

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

EDINILSON DONISETTE MACHADO

EMERSON GABARDO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Emerson Gabardo, Maria Tereza Fonseca Dias – Florianópolis:
CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-149-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública” I reuniu no XXV Encontro Nacional do CONPEDI um conjunto de artigos de alto nível. Reunidos na cidade de Brasília, pesquisadores de diferentes partes do país apresentaram temas originais e polêmicos mediante a construção de textos com alto requinte intelectual.

As discussões que se seguiram aos comunicados científicos também foram muito profícuas e propiciaram debates interessantes a respeito de questões como discricionariedade administrativa, participação popular, arbitragem, responsabilidade do Estado, parcerias público-privadas, competências federativas, desenvolvimento, serviços públicos, direitos fundamentais, licitações, contratos públicos, modelos de gestão, processo administrativo e sistemas de controle da atividade pública. De forma dialética, alunos de graduação, mestrado e doutorado, bem como professores e profissionais com diferentes formações colocaram suas posições com respeito e mediante a adoção de uma perspectiva dialógica horizontal, ou seja, manifestando posições convergentes e divergentes de forma democrática.

Como resultado deste processo estão sendo publicados neste volume os trabalhos selecionados pela comissão de avaliadores do Conpedi e que contou com a coordenação dos debates dos professores abaixo nomeados, que procuraram aprofundar as colocações feitas e apontar aprimoramentos importantes para a área do Direito Administrativo. Foi grande honra e satisfação da comissão ter compartilhado dos debates com os autores e demais participantes.

Destacou-se, neste grupo de trabalho, a interdisciplinaridade das temáticas do direito com as da gestão pública, mostrando os rumos para os quais caminha a pesquisa e as discussões da Administração Pública.

Merece parabéns o CONPEDI por realizar um evento tão sério e que já pode ser considerado o mais relevante momento de divulgação de investigações científicas brasileiras na área do Direito.

Bom proveito aos leitores.

Cordialmente,

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Centro Universitário Eurípides de Marília

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Fundação Mineira de Cultura

Universidade Federal de Minas Gerais

CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO ESTATAL

CRITERIA FOR IMPUTATION OF CIVIL LIABILITY FROM STATE OMISSION

Helena Elias Pinto ¹

Resumo

O tema da responsabilidade civil do Estado por omissão é ainda controvertido na doutrina e na jurisprudência. Apesar de existir um reconhecimento de que o sistema de responsabilidade objetiva, com dispensa da prova do elemento culpa, foi adotado pela Constituição da República de 1988, há controvérsias sobre a aplicabilidade desse sistema objetivo às situações em que o dano decorre de comportamento omissivo do Estado. Busca-se, neste trabalho acadêmico, realizar uma sistematização dos critérios de imputação da responsabilidade objetiva em casos de atuação omissiva do Estado. Para alcançar tal objetivo, foi feita uma ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Responsabilidade objetiva do estado, Responsabilidade civil por omissão, Critérios de imputação

Abstract/Resumen/Résumé

The theme of state liability by omission is still controversial in doctrine and jurisprudence. Although there is a recognition that the objective liability system, where fault is not necessary to be proved, was adopted by the Constitution of 1988, there is controversy regarding the applicability of this system to situations in which the damage stems from omission behavior of the State. This academic work aims to carry out a systematization of the imputation criteria of objective liability in cases of omission action of the State. To achieve this goal, a wide bibliographical and jurisprudential research was made.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Objective liability of the state, Civil liability from omission, Criteria for imputation

¹ Professora Adjunta do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-graduação Estrito Senso de Direito Constitucional da UFF. Juíza Federal. Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho.

INTRODUÇÃO

O sistema da responsabilidade civil objetiva – que dispensa o requisito da antijuridicidade em relação à conduta do agente causador do dano - é aplicável ao Estado, no Brasil, desde o advento da Constituição da República de 1946. Entretanto, somente cinquenta anos depois do acolhimento expresso desse sistema objetivo na ordem constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal aplicou – pela primeira vez - o modelo da responsabilidade objetiva a uma hipótese de responsabilidade do Estado por omissão. Tal fato ocorreu no julgamento do conhecido Recurso Extraordinário nº 109.615-RJ, da relatoria do Ministro Celso de Mello. A matéria versava sobre um pedido de indenização formulado em face do Estado por um aluno que perdeu a visão do globo ocular direito em razão de uma lesão perpetrada por um colega de sala dentro de uma escola pública.

O atraso de cinquenta anos na aplicação do sistema objetivo aos casos de responsabilidade por omissão é indicativo, em boa medida, da dificuldade de se dar o adequado tratamento jurídico ao tema. Outro exemplo, da década de 80, que reforça essa dificuldade é o resultado do julgamento no Recurso Extraordinário nº 100.762-2, da relatoria do Ministro Moreira Alves, que decidiu pelo não conhecimento do recurso extraordinário, ficando mantida a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que entendeu não ser o Estado parte legítima para figurar no polo passivo de ação por intermédio da qual se postulava indenização por morte de familiar que se encontrava preso e foi assassinado por colega de cela. O fundamento do acórdão recorrido se baseava no argumento de que o autor do assassinato não era agente público, pois não tinha vínculo com o Estado. Por via de consequência, foi reconhecida a ilegitimidade passiva do ente público. Tal raciocínio, que à época prevaleceu, não resiste, à luz do desenvolvimento atual da ciência jurídica, diante do papel que se reconhece ao Estado de garantidor dos direitos fundamentais, de acordo com as balizas previstas no ordenamento jurídico.

