalizar o uso pelos estudantes universitários do Curso de Odontologia dos equipamentos de segurança durante as aulas práticas de prótese fixa.

Desta forma, reconhecendo a presença de todos os pressupostos da teoria subjetiva, votou pelo improvimento do recurso, sendo acompanhado pelos demais integrantes da turma.

O acórdão restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. UNIVERSIDADE FEDERAL. ACIDENTE COM ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO DURANTE AULA PRÁTICA. PERDA DA FUNÇÃO VISUAL DO OLHO ESQUERDO. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NEGLIGÊNCIA DEMONSTRADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

1. Há responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, na hipótese de acidente causado por sua negligência em exigir, bem como em fiscalizar, a utilização por aluno universitário de equipamento de segurança necessário à participação em determinada aula prática.

2. Não merece conhecimento o recurso pela alínea c do permissivo constitucional diante da ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os arestos apontados como paradigmas.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp. 637.246 – 2ª T. – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 28.0.2006 – DJ 09.05.2006 p. 202).

Vale destacar, também, a fundamentação jurídica do recurso especial 716.250, também da Segunda Turma, de Relatoria do Ministro Franciulli Netto.

No caso em apreço, tratava-se de colisão entre os veículos, ocorrida no cruzamento de duas vias, devendo-se ao fato de que um dos semáforos do cruzamento estava verde, e o outro, inoperante. Não havia qualquer sinalização sobre o defeito no semáforo.

Nesse julgado, referido Ministro reconheceu que, no campo da responsabilidade civil do Estado, a regra é a responsabilidade objetiva, bastando a comprovação da ocorrência do prejuízo e o nexo causal entre a conduta e o dano, para deflagrar o dever de reparar.

Contudo, agasalhando a doutrina de Mello (2005), ressaltou que se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, ou seja, pelo não-funcionamento do serviço, ou seu funcionamento tardio, deficiente ou insuficiente, invoca-se a

teoria da responsabilidade subjetiva.

Destacou, ainda, que a realização de raciocínio contrário levaria à insensatez de atribuir ao Estado a responsabilidade por todo e qualquer ato danoso causado por terceiro.

Assim considerando, aplicou-se a teoria subjetiva, na modalidade *faute du service*: o entendimento que ora se defende situa-se no campo da responsabilidade subjetiva pela *faute du service* ou culpa do serviço, existente quando o Estado, devendo atuar com base em certos critérios, não o faz, ou quando peca por omissão ou atua de modo deficiente ou insuficiente.

Ficou assente que a culpa do Município restou caracterizada em virtude do mesmo não ter colocado sinalização evidenciando que naquele cruzamento um dos semáforos não estava acionado.

Desta forma, deu-se parcial provimento ao recurso especial, para condenar o Município de Canoas/RS ao pagamento de danos materiais ao particular que havia experimentado danos em razão do acidente automobilístico.

O acórdão ganhou a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA DEMONSTRADA NA ESPÉCIE. ACIDENTE DE VEÍCULOS EM CRUZAMENTO. SEMÁFORO DEFEITUOSO. CULPA CONCORRENTE DO MUNICÍPIO E DO MOTORISTA QUE TRAFEGAVA NA VIA EM QUE O SINAL ESTAVA INOPERANTE. AUSÊNCIA DE CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE TRANSITAVA PELA RUA EM QUE O SEMÁFORO ESTAVA VERDE.

Tem legitimidade ativa ad causam para o pleito o motorista que se achava ao volante do veículo quando do evento e padeceu o prejuízo dele advindo, pois detém a posse do veículo e pode responsabilizar-se perante o proprietário (AGA 556.138/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 5.4.2004).

No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, ou seja, pelo não-funcionamento do serviço, ou seu funcionamento tardio, deficiente ou insuficiente, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva.

Na espécie, a colisão entre os veículos, ocorrida no cruzamento entre duas ruas, deveu-se ao fato de que um dos semáforos do cruzamento estava verde e o outro, inoperante; ausente qualquer sinalização sobre o defeito no semáforo.

Assim, como bem enfatizou a Corte de origem, evidente a responsabilidade do Município pelo dever de conservar a sinaleira em regular estado de funcionamento. No caso dos

autos, deveria ter providenciado alguma indicação do defeito que tornou inoperante o semáforo, porquanto há notícia de que dois outros acidentes ocorreram no mesmo local, fato que não é impugnado na contestação (fl. 122). In casu, portanto, restou caracterizada a culpa do Município recorrido ao não ter colocado sinalização evidenciando que naquele cruzamento um dos semáforos não estava acionado.

