



WALQUIRIA DE SOUZA BORGES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A TEORIA DOS DANOS
DEPENDENTES DE SITUAÇÃO PRODUZIDA PELO ESTADO
DIRETAMENTE PROPICIATÓRIA E A IDEIA DO RAZOÁVEL CUSTO
SOCIAL.**

OURINHOS/SP

2014

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A TEORIA DOS DANOS DEPENDENTES DE SITUAÇÃO PRODUZIDA PELO ESTADO DIRETAMENTE PROPICIATÓRIA E A IDEIA DO RAZOÁVEL CUSTO SOCIAL.

LIABILITY OF STATE: THE THEORY OF DAMAGE DEPENDENT SITUATION PRODUCED
BY STATE AND DIRECTLY PROPITIATORY THE IDEA OF REASONABLE COST SOCIAL.

Walquiria de Souza BORGES¹

RESUMO

O presente artigo esboça a responsabilidade civil do Estado, conceituando-a e discorrendo acerca de sua evolução. Estuda-se o artigo 37, parágrafo 6º, da Carta Magna, bem como a responsabilidade extracontratual em Constituições anteriores e nos Códigos Civis de 1916 e 2002. Expõem-se os elementos da responsabilidade objetiva e suas peculiaridades, frisa-se sobre a indenização devida aos particulares lesados. Em sede de responsabilidade subjetiva, reflete-se acerca da culpa e do dolo. Destaca-se a teoria lecionada por Celso Antônio Bandeira de Mello, observando-se sua aplicação nas situações cotidianas. Ao final, pondera-se a irresponsabilidade do Estado quando age dentro do padrão de normalidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Situação produzida pelo Estado. Custo social.

ABSTRACT

This article outlines the liability of the State, conceptualizing it and discoursing about their evolution. We study the article 37, paragraph 6, of the Constitution, as well as tort liability in previous Constitutions and Civil Codes of 1916 and 2002 are exposed to the elements of strict liability and its peculiarities, it stresses over compensation due to injured individuals. In place of subjective responsibility, it reflects on the guilt and guile. Noteworthy is the theory taught by Celso Antônio Bandeira de Mello, observing its application in everyday situations. At the end, ponders to irresponsibility of the State when it acts within the normal range.

Keywords: Liability of the State. Indemnification. Situation produced by the state. Social cost.

SUMÁRIO: 1 Uma palavra sobre o conceito e a evolução da responsabilidade civil do Estado; 2 O artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal; 3 Elementos da responsabilidade objetiva: dano, conduta e nexos causal; 3.1 Da indenização; 4 Culpa e dolo na responsabilidade subjetiva; 5 Celso Antônio Bandeira de Mello e a teoria dos danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória; 6 Responsabilidade civil do Estado e a ideia de custo social; Referências.

¹ Pós-graduanda em nível de Especialização em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos-SP. Graduada pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

1 Uma palavra sobre o conceito e a evolução da responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade civil do Estado – ou responsabilidade extracontratual² – deriva de atos que causaram dano patrimonial, moral ou estético ao indivíduo. Somente se esgota com a indenização do dano.

Nas precisas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil” (2012, p. 19).

“A responsabilidade civil do Estado³ consiste no dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1202).

Marinela explica que esse dever de responder “caracteriza a responsabilidade extracontratual que não decorre de um contrato anterior, de um vínculo anterior. Representa uma obrigação imposta ao Estado de reparar economicamente os danos ocasionados a terceiros, por atos praticados pelos seus agentes, no exercício das suas atribuições” (2011, p. 873).

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que se entende “por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de 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” (2012, p. 1009).

A grosso modo, o Estado figura como responsável tanto por suas condutas como pelas omissões, quando elas prejudicarem terceiros.

Ensina Marçal Justen Filho que “a responsabilidade do Estado deriva da supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal. O Estado é responsável na acepção de que está obrigado perante a sociedade e os órgãos de controle a arcar com as consequências de suas ações e omissões e de adotar todas as providências destinadas a corrigir as imperfeições verificadas” (2011, p. 1201).

A título de conhecimento, vale salientar os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho ao distinguir ‘responsabilidade’ de ‘obrigação’: “Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro” e prossegue o autor:

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo (2009, p. 02).

² “[...] o campo próprio da responsabilidade civil extracontratual do Estado [...] abrange apenas os efeitos danosos de ações e omissões imputáveis a pessoas jurídicas de direito público (ou particulares prestadores de serviços públicos), relativas a condutas que configurem infração a um dever jurídico de origem não contratual” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1.208).

³ A responsabilidade civil do Estado não se confunde com a responsabilidade administrativa do Estado, esta: “[...] consiste na submissão da organização estatal ao dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1.201).

Em nota, Hely Lopes Meirelles diz preferir “a designação responsabilidade civil da Administração Pública ao invés da tradicional responsabilidade civil do Estado, porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil [...]. Mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da Administração Pública do que em responsabilidade do Estado, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar” (2010, p. 655, grifos originais).

No que tange à evolução da responsabilidade civil, sabe-se que, num primeiro momento, o discurso era: “The King can do no wrong” – O Rei não pode errar jamais – (SPITZCOVSKY, 2011, p. 323) “L’État c’est moi” – O Estado sou eu – (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 2009), ou seja, acreditava-se não ser possível o Estado causar dano aos seus súditos, uma vez que aquele era representado unicamente pela pessoa do rei. Destarte, era explícita a negação do direito ao particular.