À luz dos precedentes jurisprudenciais relatados, verifica-se que o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado como um instrumento para a tutela dos direitos fundamentais é um caminho em construção. Percebe-se, na atualidade, que já houve grande evolução nos últimos anos no tratamento do tema, em contraste com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de 25 anos atrás. Para demonstrar essa assertiva, pode-se observar mais um julgado da década de 90, o Recurso Extraordinário nº RE 115766/SP, relatado pelo Min. Aldir Passarinho, por intermédio do qual a família de um preso assassinado na prisão pretendia obter indenização a ser paga pelo Estado. O pedido foi

julgado improcedente sob a alegação de que a vítima não contribuía para o sustento da família, pois possuía “impressionante folha de antecedentes criminais, sem nenhuma referência a que pudesse ajudar os seus, sendo de presumir-se até que estes é que poderiam fornecer-lhe alguma ajuda”. Constata-se, neste caso, um viés patrimonialista aplicado à responsabilidade civil que não mais se harmoniza com o princípio da dignidade da pessoa humana, que é uma referência fundamental do ordenamento constitucional pátrio.

Constata-se, a par disso, que já foi trilhado um importante percurso, desde a época das decisões acima referidas, até se chegar à posição atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que é exemplo paradigmático o julgamento do RE 841.526/RS, da relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 30.03.2016, no sentido de reconhecer o dever do Estado de indenizar a família de preso por morte ocorrida durante o período da privação de sua liberdade, mesmo não havendo clareza, segundo as provas dos autos, se o caso foi de suicídio ou de homicídio.

A partir do contraste entre os argumentos utilizados nos julgados já referidos, é possível constatar, a partir do advento da Constituição da República de 1988, avanços significativos no sentido de se tutelar de forma eficaz, na via jurisdicional e por intermédio da reparação do dano, os direitos fundamentais nos casos em que há deveres de proteção atribuídos ao Estado.

Entretanto, os próprios debates que ocorrem no julgamento de casos mais recentes (a exemplo do que ocorreu no referido RE 841.526/RS) – nos quais, não raramente, são utilizados argumentos que invocam condutas culposas atribuídas aos agentes públicos (em descompasso com o sistema da responsabilidade objetiva) para justificar o reconhecimento do dever de indenizar - demonstram que ainda há necessidade de se avançar em busca de uma sistematização das hipóteses que devem resultar no reconhecimento do papel do Estado de garantidor dos direitos fundamentais do lesado e, por via de consequência, do reconhecimento do seu dever de indenizar diante de sua omissão no cumprimento desse dever.

Ao longo do presente trabalho acadêmico, busca-se realizar uma sistematização dos critérios de imputação da responsabilidade objetiva em casos de atuação omissiva do Estado, partindo-se da hipótese de que o papel do Estado como garantidor dos direitos fundamentais é o ponto de referência para se reconhecer ou afastar o dever de indenizar.

O primeiro passo para esse desiderato é a adequada compreensão dos dois sistemas de imputação da responsabilidade civil: o subjetivo e o objetivo.

1. IMPUTAÇÃO SUBJETIVA E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Nexo de imputação “é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico”, conforme lição de Fernando Noronha (2007, p. 471).

Nos primórdios da evolução da responsabilidade civil do Estado, e após a superação da fase da irresponsabilidade do Estado, a imputação se dava pela culpa civilista, posteriormente substituída pela noção de culpa anônima (ou culpa administrativa). A evolução doutrinária que permitiu o desenvolvimento da noção de culpa anônima implicou em uma objetivização da culpa, não mais sendo exigível a sua atribuição a um agente público individualizado, sendo suficiente identificá-la no funcionamento inadequado do serviço público (mal funcionamento do serviço, prestação tardia ou não funcionamento do serviço).

A responsabilidade civil fundada na teoria da culpa administrativa representou um importante avanço em relação ao modelo da culpa civilista, cuja comprovação é sempre mais difícil para a vítima, em razão do componente subjetivo que precisa ser provado e que consiste no descumprimento de um dever de cuidado (por negligência, imprudência ou imperícia). Entretanto, com o passar do tempo, essa primeira doutrina publicista (que criou a noção de culpa anônima) se mostrou insuficiente para a solução socialmente justa dos diversos casos de danos acarretados pela atividade administrativa. Uma nova teoria que pudesse ampliar o campo da reparação passou a ser aspiração da doutrina. Afinal, as dificuldades enfrentadas pelo lesado na responsabilidade civil subjetiva são imensas, conforme reconhece Ricardo Lorenzetti (1998, p. 96-97):

A responsabilidade civil baseada na imputação culposa se assemelha a um edifício dotado de portas difíceis de serem abertas: somente quem demonstre a culpa pode obter a reparação. Deste modo, há um importante custo de acesso: necessita-se procurar um bom advogado, provas, e estar frente a danos que resultem de condutas suscetíveis de um juízo condenatório.

A imputação objetiva amplia o campo de reparação, de vez que não só aqueles que demonstrem a culpa podem obtê-la, mas também aqueles que não estejam em condições de fazê-lo, seja por insuficiência de meios, ou porque tenham sido prejudicados por coisas ou atividades perigosas.