Não se deve deixar de considerar, contudo, que o recorrente Jorge Luiz Lourenço deveria ter sido atento ao cruzar a rua, uma vez que o sinal não estava operante e naquele local não há vias preferenciais devido à existência dos dois sinais. Dessa forma, quanto a esse recorrente, deve ser mantido o raciocínio da Corte Estadual de que há concorrência de culpas: a do motorista por atravessar o cruzamento simplesmente ignorando a ausência da sinalização que ali deveria existir, a da Municipalidade em decorrência de omissão que permitiu e contribuiu para um tal proceder (fl. 123).

Fincado nessa premissa, cumpre dar provimento *in totum* ao recurso no que concerne ao pedido de danos materiais de Anilto Klein de Oliveira, uma vez que quando do acidente trafegava na via em que o semáforo estava verde, não lhe sendo cobrado qualquer dever de diligência quanto ao provável surgimento de veículos provenientes das outras ruas. Recurso especial provido em parte, para condenar o Município de Canoas/RS ao pagamento de danos materiais a Anilto Klein de Oliveira, no valor do menor orçamento juntado aos autos. (Resp 716.250 – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto – j. 21.06.2005 – DJ 12.09.2005, RIP 34/132).

Nessa mesma linha, são numerosos os julgados da Segunda Turma. À guisa de exemplos, considere-se os seguintes julgados: REsp. 602.102 2ª T. – Rel. Minª Eliana Calmon – j. 06.04.2004 - DJ 21.02.2005 p. 46, LEXSTJ 187/166, RNDJ 65/127, RT 836/151; REsp. 639.908 – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto – j. 02.12.2004 – DJ 25.04.2005 p. 309; REsp. 135.542 – 2ª Turma – Rel. Min. Castro Meira – j. 19.10.2004 - DJ 29.08.2005 p. 233; REsp. 549.812 – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto – j. 06.05.2004 – DJ 31.05.2004 p. 273, RJADCOAS 59/93.

O entendimento da Primeira Turma não diverge do até aqui exposto. Considere-se, a propósito, o teor dos seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 131, 165 e 458, II, DO CPC CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE FUNCIONÁRIO EM HOSPITAL PÚBLICO. FATO PRESUMÍVEL. *ONUS PROBANDI*.

1.É cediço no Tribunal que: ADMINISTRATIVO –

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO
 – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL
 INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO. 1.

A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto. 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente. [...]

2. *In casu*, restou incontroverso que o referido estabelecimento hospitalar restou invadido em outras ocasiões com morte de 7 (sete) pessoas, caracterizando-se a culpa ensejadora da responsabilidade por omissão.

3. Recurso provido para acolher o pedido inicial. (REsp. 738.833 – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – j. 08.08.2006 – DJ 28.08.2006 p. 227).

ADMINISTRATIVO E DIREITO PÚBLICO. ESCOLA. SAÍDA DE ALUNO. ESTUPRO DE MENOR EM REGULAR HORÁRIO ESCOLAR. LIBERAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. DEVER DE VIGILÂNCIA. NEGLIGÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. ARTIGOS 186 E 927 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. DANO MORAL.

I - Mesmo diante das novas disposições do Novo Código Civil, persiste o entendimento no sentido de que, No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva (REsp nº 549.812/CE, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 31/05/2004).

II -...o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física... (RE nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 02/08/96).

III - A escola não pode se eximir dessa responsabilidade ao liberar os alunos, pelo simples fato de ter havido bilhete na agenda dos menores no sentido da inexistência de aulas nos dois últimos períodos de determinado dia. Liberada a recorrente naquele horário, que seria de aula regular, e dirigindo-se para casa, sem os responsáveis, culminou por ser molestada sexualmente em terreno vizinho à escola, que se sabia ser extremamente perigoso. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil (conduta culposa, nexos causal e dano).

IV - Violação aos artigos 186 e 927 do Código Civil caracterizada, bem como a responsabilidade subjetiva do Estado na hipótese, devendo os autos retornarem ao Tribunal

a quo, por ser a Corte competente para, diante do exame do quadro fático-probatório, fixar a indenização respectiva.

V - Recurso provido. (REsp. 819.789 – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 25.04.2006 – DJ 25.05.2006 p. 191).

Diante do exposto, infere-se que as divergências existentes no âmbito dos julgados do Supremo Tribunal Federal, quanto à responsabilização do Estado por danos decorrente da omissão de seus agentes não paira sobre as decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça. Tanto a Primeira quanto a Segunda Turma adotam entendimento unívoco a respeito dos pressupostos da responsabilidade deste ente, pautando-se pela aplicação da teoria subjetiva.