Alexandre Mazza leciona que o período de irresponsabilidade estatal iniciou sua superação por meio do direito francês. Destaque para decisão do Tribunal de Conflitos na França, mais conhecida como “Aresto Blanco”:

HISTÓRICO DO ARESTO BLANCO: O Tribunal de Conflitos é o órgão da estrutura francesa que decide se uma causa vai ser julgada pelo Conselho de Estado ou pelo Poder Judiciário. Em 8 de fevereiro de 1873, sob a relatoria do conselheiro David, o Tribunal de Conflitos analisou o caso da menina Agnes Blanco que, brincando nas ruas da cidade de Bordeaux, foi atingida por um pequeno vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da criança entrou com ação de indenização fundada na ideia de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros na prestação de serviços públicos. O Aresto Blanco foi o primeiro posicionamento definitivo favorável à condenação do Estado por danos decorrentes do exercício das atividades administrativas. Por isso, o ano de 1873 pode ser considerado o divisor de águas entre o período da irresponsabilidade estatal e a fase da responsabilidade subjetiva (2013, p. 269-270).

Com forte influência do liberalismo, a responsabilidade por culpa comum teve a pretensão de igualar o Estado ao indivíduo, por esta teoria, o Estado tão somente seria responsável pela indenização, se o prejudicado fosse feliz em comprovar que algum dos agentes do Estado agiu com culpa ou dolo.

Já a responsabilidade por culpa administrativa – ou culpa anônima ou responsabilidade subjetiva:

[...] surge com o aparecimento do Estado Social de Direito, incumbido da prestação de inúmeros serviços públicos, erigidos em verdadeiros direitos fundamentais da população em geral.

É, ainda, uma responsabilidade subjetiva, mas a diferença é que ela não exige que seja provada culpa de um agente público individualizado. Fala-se em culpa administrativa, ou culpa anônima, para explicitar que não há individualização de um agente que tenha atuado culposamente. Leva-se em conta o serviço público que deve ser prestado pelo Estado, bastando para caracterizar a responsabilidade uma culpa geral pela ausência de prestação do serviço, ou pela sua prestação deficiente.

[...] No Brasil, é a modalidade de responsabilidade civil a que, em regra, está sujeito o Estado nos casos de danos decorrentes de omissão, ou seja, de dano ocasionado pela não prestação ou prestação deficiente de um serviço público (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p.281, grifos originais).

A teoria da culpa administrativa para Hely “ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização”. (2010, p. 657).

Independentemente de culpa do agente público, está a responsabilidade objetiva – teoria do risco administrativo – assim, caso haja conduta do Estado que importe em dano ao indivíduo, haverá a responsabilização estatal, independentemente de falta do serviço público ou culpa de seus agentes.

Hely brilhantemente leciona:

Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros

componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública (2010, p. 657).

Todavia, a teoria do risco administrativo admite que o ente Estatal demonstre a presença de excludentes⁴, são elas, para a maioria da doutrina: culpa exclusiva da vítima⁵, força maior e caso fortuito.

Entende-se, ainda, prudente reconhecer a culpa recíproca entre o Estado e o indivíduo, o que atenuará o *quantum* indenizatório. Neste sentido, se:

[...] o lesado, juntamente com a conduta estatal, participou do resultado danoso, não seria justo que o Poder Público arcasse sozinho com a reparação dos prejuízos. Nesse caso, a indenização devida pelo Estado deverá sofrer redução proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o resultado danoso. Desse modo, se Estado e lesado contribuíram por metade para a ocorrência do dano, a indenização devida por aquele deve atingir apenas a metade dos prejuízos sofridos, arcando o lesado com a outra metade. É a aplicação do sistema da compensação das culpas no direito privado (CARVALHO FILHO, 2012, p. 556).

O Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento de redução da quantia a ser indenizada nos casos de culpa concorrente. Observa-se:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. FUGA DE PACIENTE MENOR DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. AGRAVAMENTO DA DOENÇA. MORTE SUBSEQUENTE. NEXO DE CAUSALIDADE. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o evento danoso ocorreu em data anterior à sua vigência. Ficam, assim, afastadas a responsabilidade objetiva (CDC, art. 14) e a prescrição quinquenal (CDC, art. 27), devendo ser a controvérsia dirimida à luz do Código Civil de 1916. 2. Aplica-se o prazo prescricional de natureza pessoal de que trata o art. 177 do Código Civil de 1916 (vinte anos), em harmonia com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, ficando afastada a regra trienal do art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 3. Na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403). 4. As circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias levaram a que concluíssem que a causa direta e determinante do falecimento do menor fora a omissão do hospital em impedir a evasão do paciente menor, enquanto se encontrava sob sua guarda para tratamento de doença que poderia levar à morte. 5. Contudo, não se pode perder de vista sobretudo a atitude negligente dos pais após a fuga do menor, contribuindo como causa direta e também determinante para o trágico evento danoso. Está-se, assim, diante da concorrência de causas, atualmente prevista expressamente no art. 945 do Código Civil de 2002, mas, há muito, levada em conta pela doutrina e jurisprudência pátrias. 6. A culpa concorrente é fator determinante para a redução do valor da indenização, mediante a análise do grau de culpa de cada um dos litigantes, e, sobretudo, das colaborações individuais para confirmação do resultado danoso, considerando a relevância da conduta de cada qual. O evento danoso resulta da conduta culposa das partes nele envolvidas, devendo a indenização medir-se conforme a extensão do dano e o grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ).

⁴ “[...] as excludentes ou atenuantes de responsabilidade são aquelas situações que, como o próprio nome diz, afastam por completo a responsabilidade do Estado, podendo também atenuá-la, conforme o caso” (SPITZCOVSKY, 2011, p. 325).