O próximo passo então, dentro da perspectiva publicista, foi a elaboração da teoria do risco, que serviu de fundamento para o sistema da responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes. Não obstante a ampla aceitação, na atualidade, desse sistema objetivo para as condutas positivas dos agentes públicos (seja na doutrina, na

jurisprudência e até no direito positivo), dúvidas e debates ainda persistem em relação às hipóteses de omissão do Estado.

No caso brasileiro, a Constituição da República de 1988, expressamente adotou a responsabilidade independentemente de culpa, conforme se extrai da redação do seu art. 37, §6º¹, sem fazer distinção entre condutas comissivas ou omissivas.

Nos debates que ocorrem em sede doutrinária e jurisprudencial, é comum que se cometa o equívoco de afirmar que a responsabilidade do Estado por omissão existe apenas quando existe um **dever de agir** que não é atendido. Tal equívoco decorre da circunstância de que o dever de agir é característico do sistema subjetivo de responsabilidade civil.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 298) acolhe a responsabilidade objetiva do Estado na omissão quando se tratar de **omissão específica**², a qual se configura “quando o Estado está na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua criação propicia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo”.

Deve-se observar que, quando ocorre um descumprimento do **dever de agir**, há, por si só, o reconhecimento de um **comportamento contrário ao direito**, que se amolda ao modelo da responsabilidade subjetiva, mas não da responsabilidade objetiva.

Daí ser imperioso perquirir se o modelo da responsabilidade objetiva aplicado aos casos de omissão dá ensejo a uma imputação pelo dever de agir ou pelo resultado? Esse tema será abordado no item a seguir, em que se pretende comparar a imputação pelo dever de agir (típica da responsabilidade subjetiva) com a imputação pelo resultado (característica da responsabilidade objetiva).

2. IMPUTAÇÃO PELO DEVER DE AGIR OU IMPUTAÇÃO PELO RESULTADO?

É importante fazer a distinção entre dever de agir e dever de proteção (avaliado pelo resultado). A propósito, o resultado da atuação administrativa é considerado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 135) como um dos quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno:

¹ Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

² Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 298) adota a distinção, elaborada por Guilherme Couto de Castro, entre omissão genérica e omissão específica, aplicando para a primeira a responsabilidade subjetiva e, para a segunda, a responsabilidade objetiva. A omissão genérica “tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, de seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado”.

A expressão *resultado*, embora oriunda das ciências administrativas, não deve ser tomada como mera transposição de um conceito de sentido econômico, mas, com muito maior amplitude, ser *coerentemente adaptada em referência aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os Poderes Públicos*.

Assim é que, não obstante *legítimo* o planejamento e *legítima* a execução de uma política pública, o que vale dizer: o bem ou o serviço entregue à sociedade deve necessariamente garantir uma utilização *eficiente* por parte de seus destinatários, tal como *razoavelmente estaria nas expectativas* de todos os que para tanto contribuíram com seus recursos.

Diogo de Figueiredo (2008, p. 141) acentua que o Estado, que atua na sociedade contemporânea, sob o “signo dos *riscos*”, precisa enfrentá-los com “*previsão e monitoramento*, até mesmo para que se torne possível uma aplicação dos instrumentos de prevenção e de controle proporcionados tanto pela política, como pelo direito”.

Nesse sentido, representou um importante avanço a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 841526/RS, da relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 30.3.2016, noticiado no Informativo nº 819 do STF³. Foi reconhecido, que “em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF, o Estado é responsável pela morte de detento”.

É possível intuir, assim, que a adequada compreensão das hipóteses de responsabilidade civil do Estado por omissão depende da verificação, em cada caso

³ “Morte de detento e responsabilidade civil do Estado

Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF, o Estado é responsável pela morte de detento. Essa a conclusão do Plenário, que desproveu recurso extraordinário em que discutida a responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de preso em estabelecimento penitenciário. No caso, o falecimento ocorrera por asfixia mecânica, e o Estado-Membro alegava que, havendo indícios de suicídio, não seria possível impor-lhe o dever absoluto de guarda da integridade física de pessoa sob sua custódia. O Colegiado asseverou que a responsabilidade civil estatal, segundo a CF/1988, em seu art. 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, uma vez rejeitada a teoria do risco integral. Assim, a omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nas hipóteses em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. Além disso, é dever do Estado e direito subjetivo do preso a execução da pena de forma humanizada, garantindo-se-lhe os direitos fundamentais, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral. Esse dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal. Por essa razão, nas situações em que não seja possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade. Afasta-se, assim, a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, não sendo sempre possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. Portanto, a responsabilidade civil estatal fica excluída nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. Na espécie, entretanto, o tribunal “a quo” não assentara haver causa capaz de romper o nexo de causalidade da omissão do Estado-Membro com o óbito. Correta, portanto, a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. RE 841526/RS, rel. Min. Luiz Fux, 30.3.2016.”

concreto, de quais são os deveres de proteção dos direitos fundamentais que incumbem ao Estado em determinada situação.

Mas é pertinente indagar: qual é a abrangência e quais são os limites dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais de todos que vivem em seu território?

Uma importante contribuição da doutrina para se encontrar um parâmetro para responder a essa indagação está na elaboração do princípio da proporcionalidade como vedação de proteção insuficiente⁴.