Como já foi visto, esse entendimento não espelha a escorreita interpretação do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, importando em malferimento ao aludido dispositivo.

CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, simplesmente se constata a veracidade da afirmativa feita alhures, de que o estudo da responsabilidade civil não é tarefa das mais fáceis. Contudo, considerando o desenvolvimento das idéias levadas a efeito durante a sua realização e dentro dos limites já delineados, é possível evidenciar algumas conclusões, as quais serão pontificadas nos parágrafos seguintes.

O termo responsabilidade civil constitui no dever jurídico imposto a um sujeito de reparar o dano causado a outro sujeito, quer por ação ou omissão do próprio imputado, quer por determinação legal.

A responsabilidade civil, em seu nascedouro, confundia-se com a justiça de mão própria e, no processo de sua evolução, até chegar ao estágio atual, ganhando *status* de princípio, passou por diversas fases. Em determinado momento o Estado avocou para si a prerrogativa de solucionar os conflitos de interesses, tutelando o ofendido com a ocorrência do fato danoso atribuído à conduta culposa de alguém, evoluindo até reconhecer o dever de reparar independentemente da aferição de culpa da pessoa do imputado. Esse ciclo evolutivo é reflexo da busca pela harmonia e equilíbrio, fins colimados pelo Direito, bem como fruto da flexibilidade e dinamicidade do instituto da responsabilidade civil.

Sob o enfoque da sede do dever jurídico violado, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. É contratual, também chamada de negocial, a hipótese do dever de reparar o dano ser resultado do descumprimento de uma norma inserida em um negócio jurídico. É responsabilidade extracontratual ou aquiliana aquela que preconiza o dever de reparar o dano em decorrência do imperativo da própria norma legal, e não de um negócio jurídico.

Tendo em vista sua modalidade, a responsabilidade civil pode ser subjetiva, transubjetiva e objetiva. É subjetiva a responsabilidade quando o dever de efetuar a reparação é atribuído ao sujeito em virtude do mesmo ter incorrido numa ação ou omissão culposa, lesiva a determinado patrimônio, sendo para tanto imprescindível a presença deste elemento animador da

conduta. A responsabilidade é transubjetiva quando, por força de norma jurídica, presume-se responsável o autor mediato da provocação do dano, em virtude da prática de conduta culposa, na modalidade omissiva. Por se tratar de presunção relativa, a constatação de que a omissão não foi culposa implica na exoneração do dever de reparar o dano. Por fim, a responsabilidade é objetiva quando, em razão de determinação legal ou de constatação da situação de risco criado no caso concreto, é facultado atribuir à pessoa do imputado o dever de reparar o dano, independentemente da alegação de ocorrência de sua culpa e nem este ostenta a possibilidade de se eximir demonstrado não ter laborado culposamente.

Os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, à luz de sua teoria geral são: a conduta, consubstanciada na ação ou omissão humana, o dano, o nexo de causalidade e, finalmente, a culpa, sendo que este último pressuposto pode ou não figurar como pressuposto, dependendo da natureza jurídica da responsabilidade.

A ação e a omissão são formas de exteriorização da conduta humana, por meio das quais se provoca a ocorrência de um dano, implementando a lesão da esfera juridicamente protegida de outrem. Ao passo que ação é definida como a conduta positiva, ou seja, um fazer, a omissão é entendida como a conduta negativa, uma abstenção. O dano, considerado estritamente como o dano patrimonial, pode ser entendido como toda e qualquer lesão injusta, experimentada por alguém, impingida por outrem, importando na diminuição de seu patrimônio (dano emergente e lucro cessante) e que pode ser avaliado economicamente. O nexo de causalidade constitui na relação de causa e efeito existente entre o comportamento comissivo ou omissivo, potencialmente lesivo do agente e o resultado dano experimentado pela vítima. Já a culpa consiste na violação de um dever jurídico imputável a alguém, quer seja por conduta intencional (dolo), quer seja por conduta desprovida de deliberação, consubstanciada na imperícia, imprudência ou negligência (culpa em sentido estrito).

Transportada a definição de responsabilidade civil para o Poder Público, é possível afirmar, que a responsabilidade civil do Estado, consiste no dever jurídico que lhe é imposto, de reparar um dano experimentado pelo particular,

como corolário da conduta comissiva ou omissiva lesiva de seus agentes.

No ciclo da existência da responsabilidade civil do Estado, em uma primeira fase vigia a teoria da sua irresponsabilidade. Em uma segunda fase advieram as teorias subjetivistas, pretendendo justificar um critério de responsabilização do Estado.