⁵ Para Celso Antônio Bandeira de Melo a culpa do lesado não é, em si mesma, causa excludente da responsabilidade do Estado, assim, diz que: “Quando, em casos de acidente de automóveis, demonstra-se que a culpa não foi do Estado, mas do motorista do veículo particular que conduzia imprudentemente, parece que se traz à tona demonstrativo convincente de que a culpa da vítima deve ser causa bastante para elidir a responsabilidade estatal. Trata-se de um equívoco. Deveras, o que se haverá demonstrado, nesta hipótese, é que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o nexo causal. Isto aparece com nitidez se nos servirmos de um exemplo extremo. Figure-se que um veículo militar esteja estacionado e sobre ele precipite um automóvel particular, sofrendo avarias unicamente este último. Sem os dois veículos não haveria a colisão e os danos não se teriam produzido. Contudo, é de evidência solar que o veículo do Estado não causou o dano. Não se deveu a ele a produção do evento lesivo. Ou seja: inexistiu a relação causal que ensejaria responsabilidade do Estado” (2012, p. 1040).

Portanto, a desnecessidade do prejudicado provar culpa da Administração não quer dizer que ela seja responsável, uma vez que poderá demonstrar a incidência de algumas das excludentes ou, ainda, diminuir a importância a ser indenizada, nos casos de culpa concorrente. Esta teoria é a asseverada no artigo 37, parágrafo 6º, da Carta Magna – o que será visto mais adiante.

Cabe salientar que para Marçal Justen Filho as excludentes de responsabilidade civil do Estado são: culpa da vítima, culpa de terceiro, exercício regular de direito e caso fortuito ou força maior. Discorre a autor:

[...] a culpa da vítima afasta a responsabilidade civil do Estado na medida em que o dano tiver resultado não da infração pelo agente estatal ao seu dever de diligência. Se tiver havido infração ao dever de diligência, ainda que concorrente com a culpa do particular, existirá responsabilização (parcial, se for o caso) do Estado. [...]

Se o dano foi acarretado por conduta antijurídica alheia, não cabe a responsabilização civil do Estado pela inexistência da infração ao dever de diligência – exceto quando a ele incumbia um dever de diligência especial, destinado, destinado a impedir a concretização de danos. [...]

O exercício regular do direito pelo agente estatal significa que não haverá responsabilidade civil do Estado se estiverem sido observados todos os limites e deveres pertinentes ao dever de diligência. No cumprimento de seus deveres funcionais, o agente estatal adotou todas as precauções. Se vier a se consumir um dano em relação a terceiro, não haverá dever de indenizar. [...]

O caso fortuito ou força maior afasta, em todos os setores do direito, a responsabilização civil. [...] o Estado não é responsabilizável, porque o dano se produziu não obstante tivesse ele observado todas as cautelas derivadas do dever de diligência a ele imposto (2011, p. 1224-1225).

A posição que adota a responsabilização objetiva, entretanto, sem admitir quaisquer excludentes, é a radical teoria do risco integral.

2 O artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Num primeiro momento, cabe ressaltar que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, na seara civilista, é vista no Código Civil de 1.916, o qual adotou o caráter subjetivo da responsabilidade pública e dispunha:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos 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 Decreto nº 24.216 de 1934 “pretendeu restringir a responsabilidade do Estado, excluindo-a nos casos em que o ato do agente administrativo tivesse caráter criminoso, salvo se o Poder Público competente o mantivesse no cargo após a verificação do fato” (MELLO, 2012, p. 1045).

Após um mês, promulgou-se a Constituição de 1934 que, em seu artigo 171, elucidava idêntico conteúdo previsto na Constituição de 1937, destaca-se:

Art. 158. 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.

A Carta de 1946, em seu artigo 194 introduziu, no direito brasileiro, a responsabilidade objetiva do ente estatal – adotada até os dias atuais – ao prever que:

Art. 194. As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

O dispositivo acima guardou consonância com o asseverado na Constituição de 1967, bem como com o disposto no art. 107 da Carta de 1969:

Art. 105. As pessoas jurídicas de Direito Público respondem [responderão – art. 107] pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem [causarem] a terceiros.

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

Atualmente, a Constituição Cidadã assevera, em seu artigo 37, parágrafo 6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Consigna-se que o Novo Código Civil (2002) – embora seja matéria, hoje, constitucional e administrativa – também preleciona:

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

Abrange-se, portanto, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos – empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos e as delegatárias de serviços públicos.

Mister consignar que, no entanto, a responsabilidade, anunciada no artigo em tela, não incide sobre as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Nestes termos, leciona Justen Filho:

[...] é possível distinguir dois regimes jurídicos distintos para a responsabilidade civil atinente às entidades da Administração Pública. Há o regime próprio da responsabilidade civil das pessoas de direito público, que é diferenciado em vista da incidência de princípios e regras de direito público. E há aquele pertinente às pessoas de direito privado, não prestadoras de serviço público, mas exploradoras de atividade econômica, que é o regime jurídico da responsabilidade civil privada.

Assim, uma entidade integrante da Administração indireta, dotada de personalidade jurídica de direito privado e exploradora de atividade econômica, estará sujeita ao regime de responsabilidade civil próprio da iniciativa privada (2011, p. 1.207).

Acresça-se que somente será indenizado quando o dano for oriundo de atuação de agente público, agindo-o nessa qualidade⁶. O termo ‘agente’ é utilizado genericamente para se referir à servidor público, seja ele de caráter transitório ou permanente.

Neste sentido Spitzcovsky diz que a utilização da expressão ‘agentes públicos’: “não ocorreu de maneira aleatória, mas, ao contrário, propositalmente, visto que abrange todas as pessoas que estão dentro da estrutura da Administração Pública” (2011, p. 322). Enumera o autor que são abarcados nesse conceito os: agentes políticos, servidores públicos (englobando-se os funcionários públicos), empregados públicos, contratos em caráter temporário e os particulares em colaboração com o Estado (p. 322).

Defende Marinela que “a responsabilidade é atribuída à pessoa jurídica em razão do princípio da impessoalidade, em que o ato praticado pelo agente público não é dele, mas sim da pessoa jurídica a que ele pertence” (2011, p. 881). Continua a professora:

E mais, esse poder que o agente tem de manifestar a vontade do Estado decorre da teoria da imputação, criada para suprir o fato de que a pessoa jurídica, como criação jurídica, não tem vontade própria, o que leva a lei determinar que a vontade do agente é imputada ao Estado (chamada imputação direta), as quais se confundem e formam uma unidade. Assim o agente, na qualidade de, é o próprio Estado manifestando sua vontade.