Juarez Freitas (2006, p. 170) discorre sobre a proporcionalidade como vedação de inoperância e afirma que, em sintonia com esse princípio, é que o Estado deve ser objetivamente responsabilizado nos casos de omissão:

A doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reequacionada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas. Trata-se de duplo movimento, que pressupõe assimilar a proporcionalidade como proibição simultânea de excessos e de inoperância. É em sintonia com esse princípio, e para além das disputas semânticas, que o Estado deve ser objetivamente responsabilizado, admitidas tão-só as excludentes do nexo causal, a saber, a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente (excludente parcial), o ato ou fato exclusivo de terceiro (excludente, no geral das vezes), a força maior (irresistível), o caso fortuito (não atribuível a razões internas) e a impossibilidade do cumprimento de dever (reserva do possível, defendida no presente estudo).

É interessante registrar que, no direito penal, a relevância da omissão, de acordo com o art. 13, § 2º, do Código Penal⁵, “quando o agente devia e podia agir para evitar o resultado”. Note-se que o poder-dever de agir, no caso, diz respeito a uma responsabilidade penal e, portanto, de natureza subjetiva, pois a intenção do agente ocupa um papel de destaque, ao contrário do que ocorre na responsabilidade civil, sobretudo no modelo objetivista, pois o cerce da questão estará no resultado (dano injusto).

A par disso, o Código Penal aponta, ainda quais os fatores que configuram o dever de agir, colocando o agente na condição de garantidor: (a) quando tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) de outra forma assumiu a responsabilidade de

⁴ Merece referência, ainda, a doutrina de Ingo Sarlet (2005, p. 107):

“A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.”

⁵ Decreto Lei nº 2.848/40, com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.

impedir o resultado; e (c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

É certo que não se pode pensar em tão somente transpor essas hipóteses legais para a responsabilidade civil do Estado, sob pena de incorrer em grandes equívocos, justamente porque há pressupostos distintos para a configuração da responsabilidade no campo penal e na área cível (em sentido amplo, abrangendo as relações com a Administração Pública, regidas pelo direito administrativo).

Na responsabilidade civil do Estado, diante da adoção do sistema objetivo nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, a caracterização do dever de indenizar deve ser aferida pelo resultado (a ocorrência de um dano injusto, que é aquele que não tem que ser suportado pela vítima, à luz do ordenamento jurídico).

A proporcionalidade como vedação de proteção insuficiente servirá de filtro para separar os casos em que o dever de indenizar estará ou não caracterizado diante de uma omissão estatal. Nesse sentido, o furto de um automóvel que esteja estacionado no pátio de uma delegacia enquanto o seu proprietário realiza um registro de ocorrência é um fato que se encontra dentro de uma zona de certeza positiva (por estar configurado o dever do Estado de indenizar, diante da evidente insuficiência da proteção à luz da proporcionalidade). É possível ainda pensar em hipóteses que se encontram na zona de certeza negativa (por não ser reconhecer o dever do Estado de indenizar): seria o caso, por exemplo, de um furto de veículo que se encontrava na rua enquanto seu proprietário visitava um amigo. É certo que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, não existe a expectativa, pelos cidadãos, que o grau de proteção e segurança conferido pelo Estado chegue ao ponto de dispensar os proprietários de veículos de realizar contrato de seguro contra furto, em decorrência de um suposto papel do Estado de segurador universal.

Conforme será exposto ao longo do texto, considerando-se que, nos termos do modelo adotado pela Constituição da República, a responsabilidade civil do Estado não depende da presença do elemento subjetivo (culpa ou dolo), é possível sistematizar o tema, mediante a constatação de cinco hipóteses de imputação objetiva pelo resultado, que serão tratadas a seguir: (a) *ex vi legis*; (b) pela guarda de coisa ou animal; d) pelo dever de proteção nas relações de sujeição especial; e) pelo risco criado e f) pela presunção de causalidade.

3. IMPUTAÇÃO EX VI LEGIS

Há situações em que a imputação decorre de previsão legal específica. O exemplo clássico é a hipótese de danos causados à integridade física e moral de presos, em razão de

norma constitucional expressa no art. 5º, inciso XLIX, que estabelece, de forma peremptória que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

No julgamento do RE 272.839⁶, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal acolheu o dever constitucional de guarda como fundamento do dever de indenizar, conforme o seguinte excerto do voto do relator:

Na espécie, o detento estava em cumprimento de pena privativa de liberdade, portanto, sob a custódia do Estado.

Trata-se, portanto, da hipótese em que o nexo de causalidade que imputa a responsabilidade do Poder Público advém do dever constitucional de guarda, consagrado no art. 5º, XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”). Neste caso, ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos, prevalece a responsabilidade do Estado pela reparação do dano.

Interessante questão consiste em definir se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado incide também na hipótese de suicídio cometido por preso. No passado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostrava-se oscilante, ora afastando a responsabilidade civil do Estado (RE 121130 / SP)⁷, por ausência de nexo de causalidade, ora mantendo decisão da instância recursal que reconheceu o direito à indenização à família do preso que morreu em decorrência de suicídio (ARE 700927 AgR/GO)⁸.