A adoção da teoria da culpa civilística foi a primeira forma de atribuir ao Estado, ainda que indireta e timidamente, o dever jurídico de responder pelos danos provocados ao particular. Surgiu, depois, a teoria da culpa administrativa, preconizando que o ato do preposto estatal é entendido como ato do próprio Estado, bastando ao ofendido, para ser beneficiário da reparação, demonstrar o dano, a conduta lesiva culposa praticada pelo agente estatal e o liame de causalidade entre ambos.

Sobreveio, depois, a teoria da culpa anônima, segundo a qual, para imputar o dever de reparar ao ente estatal, seria necessário a existência de certeza de que o dano experimentado pelo particular adveio do serviço público, por conduta de algum agente, prescindindo-se da demonstração de qual agente o tivesse produzido.

Foi criada, também, a teoria da culpa presumida, para a qual, uma vez presente o dano, a conduta do agente estatal e o nexos de causalidade entre ambos, milita contra o Estado a presunção de ser culpado e, por isso, torna-se responsável pela reparação. Entretanto, por se tratar de presunção relativa, o Estado poderia subtrair-se a dever legal caso comprovasse a ausência de culpa de seus agentes no evento danoso.

Em outra etapa surgiu a teoria da falta administrativa, segundo a qual, à configuração da responsabilidade do Estado pelos danos experimentados pelo particular é suficiente a demonstração da falta do serviço, consubstanciada na prova da ausência do serviço devido, ou de seu deficiente ou demorado funcionamento.

Numa terceira fase, teve início a incidência da teoria objetiva.

A teoria do risco administrativo, vertente da teoria objetiva, em homenagem ao princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos, atribui ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Preconiza, assim, que, todo dano experimentado pelo

particular deve ser reparado, bastando a prova da lesão sofrida, a conduta administrativa e o liame de causalidade entre ambos, independentemente da culpa dos agentes estatais.

Outra vertente da teoria objetiva, a teoria do risco integral, pretende atribuir o dever jurídico do Estado reparar o dano sempre, mesmo quando o dano não decorresse de sua atividade, pois, uma vez demonstrada a lesão pelo particular, o Estado ficaria impedido de invocar as causas de excludente do liame de causalidade. Por conduzir ao abuso, esta doutrina não tem ganhado aplicabilidade neste campo do direito, não passando de mera teoria.

Por fim, foi criada a teoria do risco social, que atribui a responsabilidade civil do Estado sem levar em conta a ocorrência de culpa ou risco administrativo. Uma vez demonstrado a existência do dano, ao Estado é imputada a responsabilidade independentemente deste possuir qualquer participação no resultado danoso (desnecessidade do nexo de causalidade), pois se entende que houve a quebra do dever preexistente de tutelar a harmonia e a estabilidade social.

No que tange aos fundamentos da responsabilidade civil do Estado, a partir da análise da natureza das causas que originaram o dano, pode-se falar que as razões da existência da responsabilização do Estado está ou na legalidade ou no princípio da igualdade. Enfocando o fundamento dessa forma de responsabilidade independentemente das causas que provocaram o dano, é possível dizer, em sentido amplo, que o princípio da igualdade é o grande sustentáculo do Estado ser considerado uma pessoa responsável civilmente, como qualquer outra pessoa jurídica.

O ordenamento pátrio sempre albergou o princípio da responsabilização do Estado. No período imperial e parte do período republicano era adotada a teoria subjetivista, na modalidade culpa civilística.

Foi com o artigo 194 da Constituição de 1946 que se agasalhou, normativamente, a teoria objetiva, tornando possível deflagrar a responsabilidade estatal por seus atos lesivos independentemente de qualquer comportamento irregular de funcionário ou agente seu. Afastou-se, pois, da verificação do elemento culpa ou falta de serviço como condição essencial à configuração responsabilidade estatal quando houvesse causado dano a

outrem.

Os sujeitos que acarretam a responsabilização do poder público perante o particular são os agentes do Estado, os quais são assim considerados independentemente da forma de escolha ou investidura e desde que o fato danoso seja produzido em decorrência de comportamento realizado na condição de agente do Estado.

Nem todo dano relacionável com o comportamento comissivo ou omissivo do Estado dá lastro à sua reparação pelo Poder Público. Para caracterizar a responsabilidade civil estatal, o dano, conforme o preceito constitucional previsto no artigo § 6º do artigo 37 deve ser causado pelo Estado.

O dano ensejador da responsabilidade é mais amplo que o simples decréscimo patrimonial ou dano econômico, pois, ademais de pressupor aquele, reclama ainda o ferimento do bem que o ordenamento jurídico enuncia como um direito de uma pessoa.