Portanto, o Estado responde por ato de seus agentes, responde pelos atos através dos quais o agente, nessa qualidade, causar dano. Importante é que o dano tenha ocorrido pelo fato de o agente ter essa condição, não interessando se o agente agiu com culpa ou dolo ou, até, se era ou não o competente; o que importa é que a qualidade de agente foi fator determinante (p. 881).

Destaca-se, ainda:

O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público, e não como pessoa comum. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa (MEIRELLES, 2010, p. 661-662).

Em regra, este artigo, aplica-se em razão da atuação do Estado – atos comissivos – e não nos omissivos.

Ademais, destaca-se, que a responsabilidade objetiva alcança, inclusive, àqueles não usuários do serviço público prestado, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido. (STF. RE 591874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01820).

⁶ “O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída” (MEIRELLES, 2010, p. 662).

Ressalta-se que o prejudicado somente poderá propor a indenizatória em face da administração pública, e não do particular; este responderá em ação regressiva, desde que haja sentença desfavorável à Administração, transitada em julgado, e que tenha sido provado seu dolo ou culpa.

Consigna-se que o ressarcimento ao erário público é imprescritível por disposição constitucional, veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

3 Elementos da responsabilidade objetiva: dano, conduta e nexa causal.

A responsabilidade objetiva se concretiza com a relação causal entre o comportamento e o dano. Ela “é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem” (MELLO, 2012, p. 1022).

Enumera Marçal Justen Filho que para configurar a responsabilidade extracontratual do Estado “há necessidade de: a) dano material ou moral sofrido por alguém; b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado; c) um nexa de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal” (2011, p. 1.208).

Destarte, o dano pode ser tanto material – redução patrimonial – ou moral – lesão psicológica (sentimento de dor) – ou estético (Súmula 387, STJ)⁷, decorrente de ato/fato comissivo ou de sua inércia. Entre a conduta e o dano deve haver uma relação de causalidade.

Sobre este último elemento – causalidade – consigna-se que “é evidente que, se o resultado danoso proveio de evento imputável exclusivamente ao próprio lesado ou de fato de terceiro ou pertinente ao mundo natural, não há responsabilidade do Estado. Mas, se o evento foi propiciado pela atuação defeituosa do serviço público ou dos órgãos estatais, existe responsabilidade civil” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1.209).

Outrossim, o dano não necessariamente deve ser oriundo de ato ilícito, ele poderá ser originário de uma conduta lícita da administração pública. Narra-se:

A responsabilidade estatal por ato lícito ocorre quando é imposta ao Estado a obrigação de indenizar efeitos danosos consumados sem que o Estado tenha atuado de modo a infringir a ordem jurídica.

É possível a lei estabelecer que o Estado responderá civilmente por danos acarretados a terceiros em hipóteses nas quais não tenha atuado de modo reprovável para sua consumação (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1.214).

Ainda, pautado no dano, vale ressaltar a diferença entre dano patrimonial, dano econômico, com dano em direito. De forma simples, ensina-se:

O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou que se terá.

⁷ Súmula 387, STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediante a que se venha a tê-lo, atinge bem a que se faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado.

Logo, o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito (MELLO, 2012, p. 1037).

Com precisão, exemplifica o consagrado autor:

Por isso, a mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca, de uma repartição, pode representar para comerciantes e profissionais instalados em suas imediações evidentes prejuízos, na medida em que lhes subtrai toda a clientela natural derivada dos usuários daqueles estabelecimentos transferidos. Não há dúvida de que os comerciantes e profissionais vizinhos terão sofrido um dano patrimonial, inclusive o “ponto” ter-se-á destarte desvalorizado. Mas não haverá dano jurídico (MELLO, 2012, p. 1037).

Sob o mesmo viés, Dirley da Cunha Júnior narra que não basta o dano ser tão somente jurídico, mas também deverá ser:

[...] certo (ou real), podendo ser atual ou futuro, ou seja, engloba o que se perdeu e o que se deixou de ganhar. Assim, por exemplo, a indenização pela morte da vítima do dano abrangerá o tratamento, o sepultamento e a prestação alimentícia às pessoas a quem o falecido a devia, levada em conta a duração provável de sua vida.

[...]

Porém, nas hipóteses de comportamentos estatais lícitos é necessário que o dano, para além de jurídico e certo, seja especial e anormal. Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo um prejuízo genérico. Dano anormal é aquele que excede os agravos normais que às vezes incidem sobre o patrimônio do administrado (ex: a recuperação de uma avenida causa, decerto, alguns transtornos à população, acarretando até alguns prejuízos normais, como a poeira que prejudica a pintura das residências vizinhas) (2012, p. 383-384, grifos originais).

A conduta pode ser comissiva – atuação estatal – ou advir da não ação do Estado, ou seja, ser omissiva, além de ser legítima ou ilegítima e singular ou coletiva. Adianta-se o assunto a ser tratado no item ‘5’, no qual Bandeira de Mello enumera, ainda, a existência de:

Casos em que também não é atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do dano, porque expôs alguém a risco (em geral – embora nem sempre – em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação (2012, p. 1018).

Ao descrever os fundamentos da responsabilidade do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que são divididos em comportamentos ilícitos e lícitos. Quanto aos primeiros⁸ explicita que “[...] comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade”; e continua:

⁸ Exemplifica-se que por comportamentos ilícitos se têm: “Atos jurídicos – como, v.g., a decisão de apreender, fora do procedimento ou hipóteses legais, a edição de jornal ou revista [e] Atos materiais – o espancamento de um prisioneiro, causando-lhe lesões definitivas” (MELLO, 2012, p. 1029).