Recentemente, no julgamento do RE 841.526 (tema 592 da repercussão geral), ocorrido em 30/03/2016, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da responsabilidade civil do Estado por morte de preso, no qual não se chegou nas instâncias ordinárias à conclusão da ocorrência de suicídio ou homicídio. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, e fixou a seguinte tese: "Em

⁶ EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 272839, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-38)

⁷ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DETENTO QUE PRATICA SUICÍDIO DEPOIS DE SER PRESO POR EMBRIAGUEZ. INOCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO. A só ocorrência do evento danoso não importa necessariamente na obrigação de indenizar, se inexistente relação de causa e efeito entre a prisão do suicida e sua morte. Recurso extraordinário não conhecido. [RE 121130 / SP - Relator: Min. FRANCISCO REZEK
Julgamento: 14/05/1996 - Segunda Turma - Publicação DJ 09-05-1997 PP-18139]

⁸ 1. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais. Morte de preso em estabelecimento prisional. Suicídio. 4. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula 279. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 28.08.2012. [ARE 700927 AgR/GO - Relator: Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 28/08/2012 - Segunda Turma - Publicação DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012]

caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”⁹.

Diante do julgamento desse caso (RE 841.526 - tema 592 da repercussão geral), o Supremo Tribunal Federal parece finalmente reconhecer, no art. 5º, inciso XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”) uma hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, que será aplicável também aos casos de omissão do Estado, *ex vi legis*.

Também deve ser enquadrada nesta hipótese de imputação *ex vi legis* o caso de danos acarretados por acidente nuclear, o qual expressamente independe de culpa, conforme previsto no art. 21, inciso XXIII, *d*¹⁰, da Constituição da República. O regime da responsabilidade civil por dano nuclear tem, assim, um regime mais rígido do que aquele previsto no art. 37, §6º, da Constituição. Alguns autores¹¹, apontam que, na disciplina da responsabilidade por dano nuclear, foi adotada a teoria do risco integral, diante da impossibilidade de se invocar as causas de exclusão do nexo de causalidade que são admissíveis quando se trata de risco administrativo.

A par da previsão legal expressa que fixa a responsabilidade civil objetiva do Estado em casos específicos, há diversas situações em que, ainda que não exista uma tipicidade legal para enquadrar a conduta, o sistema de responsabilidade objetiva deve ser aplicado, por força tão somente da regra genérica do art. 37, § 6º, da Constituição da República, conforme se verá adiante.

⁹ Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4645403>. Acesso em 10/04/2016.

¹⁰ 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:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;

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

¹¹ Por todos, consulte-se a lição de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 196), que afirma ser “a responsabilidade por dano nuclear fundada no risco integral. [...] A responsabilidade pelo risco administrativo exige a relação de causa e efeito entre a atividade estatal e o dano (‘responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, **causarem** a terceiros’, diz o texto do art. 37, §6º), razão pela qual as causas de exclusão do nexo de causalidade afastam a responsabilidade do Estado. Ao disciplinar a responsabilidade por dano nuclear, entretanto, a Constituição não exige nenhuma relação causal; fala simplesmente que a **responsabilidade independe de culpa**. Ademais, não haveria sentido para uma regra especial se tivéssemos aqui a mesma disciplina geral da responsabilidade civil da Administração”.

4. IMPUTAÇÃO PELO DEVER DE PROTEÇÃO NAS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

A doutrina das relações de sujeição especial foi inicialmente elaborada, no século XIX, na Alemanha, com viés nitidamente autoritário, com vistas a subtrair do Poder Judiciário e dos limites impostos pelo princípio da legalidade o controle dos atos administrativos baseados na disciplina e na hierarquia.

Entretanto, superada essa origem autoritária da classificação, mostra-se útil a distinção que deve ser feita entre as relações de sujeição geral (estabelecidas entre o Estado e qualquer cidadão) e as relações de sujeição especial (em que há um prévio vínculo entre Estado e cidadão, por intermédio do qual são estabelecidas relações de poder de caráter disciplinar e hierárquico, como ocorre com os servidores públicos, os estudantes de escolas públicas e os militares, dentre outros). A utilidade prática dessa classificação consiste na possibilidade de se identificar, de um lado, poderes especiais para o Estado nessas relações e, de outro lado, deveres especiais de proteção, indicativos de que, nas relações de sujeição especial, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Estado, inclusive nos casos de omissão estatal.

Um caso emblemático julgado pelo Supremo Tribunal Federal foi o RE 109615, da relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 28/05/1996. Discutiu-se, no caso, o dano causado a um aluno da rede pública municipal por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino. O dano em questão consistiu na perda do globo ocular direito. No trecho da ementa que mais interessa ao presente estudo, ficou assentado que:

[...] 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 integridade 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 109615, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 P-25785)

As relações de sujeição especial¹² atribuem ao Estado poderes especiais, com fundamento no poder disciplinar e no poder hierárquico. Nessas relações, é razoável que se exija do Estado uma contrapartida de ordem jurídico-política por essas prerrogativas especiais que lhe permitem exercer a autoridade de forma direta sobre as pessoas que estão em situação de sujeição especial, como os servidores públicos, os militares, os estudantes, as pessoas internadas em hospitais e sanatórios etc. Essa contrapartida é o reconhecimento de um especial dever de proteção em relação a essas pessoas que se encontram em situação de sujeição direta e especial. Em razão disso, em todos esses casos deve ser aplicado o sistema de responsabilidade objetiva do Estado.

Após essas reflexões sobre os casos em que há especial sujeição, passa-se ao estudo das situações em que o Estado tem a guarda de coisas, animais ou pessoas.

5. IMPUTAÇÃO PELA GUARDA DE COISA, ANIMAL OU PESSOA

A guarda de coisa pode gerar a imputação do dever de indenizar em duas hipóteses: quando o Estado assume a guarda de coisa alheia que sofre dano durante o período em que se encontra sob sua sujeição ou quando o Estado assume a guarda de coisa perigosa que causa dano a terceiro.