Para irromper a responsabilidade civil do Estado, em qualquer situação, é imprescindível que a conduta por este efetuada importe em lesão a um bem que o ordenamento jurídico enuncia como um direito de uma pessoa e, concomitantemente, seja certa a sua ocorrência. Demais, especificamente para os danos provenientes da atividade lícita do Estado, a estas características devem ser adicionadas a especialidade e anormalidade do dano.

A respeito das características da conduta ensejadora da responsabilidade civil do Estado, tem-se que o mesmo pode ser causado tanto por ação quanto por omissão de seus agentes. Mesmo nos casos em que a ocorrência do dano só foi possível em decorrência de uma situação produzida pelo Estado igualmente é possível afirmar que este ente é o causador do dano, ainda que mediatamente. Todas estas as formas de produzir o dano comportam a responsabilização estatal na forma objetiva.

Ainda que o tema seja objeto de acirrado debate doutrinário, os limites da responsabilidade civil do Estado por omissão, conforme a correta interpretação do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal devem ser aferidos com a aplicação da teoria objetiva. Assim, da mesma forma que nos caso de ação, para a deflagração da responsabilidade do Poder Público é suficiente a

existência da conduta lesiva estatal, a constatação do dano e o liame de causalidade entre o comportamento do Estado e o resultado danoso.

Demais, em caráter de exceção, o ordenamento pátrio alberga, também a teoria do risco social, conforme a previsão contida na Lei n.º 10.744, de 09 de outubro de 2003.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, em certos casos se adota a teoria subjetiva, na vertente da *faute du service*, negando-se que a omissão do Estado seja hábil a causar o dano, sendo este causado mediante ato comissivo de terceiro. Por outro lado, espelhando o posicionamento agasalhado no presente trabalho, existem fundamentações de acórdãos que condizem com a teoria objetiva, não se perquirindo da ocorrência da culpa do Estado. Parte-se da premissa de que, se o dano adveio em razão da omissão do Estado, o Poder Público deve ser responsabilizado a partir da simples constatação, no caso concreto, independentemente da culpa de seus agentes.

Desta forma, em matéria de danos oriundos da omissão do Estado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se encontra pacificada. Duas teorias são invocadas para justificar o dever de reparar: uma de natureza subjetiva e outra de natureza objetiva.

Já no Superior Tribunal de Justiça o entendimento é maciço no sentido de que deve ser aplicada tão-somente a teoria subjetiva para constatar o dever de reparar o dano nos casos de omissão dos agentes estatais.

Como já se salientou, a teoria objetiva é preferível à subjetiva, pois, aquela atende ao exato fim colimado pelo § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Por fim, independentemente de qualquer teoria adotada acerca da natureza da responsabilidade civil do Estado, o Supremo Tribunal Federal em hipótese alguma dispensa a presença do nexo de causalidade, valendo-se da teoria do dano direto e imediato, também conhecida por teoria da interrupção do nexo causal para aferir a presença do nexo causal. Assim, na hipótese de omissão do Estado, o entendimento assente é de que somente se considera presente o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma omissão dos agentes estatais.

REFERÊNCIAS

ALVES, V. R. **Responsabilidade civil do Estado**. Campinas: Bookseller, 2001.

BAHIA, S. J. C. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BAPTISTA, S. N. **Teoria geral do dano**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2003.

BASTOS, C. R. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTAR, C. A.; BITTAR FILHO, C. A. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: STJ, 2006.

BRUNINI, W. Z. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CAHALI, Y. S. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO NETO, I. **Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTRO, G. C. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALCANTI, A. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1957.

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

CRETELLA JÚNIOR, J. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, M, S, Z. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIÚZA, R. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GANDINI, J. A. D.; SALOMÃO, D. P. S. A responsabilidade civil do estado por conduta omissiva. **LEX – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro, v. 296, p. 5-47, ago. 2003.

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

LIMA, A. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, C. A. B. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 552, p. 11-20, out. 1981.

_____. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIGUEL, A. A responsabilidade civil no novo Código Civil: Algumas considerações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 809, p. 11-27, mar. 2003.

MORAES, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, F. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 816, p. 733-752, out. 2003.

PACHECO, J. S. A nova constituição e o problema da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 635, p. 103-115, set. 1988.

PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro, 1998.

_____. **Instituições de direito civil: introdução aos direito civil, teoria geral de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, S. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, W. M. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXOS

ANEXO A – ANTEPROJETO DE LEI SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

LEI Nº..... DE..... DE..... DE 200...

Dispõe sobre responsabilidade civil do Estado

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono Lei:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º. Esta lei estabelece normas sobre a responsabilidade civil do Estado nos casos de danos a terceiros, oriundos de ações ou omissões, de falta do serviço ou de fatos do serviço, da obra ou da coisa, imputados às pessoas jurídicas de direito público, às de direito privado prestadoras de serviços públicos e ao respectivos agentes.