No caso de comportamentos lícitos⁹, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (2012, p. 1023, grifos originais).

Neste idêntico caminhar, posiciona-se Marinela ao dizer que:

[...] com fundamento no princípio da isonomia, o Estado é obrigado a indenizar as suas ações que, em benefício de toda sociedade, causarem um gravame mais sério a um determinado administrado. Enquanto todos ganham com a ação estatal, somente um administrado paga a conta dessa ação, o que não se coaduna com o princípio da isonomia. Dessa forma, se a sociedade se beneficia com a conduta estatal, com a obra ou com o serviço, enquanto um administrado arca com os prejuízos desse ato, é razoável que os beneficiários, o povo, através do dinheiro público, recomponha os prejuízos da vítima, indenizando seus danos, aplicando os padrões da responsabilidade civil do Estado.

[...]

Também como fundamento para responsabilidade civil do Estado, em inúmeras circunstâncias, é possível identificar o princípio da legalidade. A legalidade para o direito público é fazer aquilo que está previsto na lei, aquilo que a lei autoriza. O administrador tem o dever de legalidade e quando pratica atos, em nome do Estado, e fora dos padrões previstos na lei, a pessoa jurídica terá que arcar com os danos gerados (p. 874-875).

Sobre o nexo causal, expõe Spitzcovsky que ele não é “senão a inversão do ônus da prova, que, como regra geral, cabe a quem alega, mas que no caso fica a cargo da própria Administração Pública” (2011, p. 325).

Adverte José dos Santos Carvalho Filho:

O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado. O exame supérfluo e apressado de fatos causadores de danos a indivíduos tem levado alguns intérpretes à equivocada conclusão de responsabilidade civil do Estado. Para que se tenha uma análise absolutamente consentânea com o mandamento constitucional, é necessário que se verifique se realmente vítima e a certeza de que o dano proveio efetivamente daquele fato (2012, p. 554-555).

3.1 Da indenização

O valor indenizado deve ser o suficiente para arcar com a perda do particular, bem como o que ele despendeu e, ainda, o que deixou de ganhar. Surge a obrigação de indenizar a partir da responsabilidade civil por ato ilícito. Não há a responsabilidade civil sem a comprovação do dano.

A indenização nada mais é do que a sanção oriunda da responsabilidade civil. “A indenização é o montante pecuniário que traduz a reparação do dano. Corresponde à compensação pelos prejuízos oriundos do ato lesivo” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 572).

Prossegue o renomado autor: “a indenização devida ao lesado deve ser a mais possível, de modo que seja corretamente reconstituído seu patrimônio ofendido pelo ato lesivo. Deve equivaler ao que o prejudicado perdeu, incluindo-se aí as despesas que foi obrigado a fazer, e ao que deixou

⁹ Os comportamentos lícitos são divididos e exemplificados em: “Atos jurídicos – como, por exemplo, a determinação de fechamento legítimo e definitivo do perímetro central da cidade a veículos automotores, por razão de tranquilidade, salubridade pública e desimpedimento do trânsito, que acarreta para os proprietários de edifícios-garagem, devidamente licenciados, indiscutível dano patrimonial anormal [e] Atos materiais – como, por exemplo, o nivelamento de uma rua, procedido com todas as cautelas e recursos técnicos, que, entretanto, pelas características físicas ambientais, implica ficarem algumas casas em nível mais elevado ou rebaixado em relação ao leito da rua, causando séria desvalorização daqueles imóveis” (MELLO, 2012, p. 1028-1029).

de ganhar. Quando for o caso, devem ser acrescidos ao montante indenizatório os juros de mora e a atualização monetária” (p. 572).

Embora pouco utilizada a distinção terminológica entre indenização e ressarcimento, merece destaque os ensinamentos de Bandeira de Melo:

Não há falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercer um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém.

A doutrina italiana costuma reservar a palavra indenização para estas hipóteses, fazendo uso do termo ressarcimento para os casos de responsabilidade (2012, p. 1011, grifos originais).

Ressalta-se que o ente estatal, igualmente ao particular, poderá responder, também, a título de danos morais; referido preceito encontra-se disposto no artigo 5º, inciso X, da Carta Magna:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

4 Culpa e dolo na responsabilidade subjetiva.

No que tange aos danos por omissão do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que “só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo” e prossegue:

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva (2012, p. 1029, grifos originais).

Em regra:

[...] para ensejar a responsabilização [ante a omissão da administração pública], a pessoa que sofreu o dano deve provar que houve falta no serviço que o Estado deveria ter prestado (nas modalidades omissivas inexistência do serviço, deficiência do serviço ou atraso na prestação do serviço). É necessário, também, que a pessoa que sofreu o dano demonstre existir nexo causal direto e imediato entre a falta ou deficiência na prestação do serviço e o dano por ela sofrido. O ônus da prova de todos esses elementos é da pessoa que sofreu o dano.

A responsabilidade civil subjetiva na modalidade culpa administrativa admite todas as excludentes possíveis. Assim, mesmo que a pessoa que sofreu o dano prove que houve falta de um serviço estatal e alegue que essa falta ocasionou diretamente o dano, o Estado poderá eximir-se da responsabilidade se ele provar (o ônus da prova das excludentes é do Estado) que sua omissão foi escusável, isto é, que mesmo sua atuação ordinária e regular não teria sido suficiente para evitar a situação danosa (por exemplo, nas hipóteses de força maior ou caso fortuito), ou se provar que o dano decorreu de culpa exclusiva da vítima (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p.286).

Sergio Cavaliere Filho explica que a omissão do Estado poderá ser genérica ou específica. Em suas palavras:

Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado (2009, p. 240).