Quanto à primeira hipótese, o Supremo Tribunal Federal já apreciou hipótese em que considerou que, no caso concreto, a responsabilidade tinha por fundamento o contrato e não o preceito constitucional do art. 36, § 6º, da CRFB:

Responsabilidade civil do Estado: furto de automóvel em estacionamento mantido por Município: condenação por responsabilidade contratual que não contraria o art. 37, § 6º, da Constituição. Ao oferecer à freguesia do mercado a comodidade de estacionamento fechado por grades e cuidado por vigias, o Município assumiu o dever específico de zelar pelo bem que lhe foi entregue, colocando-se em posição contratual similar à do depositário, obrigado por lei "a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence" (Cód. Civ., art. 1.266). Em tal hipótese, a responsabilidade do Município por dano causado ao proprietário do bem colocado sob sua guarda, não se funda no art. 37, § 6º, da Constituição, mas no descumprimento de uma obrigação contratual.

¹² Galego Anabitarte (1961, pp. 25-26) apresenta as diversas relações que podem ser consideradas, sem maiores discussões, como de sujeição especial: a situação do militar, do servidor público, do estudante e do preso. O autor também considera adequado incluir as situações de liberdade vigiada (polícia, fisco), bem como os casos de sanatório e de estabelecimentos de beneficência de caráter obrigatório ("establecimientos de beneficencia y sanatorios de tipo obligatorio"). Como situações discutíveis e polêmicas, indica as seguintes: utilização de um estabelecimento público (museus etc) e serviços de transporte; situação dos deputados e ministros; situação daqueles que estão sob o poder de um Presidente de Sala ou Câmara Parlamentar. O autor indica, ainda, situações devem ser excluídas, segundo o autor, são as seguintes: a relação com as corporações profissionais; a relação com a seguridade social e a prestação administrativa em forma de serviço de abastecimento (gás, luz etc).

(RE 255731, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/11/1999, DJ 26-11-1999 PP-00135 EMENT VOL-01973-19 PP-04105)

Nem sempre, entretanto, a questão se situa no plano da responsabilidade contratual. É o caso, por exemplo, da apreensão de bens que são levados para o depósito público e, no período de permanência no local, venham a sofrer avarias. Nesse caso, aplica-se a responsabilidade objetiva diante da omissão estatal em se desincumbir de seu dever de proteger o bem da possível ocorrência de danos causados diretamente por fatos da natureza ou de terceiros. Diante da posição que o Estado assume como garantidor da integridade patrimonial dos bens que se encontram sob sua guarda, não cabe invocar fato de terceiro ou fato da natureza como causa de exclusão do nexo de causalidade.

Quanto à responsabilidade por danos causados a terceiro por coisa ou animal sob a guarda do Estado, consulte-se a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2015, p. 1046-1047):

Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. [...]

Uma vez que a Sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado.

O fundamento para a aplicação da responsabilidade objetiva nesses casos consiste na ideia de solidariedade social e na justa repartição de encargos sociais, conforme acentua o autor (2015, p. -1047):

Daí que os danos eventualmente surgidos de tais locais ensejarão responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, esta é a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram apenas sobre alguns, os lesados, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos.

[...]

Assim, 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.

Com igual razão se reconhece a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de danos causados a terceiros por pessoas que estão sob a guarda do Estado.

Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem alguns registros interessantes, dos quais se extrai que, à luz da jurisprudência da Suprema Corte, o decurso

do tempo entre a fuga de um presidiário e os danos acarretados é um fator decisivo para a verificação do nexo de causalidade.

No sentido de reconhecer a responsabilidade civil do Estado pelo assassinato de um vigia por preso foragido, o Supremo Tribunal Federal apreciou o RE 136.247-2/RJ, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Nesse caso, o relator entendeu que a fuga foi pré-ordenada ao assassinato de um desafeto a quem o preso atribuía a sua condenação. A imediação temporal entre a fuga e o assassinato foi um importante fator considerado na avaliação do nexo de causalidade, que foi considerado presente no caso julgado.

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal apreciou o RE 172.025-5/RJ, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, afastando o nexo de causalidade no caso de latrocínio praticado por preso foragido meses depois da fuga, por entender que a hipótese estava “fora dos parâmetros da causalidade”.

Em outro julgado (RE 409.203/RS), em que a relatoria para acórdão foi do Ministro Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal entendeu configurada a responsabilidade do Estado por crime de estupro praticado por presidiário, “fugitivo contumaz, não submetida à regressão de regime prisional como manda a lei”. Não obstante ter sido invocado no acórdão a teoria da falta do serviço (culpa anônima), verifica-se que, no caso, incidiu verdadeira responsabilidade objetiva, pois foi reconhecido o dever de indenizar a partir da constatação de um dano injusto causado por omissão do Estado considerada relevante (não submissão do presidiário à progressão de regime, da qual resultou sua posição de garantidor em relação ao resultado).

Além dessas específicas situações de imputação objetiva do dever de indenizar ao Estado pela guarda de pessoas, coisas ou animais, há outros contextos em que tal imputação ocorrerá a partir da submissão de terceiros a uma situação de risco criada pelo Estado, conforme será exposto adiante.