§ 1º. Os preceitos desta Lei se aplicam à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às respectivas autarquias e fundações públicas; às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias, prestadoras de serviços públicos; às concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e a todas pessoas privadas que, sob qualquer título, prestem serviços públicos.

§ 2º. As concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e outras pessoas privadas que, sob qualquer título, prestem serviços públicos, regem-se pelos preceitos desta Lei, quando os fatos geradores da responsabilidade se relacionarem com os serviços públicos que desempenham.

§ 3º. As empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que exploram atividade econômica de produção ou

comercialização de bens ou de prestações de serviços, sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, no tocante às obrigações decorrentes da responsabilidade civil.

§ 4º. Os preceitos desta Lei aplicam-se aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União e dos Estados e às Câmaras Municipais, quando no desempenho de função administrativa, observados os capítulos VII e X desta Lei, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas e ao Ministério Público, como previstos nos capítulos IX e XI.

§ 5º. As normas desta Lei estendem-se aos atos praticados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, no que couber.

§ 6º. Aplicam-se, também, os preceitos desta Lei às atividades notoriais e de registros, casos em que a responsabilidade é solidária entre o poder Público e os delegados desses serviços.

Art. 2º. 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 causador do dano, nos casos de dano ou culpa.

Art. 3º. Para os fins desta Lei considera-se:

I- ação a atuação mediante atos jurídicos, medidas e operações materiais;

II- omissão a inércia, a falta ou insuficiência de atos jurídicos, de medidas ou de operações materiais, a ausência de atuação adequada em situação de risco, o descumprimento de dever imposto pelo ordenamento jurídico:

III- falta de serviço- o não-funcionamento ou o funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento:

IV- fato da coisa- evento em que o dano ocorre por falha ou defeito em equipamentos, máquinas, objetos ou bens em geral, pertencentes ou sob os cuidados das pessoas jurídicas responsáveis; ou pela existência de uma situação de risco, sem a necessidade de identificação do causador do dano;

V- fato do serviço- todo evento, objetivamente lesivo e para cuja caracterização se exige, tão – somente, o nexo de causalidade com o dano;

VI- fato da obra – quaisquer fatos ou faltas referenciados à obra ou

serviço, sob regime de execução direta ou indireta;

VII- agente- quem atua para as pessoas jurídicas públicas e para as pessoas privadas prestadoras de serviço público, a qualquer título, mesmo sem vínculo funcional ou de modo temporário ou eventual;

VIII- serviço público- Toda atividade pública, executada diretamente ou mediante concessão, permissão, autorização, ou a outro título.

CAÍTULO II DOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE

Art. 4º. A responsabilização civil das pessoas jurídicas ou das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos exige os seguintes pressupostos:

I - existência do dano e do nexo casual;

II - estar o agente no exercício efetivo ou aparente de suas funções ou delas prevalecer-se, embora fora do horário de trabalho;

III - Ausência de causa excludente de responsabilidade, na forma do Capítulo V desta Lei.

CAPÍTULO III DO DANO

Art. 5º. O dano há de ser real e certo, com decorrências imediatas ou supervenientes.

§1º - O dano paderá Ter consequências individualizadas, coletivas ou difusas.

§2º - na caracterização da Responsabilidade admitem-se as consequências diretas do dano em relação á vítima, assim como ao cônjuge, companheiro, pais, filhos ou dependentes.

CAPÍTULO IV DO NEXO DE CAUSALIDADE

Art. 6º. Para configurar-se a responsabilidade deve ficar comprovada a existência de veículo entre dano e a ação ou emissão ou falta do serviço, e fatos do serviço, da obra ou da coisa.

CAPÍTULO V DAS CAUSAS EXCLUDENTES OU LIMITATIVAS

Art. 7º. São causas excludentes da responsabilidade a força maior, o caso furtivo, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

Parágrafo único- Se as ações ou omissões da pessoa jurídica, as faltas de serviço ou os fatos do serviço, da obra e da coisa, concorrerem com a força maior, do caso furtivo ou do fato de terceiro, bem como na hipótese de culpa da vítima, haverá responsabilidade proporcional.

Art. 8º. Se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, todas deverão ser proporcionalmente consideradas na determinação do valor do ressarcimento.

CAPÍTULO VI DO DIREITO DE REGRESSO

Art. 9º. A responsabilização dos agentes será, em qualquer caso, efetivada regressivamente.