Celso Antônio Bandeira de Mello arremata dizendo que:

Os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são os seguintes:

1. fato da natureza a cuja lesividade o Poder Público não obistou, embora devesse fazê-lo. Sirva de exemplo o alagamento de casas ou depósitos por força do empoçamento de águas pluviais que não escoaram por omissão do Poder Público em limpar os bueiros e galerias que lhes teriam dado vazão;
2. comportamento material de terceiros cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo. Cite-se, por exemplo, o assalto processado diante de agentes policiais inertes, desidiosos (2012, p. 1033-1034).

Todavia, há situações fáticas em que o Estado responderá objetivamente, embora o dano tenha ocorrido em virtude de sua inércia – posição de garante. Assim, presume-se a omissão culposa do Estado, cabendo a ele eximir de sua obrigação de indenizar caso prove alguma excludente.

Consigna-se, também, que “nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; [...] Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 560-561).

Salienta-se, no entanto, que há situações em que o Estado, apesar de garantidor, não responderá em razão de ter prestado o serviço público dentro da normalidade – posição que será aprofundada no item ‘6’, deste trabalho.

5 Celso Antônio Bandeira de Mello e a teoria dos danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória.

A teoria dos danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória defende que se o ente estatal criou o risco prejudicial à vítima, deverá ele responder objetivamente.

“É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, por ato seu, situação propícia à eventualidade de um dano” (MELLO, 2012, p. 1035, grifos originais).

Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano.

Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva (MELLO, 2012, p. 1034).

Coaduna desse posicionamento Cunha Júnior: “[...] embora o Estado não seja o causador direto do dano, ele propiciou, por ato positivo seu, uma situação que gerou um risco de dano. Ele responde objetivamente. [...] o Estado não é o causador direto do dano, mas sim indireto. O ato lesivo não parte do Estado, mas sim de uma situação criada por um ato positivo do Estado” (2012, p. 382-383).

Bandeira de Mello ilustra sua tese narrando:

Sirva de exemplo o acidente de trânsito causado por sinal semafórico que acende concomitantemente para os dois ângulos de um cruzamento (ainda que o defeito se deva a curto-circuito provocado há poucos segundos por um raio incidente sobre o sistema central de controle de semáforos). Não há cogitar, aqui, de “falta de serviço” para cuja composição seria necessária a culpa ou dolo do Poder Público. Com efeito, em situações deste jaez aplica-se a responsabilidade objetiva, pois o Estado expõe terceiros ao risco oriundo do acatamento do sinal luminoso (2012, p. 1036).

Vale-se, ainda, consignar o contido na alínea ‘d’, inciso XXIII, artigo 21 da Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

[...]

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

O artigo exposto acima demonstra de forma nítida que a responsabilidade estatal por danos oriundos de atividades nucleares é objetiva.

Quanto aos instrumentos de guerra, exemplifica Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] a explosão de um paiol onde estejam armazenadas munições de guerra, ainda que haja sido provocada por um raio (força da natureza), ensejará responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a pessoas ou bens avizinados do sinistro” (2012, p. 1035, grifos originais).

De igual maneira é objetiva a responsabilidade decorrente de danos ambientais; destaca-se o seguinte dispositivo constitucional:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Apesar do artigo não esclarecer a responsabilização do ente estatal, farta é a jurisprudência neste sentido; veja-se:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL PRIVADO. RESÍDUO INDUSTRIAL. QUEIMADURAS EM ADOLESCENTE. REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1 - Demanda indenizatória movida por jovem que sofreu graves queimaduras nas pernas ao manter contato com resíduo industrial depositado em área rural. 2 - A responsabilidade civil por danos ambientais, seja

por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 10º, da Lei n. 6.938/81. 3 - A colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil. 4 - Irrelevância da eventual culpa exclusiva ou concorrente da vítima. 5 - Quantum indenizatório arbitrado com razoabilidade pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ. 6 - Alteração do termo inicial da correção monetária (Súmula 362/STJ). 7 - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ. REsp 1373788/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 20/05/2014).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO SONORA. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA. A ação civil pública por danos ambientais dá ensejo a litisconsórcio facultativo entre os vários degradadores, diretos e indiretos, por se tratar de responsabilidade civil objetiva e solidária, podendo ser proposta contra o poluidor, responsável direta ou indiretamente pela atividade causadora de degradação ambiental e contra os co-obrigados solidariamente à indenização. A ausência de formação do litisconsórcio facultativo não tem a faculdade de acarretar a nulidade do processo. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no AREsp 224.572/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 11/10/2013).

Salienta-se, entretanto, que se o dano não estiver interligado ao risco provocado pelo Estado, não há que se falar em responsabilização objetiva, mas sim em subjetiva caso fique comprovada a conduta omissiva estatal. Assim, expõe o mestre:

[...] se os evadidos de uma prisão vierem a causar danos em locais afastados do prédio onde se sedia a fonte do risco, é óbvio que a lesão sofrida por terceiros não estará correlacionada com a situação perigosa criada por obra do Poder Público. Nesta hipótese só caberá responsabilizar o Estado se o serviço de guarda dos delinquentes não houver funcionado ou houver funcionado mal, pois será caso de responsabilidade por comportamento omissivo, e não pela geração de risco oriundo de guarda de pessoas perigosas (MELLO, 2012, p. 1035).

Julgado a seguir do Superior Tribunal de Justiça expõe nitidamente este posicionamento; registra-se:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535, II, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. DISSENSO PRETORIANO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 126/STJ. 1. Não se conhece do recurso por violação do art. 535, II, do CPC quando a recorrente se limita a transcrever os embargos de declaração e afirmar que as questões ali apontadas como omissas deveriam ter sido examinadas. Deficiência de fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. 2. O nexo de causalidade e, portanto, a responsabilidade civil do Estado foram excluídos, no acórdão recorrido, com base nas peculiaridades existentes no caso concreto como o lapso temporal entre a conduta criminosa e a fuga do presidiário e também a distância entre o local do ato e o estabelecimento prisional. Esses elementos reforçam a inexistência da divergência pretoriana, ante a ausência de similitude fática entre os julgados confrontados. 3. O STJ apenas tem reconhecido a responsabilidade civil estatal por omissão, quando a deficiência do serviço tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido, situação não constatada nos autos. 4. Apesar de haver fundamentação fulcrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não foi apresentado pela agravante recurso extraordinário, o que reclama a aplicação do óbice da Súmula 126/STJ. 5. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AREsp 173.291/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 21/08/2012).