6. IMPUTAÇÃO PELO RISCO CRIADO

A teoria do risco administrativo, indicada como fundamento da responsabilidade civil do Estado, enuncia que o Estado desempenha inúmeras atividades de risco e, além de auferir as vantagens decorrentes do exercício dessas atividades, tem o dever de assumir os danos que eventualmente sejam causados por elas. Para as atividades comissivas, a teoria do risco desempenha um papel relevante e praticamente suficiente para justificar a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes.

Na omissão, contudo, parece não ser suficiente invocar a teoria do risco para os diversos casos de omissão relevante. Para suprir essa lacuna teórica, a doutrina procura desenvolver critérios para justificar a imputação do dever de indenizar ao Estado em casos de omissão.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2015, pp. 1045-1046), após defender a aplicabilidade da responsabilidade subjetiva como regra nos casos de omissão, destaca uma situação em que entende cabível a responsabilidade objetiva por atos omissivos: quando há, pelo Estado, a criação de situação de risco, que ele denomina de *situação propiciatória do dano*:

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 do dano*. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto nesses, a aplicação do princípio da *responsabilidade objetiva*. (grifo do autor)

Bandeira de Mello (2015, p. 1046) destaca que “o risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou”.

Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 298) também dá sua contribuição teórica ao apontar, a par do cabimento do sistema da responsabilidade subjetiva como regra (para os denominados casos de **omissão genérica**¹³), o cabimento da responsabilidade objetiva quando se tratar de **omissão específica** (casos em que pode ser identificado um dever individualizado de agir atribuído a um agente público).

Da análise das contribuições teóricas de Celso Antonio Bandeira de Mello e de Cavalieri Filho é possível extrair que, sob nomenclaturas diferentes, o que ambos acabam identificando como hipótese de cabimento da responsabilidade objetiva diante da omissão é a situação do Estado como agente garantidor de um determinado resultado (a proteção de

¹³ Conforme reconhece o próprio autor, a dicotomia omissão genérica *versus* omissão específica foi utilizada inicialmente por Guilherme Couto de Castro (2000, p. 62), que assim explica a diferença entre as hipóteses: “Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.

Em sendo o caso de conduta administrativa específica, omissiva ou comissiva, basta aferir o nexo de causalidade e o dano, e, inexistindo fortuito ou culpa exclusiva da vítima, a indenização será devida.

Exemplifique-se: em um momento a sinalização de uma rua falha, passando a indicar luz verde de modo permanente. Os órgãos competentes, alertados, providenciam o imediato conserto do equipamento e o envio de guarda ao local. Mas, no curto intervalo antes de efetivadas as medidas, ocorre uma colisão, em face do defeito.

Não houve ilícito por parte da administração: foram adotadas as cautelas razoáveis e imediatas, mas o evento ocorreu, ainda assim. A responsabilidade é objetiva, pois há dever específico, isto é, individualizado de agir.”

um direito fundamental da vítima, que acabou sendo violado diante da omissão do Estado). E a situação de agente garantidor, na maioria dos casos apontados como exemplos pelos referidos autores, decorre da situação de exposição de terceiro a risco criado pelo Estado.

Apesar de toda essa diversidade de fatores até aqui tratados e que legitimam a imputação objetiva do dever de indenizar ao Estado, ainda subsistem hipóteses que deixariam sem adequada proteção interesses merecedores de tutela, diante da dificuldade de demonstração, pela vítima, do nexo de causalidade entre a conduta omissiva imputada ao Estado e o dano ocorrido. Daí a necessidade do desenvolvimento do item a seguir, que trata da flexibilização da prova do nexo de causalidade.

7. IMPUTAÇÃO PELA PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE

Há diversas situações em que a exigência da comprovação cabal dos requisitos para a configuração do dever de indenizar se torna especialmente tormentosa para o lesado.

Anderson Schreiber (2012, p. 66), em tom crítico, comenta que “a indefinição quanto às teorias da causalidade tem servido, muito mais do que a qualquer das soluções teóricas propostas, a garantir, na prática, reparação às vítimas de danos”. De fato, o Código Civil atual, repetindo a opção que foi adotada pelo Código Civil de 1916, limitou-se a estabelecer, ao tratar do inadimplemento das obrigações, que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (art. 403)¹⁴, acolhendo o que se denomina teoria da causa direta e imediata¹⁵.

Diante dessa difícil questão da demonstração do nexo de causalidade, teorias e leis foram elaboradas para promover uma mitigação do nexo causal¹⁶, diante das importantes mudanças ocorridas na sociedade, com a criação de inúmeras situações e novos problemas que levaram à ocorrência de danos que seriam de difícil reparação segundo o modelo tradicional de se aferir a causalidade. Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 74) explica esse fenômeno da flexibilização do nexo causal:

Com efeito, o advento da responsabilidade objetiva, cujo campo de incidência no Direito brasileiro é hoje mais extenso do que o da responsabilidade subjetiva, transformou radicalmente a atuação dos nossos tribunais ao passarem a não mais sustentar, de modo rígido, esta ou aquela teoria sobre a causalidade, para não incorrerem em soluções injustas.

¹⁴ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹⁵ Em uma das raras oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal abordou a questão das teorias do nexo de causalidade, no RE 130.764-PR, o Ministro Moreira Alves reconheceu no art. 1.060 do Código Civil então vigente, a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal.

¹⁶ A expressão é de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 73).

No caso de responsabilidade fundada no risco integral (v.g., dano nuclear, dano ao meio ambiente etc), também chamada de **responsabilidade objetiva agravada**, passou-se a entender [...] que nem mesmo a **força maior** exclui o nexo causal. A responsabilidade emerge do risco inerente ou próprio da atividade, bastando que o fato causador do dano, a tempestade, por exemplo, ocorra durante a realização da atividade.