§ 1º. Identificado o agente causador do dano, e apurado seu dolo ou culpa, impõe-se o ajuizamento da ação de regresso.

§ 2º. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 10. Nos casos de condenação, transitada em julgado, de pessoa jurídica pública, ao ressarcimento de danos, o fato deverá ser comunicado ao

Advogado – Geral, ou Procurador – Geral ou autoridade equivalente, no prazo de 15(quinze) dias, pelo órgão encarregado de oficiar no efeito, sob pena de responsabilidade.

§ 1º. Recebida a comunicação, o Advogado – Geral, o Procurador – Geral da união, os Procuradores Regionais da União, os Procuradores Chefes da união nos Estados, o Procurador – geral do Estado, o Procurador – Geral do município ou autoridades equivalentes determinarão as providências necessárias para o exercício do direito de regresso.

§ 2º. As autoridades arroladas neste artigo poderão determinar, de ofício, a instauração de processo administrativo para identificar o agente causador do dano e apurar seu dolo ou culpa, ainda que não iniciada ou não encerrada a ação judicial intentada pela vítima ou demais legitimados e nos casos de processo administrativo de reparação de dano.

§ 3º. A identificação do agente causador do dano e a apuração de seu dolo ou culpa serão efetuadas mediante processo administrativo.

Art. 11. Identificada a ocorrência do dolo ou culpa na conduta do agente, este será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, recolher os cofres públicos o valor total da indenização paga pelo poder estatal, atualizado monetariamente.

§ 1º. Vencido o prazo fixado no caput, sem o pagamento, será proposta, no prazo de 30 (trinta) dias, a respectiva ação judicial regressiva.

§ 2º. O agente poderá autorizar o desconto mensal em folha de pagamento, de parcela da remuneração recebida, para pagamento do débito com o erário, respeitados os limites fixados na legislação.

§ 3º. A exoneração, demissão, dispensa, rescisão contratual, cassação de aposentadoria ou qualquer outra situação que empeça o desconto, obrigará o agente a quitar o débito em 60 (sessenta) dias, sob pena de inscrição em dívida ativa.

Art. 12. As pessoas privadas, prestadoras de serviços públicos, adotarão os procedimentos previstos nos arts. 10 e 11, no que couber.

Art. 13. A condenação criminal do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano reparado, acarreta, sua obrigação de ressarcir, não se questionando mais sobre a existência do fato, a autoria, o

dolo ou a culpa.

Parágrafo único – Aplica-se á responsabilidade civil do Estado o disposto nos arts. 63 e 64, e parágrafo único, do Código de Processo penal, observado o prescrito no art. 9º desta Lei. Art. 14. A absolvição criminal, do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano, que negue a existência do fato ou da autoria, afasta o exercício do direito de regresso.

§ 1º. A sentença criminal, transitada em julgado, que declare Ter sido o ato do agente praticado em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, também inclui o exercício do direito de regresso.

§ 2º. Não será excluído do direito de regresso contra o agente, quando a decisão, no juízo penal:

I – ordenar o arquivamento do inquérito ou de peças de informações, por insuficiência de prova quanto a existência da infração penal ou sua autoria;

II – absolver o réu por não haver prova da existência do fato;

III – absolver o réu por existir prova suficiente para a condenação;

IV – declarar extinta a punibilidade;

V – declarar que o fato imputado não é definido como infração penal.

CAPÍTULO VII

DO RESSARCIMENTO ADMINISTRATIVO DO DANO

Art. 15. Sem prejuízo da propositura da ação própria junto ao Poder Judiciário, a vítima e outros legitimados poderão pleitear administrativamente, das pessoas jurídicas responsáveis, a reparação dos danos, observadas as seguintes normas:

I – o requerimento será protocolado junto aos órgãos arrolados no inciso IV deste artigo;

II – a partir da data do protocolo do requerimento, fica suspenso o prazo de prescrição da ação de reparação de danos, até decisão final;

III – o requerimento conterà o nome, a qualificação, o domicílio e o endereço do requerente, os fundamentos de fato de direito do pedido, as

provas e o valor da indenização pretendida;

IV – a decisão do requerimento caberá a uma comissão, que funcionará junto à Advocacia- - Geral da União, às Procuradorias – Gerais dos municípios ou órgãos equivalentes, com recurso ou respectivo titular do órgão, no prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência pelo interessado;

V – concordando, o requerente, com o valor da indenização, o pagamento será efetuado em ordem própria, no primeiro semestre do exercício seguinte.