Quanto à omissão, em outra oportunidade, em sua obra, Bandeira de Mello trata de forma idêntica o assunto, dizendo que “se o Poder Público despoja os internos em certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida, não pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum ou alguns detentos a respeito dos quais omitiu-se na adoção de igual cautela” (2012, p. 1030).

Ainda, exemplificando o caso dos presidiários, dependentemente do caso concreto, o Estado poderá responder, além dos expostos acima – subjetivamente, também de forma objetiva ou nem sequer ser responsabilizado. A seguir as situações enumeradas por Bandeira de Melo, respectivamente:

A fuga de internos em manicômio ou presídio que se homiziem nas vizinhas e realizem violências sobre bens ou pessoas sediados nas imediações ou que nelas estejam acarretará responsabilidade objetiva do Estado.

[...] se um detento fere ou mutila outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente à ambiência de uma prisão onde convivem infratores, ademais inquietos pela circunstância de estarem prisioneiros.

Reversamente, o Estado não responde objetivamente se um raio vier a matar um ou alguns presidiários. Isto porque não há conexão lógica alguma entre a situação de risco e o raio. Com efeito, os raios não têm preferência alguma por cair em presídios (2012, p. 1035-1036).

Sob esta esteira, sintetiza Fernanda Marinela:

[...] completando a longa história dos presos, vale a pena avaliar a responsabilidade do Estado quando do assassinato de um presidiário por outro, situação em que responde objetivamente, pois cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente à convivência. A situação hoje ainda é mais grave em razão as péssimas condições dos presídios, a que se soma a superlotação (2011, p. 888).

Manifesta-se no mesmo sentido de Bandeira de Mello, o insigne Sergio Cavalieri Filho, prelecionando que:

Com muita freqüência o comportamento do Estado, embora não seja a causa direta ou imediata do dano, concorre, todavia, para ele de forma decisiva. A atuação do Estado cria a situação propícia do dano, de modo a justificar a sua responsabilização. Ocorre tal situação quando o Estado tem o dever de guarda de pessoas ou coisas perigosas, expondo a coletividade a riscos incomuns. Servem de exemplo os depósitos de explosivos, usinas nucleares, presídios e manicômios judiciais, recintos para guarda de animais etc.

[...] Tendo em vista que estes estabelecimentos são instituídos em proveito de todos, é natural que os danos deles decorrentes sejam também por todos suportados. Aplica-se, aqui, com justeza, a teoria da guarda (2009, p. 251).

O Superior Tribunal de Justiça já apreciou a teoria dos danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, afastando-a, uma vez que se entendeu pela inexistência de nexa causal. Verifica-se:

ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO COMISSIVO - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR DETENTO QUE, NA HORA DO EVENTO, DEVERIA ESTAR RECLUSO EM PRISÃO-ALBERGUE - AGENTES ESTATAIS QUE POSSIBILITAVAM, REITERADAMENTE, QUE O CONDENADO DORMISSE FORA DA PRISÃO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 07/STJ - VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS - ART. 160 DO CC/16 - ART. 403 DO CC/02 - FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL - TEORIA DOS DANOS DEPENDENTES DE SITUAÇÃO PRODUZIDA PELO ESTADO DIRETAMENTE PROPICIATÓRIA - DOUTRINA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. 1. A moldura fática estabelecida na instância ordinária dá conta de que o acidente (dano) ocorreu diretamente por culpa do condutor do veículo, que deveria estar, naquele momento, recluso, porque cumpria prisão-albergue, em progressão de pena privativa de liberdade; e só não estava recolhido ao sistema prisional em razão de agentes estatais possibilitarem, quotidianamente, que o causador do dano dormisse fora. 2. Saber se o ato do agente policial que permitiu, propositadamente, a saída do causador do dano da custódia estatal, por si só, é apto a estabelecer ou não a correlação lógica entre o alegado ato e o sobredito dano é questão que diz respeito à qualificação jurídica dos fatos já assentados na instância ordinária, não revolvimento da matéria fática. Não incidência do enunciado n. 07 da Súmula do STJ. 3. A questão federal está em saber se, para a configuração do nexa causal no âmbito do

fato do serviço, basta a atuação estatal correlacionada, ainda que mediata, ao dano, somada à ausência das excludentes do nexo e culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. 4. Análise da doutrina de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (in Curso de Direito Administrativo; Malheiros; 21ª ed.; p. 971-4) dos danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, o que faz surgir a responsabilidade objetiva do Estado por ato comissivo. 5. Ainda que se possa afirmar que existe, nestes casos, a possibilidade da configuração de um nexo causal indireto, é importante ter em mente que, mesmo diante da situação fática criada pelo Estado, ou seja, impor-se ao condenado que durmisse fora do local a ele destinado pelo sistema penitenciário, o acidente automobilístico realmente está fora do risco criado, não guardando a lesão sofrida pela vítima, em local distante do "prédio onde sedia a fonte do risco", nexo lógico com o fato do serviço. 6. Inexiste, in casu, nexo causal, porque a causa não é idônea para o dano produzido. Correta, portanto, a tese do acórdão recorrido, que pode ser assim resumida: "Análise essencial do nexo de causalidade. A lei brasileira (antiga e atual) adotou a teoria da causalidade adequada. Assim, somente o fato idôneo ou adequado para produzir o dano é de ser levado em consideração para o estabelecimento de responsabilidade. Inteligência do art. 1.060, hoje do art. 403 do Código Civil." 7. Alínea "c". Dissídio jurisprudencial não configurado. Existe similitude fática apenas com um acórdão paradigma, mas que traz fundamentação eminentemente constitucional (Constituição Federal de 1967) para a resolução da controvérsia. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido. (STJ. REsp 669.258/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJe 25/03/2009).