Do mesmo modo, desenvolveu-se a doutrina que defende que o fortuito interno não deve ser causa de exclusão da relação causal, pois constitui risco inerente à atividade desenvolvida, sendo desdobramento natural do desempenho de determinadas atividades que têm riscos na sua realização (como é o caso dos serviços de transporte).

Para além desses casos em que o ordenamento jurídico estabeleceu uma flexibilização do nexo causal, permanecem ainda algumas situações em que se torna especialmente difícil para a vítima fazer prova do nexo de causalidade. Para os casos em que exista uma peculiar hipossuficiência técnica da vítima ao lado de um conjunto probatório suficiente para indicar a elevada probabilidade de que o dano tenha sido causado por comportamento omissivo do autor do fato, desenvolveu-se a teoria da presunção da causalidade.

Caitlin Sampaio Mulholland (2009, pp. 341-342) destaca a importância de se acolher a presunção de causalidade para se chegar a decisões justas:

A oportunidade de realização de uma investigação da causalidade através de um método que preza a observação estatística e probabilística permite que seja cumprida a plena reparação daquele que sofre um dano injusto e que é, em não raras vezes, incapaz de provar a existência do liame causal. É através deste exame equitativo do resultado danoso que se buscará, por outro lado, a efetivação do princípio da solidariedade social, na medida em que os riscos serão repartidos de tal forma a definir responsabilidade de acordo com a probabilidade objetiva de danos e a capacidade de prevenção por parte daqueles que participam da relação dialética que é o evento danoso. Por fim, o estabelecimento da causalidade provável possibilita a plena efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite à vítima o reconhecimento de seu direito a ver-se indenizada pelo dano injustamente sofrido.

A aplicação da presunção de causalidade deve ser feita com parcimônia, para não gerar indenização para o Estado em situações desprovidas de embasamento fático ou jurídico. Entretanto, deve ser adequadamente aplicada nas hipóteses em que três condições se encontrem presentes: (a) a hipossuficiência da vítima para demonstrar cabalmente o nexo de causalidade; (b) a existência de um conjunto probatório suficiente para que possa ser reconhecida, à luz das regras da experiência comum, uma elevada probabilidade de que o dano tenha sido causado por um fato imputável ao Estado; (c) o dano causado à vítima seja relativo a um interesse merecedor de uma especial tutela, à luz da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado por omissão é tema ainda controvertido na doutrina e na jurisprudência. A adequada solução de cada caso impõe que se verifique se incumbe ao Estado, na situação concreta, o papel de garantidor de um resultado que consiste na proteção do direito fundamental da vítima, que foi alvo de lesão.

Somente na situação em que o Estado assume a posição de garantidor de um resultado é que se pode acolher a responsabilidade objetiva por omissão.

Diversos são os fatores que, de acordo com a legislação, a doutrina e a jurisprudência, permitem a imputação objetiva do dever de indenizar ao Estado diante de sua omissão. Tais fatores são: (a) a previsão legal que atribua ao Estado a posição de garantidor (imputação *ex vi legis*); (b) a assunção, pelo Estado, da guarda de coisa, animal ou pessoa que venha a causar dano a terceiro; (c) a existência de uma relação de sujeição especial que atribua ao Estado deveres especiais de proteção; (d) a submissão de terceiro a uma situação de risco criada pelo Estado; e (f) a aplicação da presunção de causalidade, baseada no ideal de solidariedade social, nas situações em que coexistam os seguintes requisitos: hipossuficiência da vítima, elevada probabilidade de que um fato imputável ao Estado seja o causador do dano e a existência de lesão a um interesse merecedor de especial tutela à luz da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 100.762-2. Augusto Tank Neto *versus* Estado do Paraná. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão em 04 de outubro de 1983.

_____. _____. Recurso Extraordinário n.º 109.615-RJ. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro *versus* Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão em 28 de maio de 1996.

_____. _____. Recurso Extraordinário n.º 115.766/SP. Valdemar Gonçalves dos Santos e sua mulher *versus* Estado de São Paulo. Relator: Min. Aldir Passarinho. Acórdão em 05 de março de 1991.

_____. _____. Recurso Extraordinário n.º 130.764-PR. Ministério Público e Estado do Paraná *versus* H. Kaminski e Cia. LTDA e outros. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão em 12 de maio de 1992.

_____. _____. Recurso Extraordinário n.º 136.247-2/RJ. Estado do Rio de Janeiro e outro *versus* Cremilda Viana de Azeredo e outros. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão em 20 de junho de 2000.

_____. _____. Recurso Extraordinário n.º 409.203/RS-2/RJ. Estado do Rio Grande do Sul *versus* Lucia Terezinha Pereira Iorio. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Acórdão em 07 de março de 2006.

_____. _____. Recurso Extraordinário n.º 841.526. Estado do Rio Grande do Sul *versus* V. J. de Q. (representado por Simone Jardim). Relator: Min. Gilmar Mendes. Acórdão pendente de publicação.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade objetiva no direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, p. 21-37, 2005.

GALEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 34, pp. 11-51, ene./abr. 1961.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno** - legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Fundamentos do Direito das Obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v. I, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, n. 98, jun. 2005, p. 105-149.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2012.