CAPÍTULO VIII

DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

Art. 16. O estado responderá por danos causados pela indecência ou aplicação de dispositivo cuja inconstitucionalidade for declarada pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO IX

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ESTADO PELA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS OU CONSELHOS DE CONTAS

Art. 17. Pelos danos conseqüentes ao exercício, pelos Tribunais e Conselhos de Contas, de sua competência constitucional de controle externo, o estado é civilmente responsável, quando o Ministro ou Conselheiro agir com dolo ou fraude, assegurado o direito de regresso.

Parágrafo Único – Se se tratar de exercício de função administrativa, a responsabilidade civil do Estado, pela atuação dos tribunais e Conselhos de Contas, aplicar-se á o regime geral previsto nesta Lei.

CAPÍTULO X

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AO EXERCÍCIO DA

FUNÇÃO JURISDICIONAL

Art. 18 – O Estado indenizará o condenado por erro judiciário e aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Parágrafo Único – A indenização não será devida, se o erro ou a justiça da condenação decorrer de ato ou falta imputável ao próprio interessado, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder.

Art. 19 – O estado responde pelos danos causados por dolo ou fraude do julgador, sem prejuízo do direito de regresso.

Parágrafo Único – Enquanto não se esgotarem previamente os recursos previstos no ordenamento processual, descabe a caracterização de dano oriundo da função jurisdicional.

CAPÍTULO XI

DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 20 – As Disposições desta lei aplicam-se aos órgãos do ministério Público, quando no desempenho de função administrativa.

Art. 21 – Sem prejuízo do direito de regresso, responde o Estado pelos danos decorrentes do exercício, pelo Ministério Público, de suas funções institucionais, quando os seus membros procederem com dolo ou fraude, ou fizerem uso indevido das informações e documentos que obtiverem, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

CAPÍTULO XII

DA PRESCRIÇÃO

Art. 22- Prescreve em cinco anos a ação de responsabilidade civil do Estado, nos termos desta lei.

§ 1º. O termo inicial do prazo prescricional é a data em que se

configurar a lesão ou aquela em que o legitimado para agir tiver conhecimento de quem seja responsável, prevalecendo o fato que ocorrer por último.

§ 2º. Proposta ação penal em face do agente, interrompe-se o prazo de prescrição.

CAPÍTULO XII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 23 – Os casos específicos de responsabilidade civil do Estado continuarão a reger-se pela legislação própria, aplicando-se lhes subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Art. 24 – Os débitos correspondentes a indenizações decorrentes de decisões da responsabilidade civil do Estado têm natureza alimentar e de dívida de valor.

§ 1º. A sentença que fixar a indenização terá caráter mandamental no tocante à obtenção de recursos necessários à produção de capital correspondente aos débitos vencidos ou ao início do pagamento mensal destes, inclusive em consignação na folha de pagamento do devedor, tendo o prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento.

§ 2º. Em se tratando de execução da Fazenda Pública, os precatórios correspondentes ao pagamento dos débitos serão pagos na ordem daqueles referente aos débitos de natureza alimentar.

§ 3º. Para os fins do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, são tidos como de pequeno valor os débitos vencidos relativos às indenizações por responsabilidade civil do estado de 100 (cem) salários mínimos, por autor.

§ 4º. No caso do parágrafo anterior, cada exequente poderá optar pelo pagamento, no prazo fixado pelo § 1º deste artigo, sem necessidade de expedição de precatório.

§ 5º. A opção de que trata o parágrafo anterior importa a renúncia do eventual restante de créditos porventura existentes em virtude do mesmo processo, implicando o pagamento, na forma prevista no referido parágrafo, em quitação total dos respectivos valores, determinando a extinção do processo.

§ 6º. Os recursos interpostos e os embargos opostos pelo devedor serão recebidos sem efeito suspensivo.

§ 7º. Poderá ser atribuído efeito suspensivo nos casos em que o valor dos débitos seja superior ao fixado no § 3º desde que haja fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 8º. Às ações de responsabilização civil intentados contra a união aplica-se o disposto no art. 109. § 2º da Constituição Federal, e aquelas ajuizadas contra as demais pessoas enumeradas no art. 1º desta Lei poderão ser aforadas na comarca em que for domiciliado o autor: naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que originou a demanda, ou ainda conforme o réu, na Capital do Estado, no Distrito Federal, na sede do Município ou das autarquias e das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos.

Art. 25 – Aplica-se a responsabilidade solidária entre o Estado e os diferentes co-responsáveis, nas hipóteses de pluralidade de causas e de fato de obra.

Art. 26 – Não prevalecem limites legais de indenização para a responsabilidade civil do Estado.

Art. 27 – É facultativa a denúncia da lide nas ações de que trata esta Lei.

Art. 28 – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, de..... de..... da Independência e
..... da República.