6 Responsabilidade Civil do Estado e a ideia de custo social.

Num primeiro momento a fim de introduzir o presente assunto, cabe salientar que o Estado se impõe socialmente de maneira imperativa e independentemente da expressa vontade do administrado.

Assim, assevera Fernanda Marinela:

[...] considerando que os administrados são obrigados a aceitar e suportar a sua presença [Estado], nada é mais justo, para esse mesmo indivíduo que não tem como expelir tal ação, que lhe seja atribuído um tratamento diferenciado, uma proteção especial e para o Estado, frente ao seu amplo poder, o maior rigor quanto à responsabilização de seus atos.

O administrado não tem como escapar ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação estatal. É o Estado quem define os parâmetros de sua presença no seio da sociedade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os indivíduos. Com essas bases se constrói a responsabilidade civil do Estado, com mais proteção para o administrado e mais rigor para o ente estatal (2011, p. 873-874).

Entretanto, “[...] descabe responsabilizá-lo [o Estado] se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por (humana ou material) alheia” (MELLO, 2012, p. 1030-1031). Nesta toada, destaca-se:

[...] em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o ‘serviço não funcionou’. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública (MELLO, 2012, p. 1031).

Ora, se o serviço estatal está sendo prestado dentro de um padrão de normalidade, condizente com o que é esperado, descabe, obviamente, responsabilizá-lo.

Fernanda Marinela enfatiza que “a prestação dos diversos serviços públicos hoje tem um padrão normal, observado o princípio da reserva do possível, isto é, observado aquilo que é compatível com as condições orçamentárias, estruturais e tecnológicas para prestar a atividade” (2011, p. 885). E exemplifica:

[...] convém imaginar a situação em que um preso decide praticar o suicídio dentro do presídio, restando a dúvida se há ou não responsabilidade para o Estado. Primeiro, é importante grifar que o preso está sob tutela do Estado, assim, em tese, haveria responsabilidade; há descumprimento do dever legal. No entanto, se o Poder Público prestava o serviço no padrão normal e não tinha como evitar o dano, ele se exime dessa obrigação. Por exemplo, preso que pratica o suicídio batendo a cabeça nas grades, ele iria fazê-lo de qualquer forma e o Estado não tinha como evitar, salvo se o ente público fosse “anjo da guarda”, o que não é o caso. Outro contexto ocorre quando o ato suicídio é praticado por uma arma que entrou com uma visita; nesse caso há omissão do Estado na fiscalização, pois, se o poder público não despoja os internos de certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida, não pode se eximir de responsabilidade em relação a esse suicídio (2011, p. 886).

Em favor do Estado constata-se que a ideia de custo social e reserva do possível é enfatizada nos julgados nacionais:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AGRESSÃO FÍSICA PERPETRADA POR ADVOGADO NAS IMEDIAÇÕES DO FÓRUM. RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO PROVIDO. A segurança pública é “dever do Estado” e “direito e responsabilidade de todos” (CR, art. 144). Contudo, a responsabilidade civil do Estado “não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo que acontece no meio social” (José dos Santos Carvalho Filho). “Um patamar idealizado de segurança pública deve ser perseguido, porém, em atenção ao princípio da reserva do possível, não pode ser utilizado como parâmetro de responsabilização extracontratual do Estado, sob pena de este restar financeiramente inviabilizado. O Poder Público, ‘de fato, tem a obrigação de propiciar segurança à população, o que não implica, no entanto, o dever de estar em todos os lugares ao mesmo tempo, fornecendo um policial para assegurar a integridade física de cada cidadão’ (AC n. 2003.015229-6, de Criciúma, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 16-10-2003)” (AC n. 2011.091820-6, Des. Jorge Luiz de Borba). Por si só, o fato de não ter destacado policial para prestar segurança às pessoas que trabalham e/ou circulam no Fórum não gera ao Estado o dever de reparar os danos, morais e materiais, daquele que, quando no interior do prédio, sofreu agressão física. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.098822-7, de Santa Rosa do Sul, rel. Des. Newton Trisotto, j. 09-04-2013).

Destarte, embora o Estado – ante seu poder de imposição – figure como garantidor de direitos aos seus administrados, não se mostra plausível concluir pelo extremo em responsabilizá-lo por toda e qualquer conduta que cause dano ao particular. Afinal, sendo o serviço devidamente prestado entre patamares condizentes com a realidade social, por lógico, não poderão ser imputadas ao ente estatal quaisquer responsabilidades.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de direito constitucional descomplicado**. 5 ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1916.

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, 1934.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, 1937.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, 1946.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1967.

_____. **Emenda Constitucional n. 1.** Brasília, DF, 1969.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988.

_____. **Decreto n° 24.216/1934.** Rio de Janeiro, RJ, 1934.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp 669.258/RJ. Relator Ministro Humberto Martins. Rio de Janeiro, 27 de fevereiro de 2007.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** AgRg no AREsp 173.291/PR. Relator Ministro Castro Meira. Paraná, 07 de agosto de 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp 1373788/SP. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. São Paulo, 06 de maio de 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** AgRg no AREsp 224.572/MS. Relator Ministro Humberto Martins, 18 de junho de 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp 1307032/PR. Relator Ministro Raul Araújo. Paraná, 18 de junho de 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** RE 591874. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 26 de agosto de 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n°. 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo.** 11ª Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível n 2011.098822-7. Relator Desembargador Newton Trisotto. Santa Rosa do Sul, SC, 09 de abril de 2013.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.