

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A OMISSÃO DO ESTADO COMO CAUSA DE APLICAÇÃO DE DANOS MORAIS**

Flávio Soares Alves de Miranda

Rio de Janeiro  
2017 / 2º Semestre

## **A OMISSÃO DO ESTADO COMO CAUSA DE APLICAÇÃO DE DANOS MORAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Carmen Lucia Macedo.

Rio de Janeiro  
2017 / 2º Semestre

Flávio Soares Alves de Miranda

## **A OMISSÃO DO ESTADO COMO CAUSA DE APLICAÇÃO DE DANOS MORAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Carmen Lucia Macedo.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

Rio de Janeiro  
2017 / 2º Semestre

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo verificar se os agentes públicos se omitem e geram situação de dano indenizável a particular, esse dano terá como efeito o caráter pedagógico. Para tanto, inicia a análise da regulação de forma ampla, buscando entender o instituto da responsabilidade civil do estado, principalmente os contornos normativos e jurisprudenciais. Posteriormente, busca-se compreender a omissão e como suas circunstâncias podem repercutir na construção da reparação econômica. Passa-se, por fim, ao estudo da decisão do Supremo Tribunal Federal em que se discute a tese de repercussão geral criada em caso que determinou o pagamento de indenização à família de um presidiário morto. Chega-se à conclusão que, embora seja inevitável afastar o consectário lógico de ressarcimento/reparação dos danos sofridos por omissão estatal, não se pode perder de vista que a composição do quantum do ressarcimento não deveria relevar o caráter punitivo-pedagógico.

Palavras-chaves: responsabilidade civil – omissão do estado – ressarcimento do dano.

## ABSTRACT

This paper aims to verify if the public agents are omitted and generate a situation of indemnifying damage to a private individual, this damage will have as effect or pedagogical character. To do so, initiate an analysis of regulation in a comprehensive manner, seeking to understand the institute of civil liability of the state, mainly normative contours and jurisprudence. Subsequently, an omission is sought and how its circumstances can affect the construction of economic reparation. Finally, the decision-making process of the Federal Supreme Court, in which the general repercussion flag created in the case of payment of family compensation for a deceased prisoner, is discussed. It is concluded that although it is inevitable to remove the logical concept of compensation / reparation for the damages suffered by state omission, it is not possible to lose sight of the fact that the composition of the quantum of compensation should not reflect the punitive-pedagogical character.

Keywords: civil liability - omission of the state - reimbursement of damages.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....	10
1. O que é responsabilidade estatal? .....	10
2. O instituto da responsabilidade civil .....	11
3. O dano e a indenização .....	12
4. Sujeitos .....	13
5. Quadro evolutivo: retroceder para avançar .....	13
5.1. <i>A irresponsabilidade do Estado</i> .....	13
5.2. <i>Teoria da responsabilidade com culpa</i> .....	14
5.3. <i>Teoria da Culpa Administrativa</i> .....	14
5.4. <i>Teoria da Responsabilidade Objetiva</i> .....	15
6. Fundamento da responsabilidade objetiva: a teoria do risco administrativo .....	15
7. O Direito Brasileiro e as normas legiferantes sobre responsabilidade civil .....	16
7.1. <i>Análise dos elementos constitucionais da responsabilidade civil do Estado</i> .....	18
8. Aplicação da responsabilidade objetiva .....	20
8.1. <i>Pressupostos</i> .....	20
8.2. <i>Participação do Lesado</i> .....	22
8.3. <i>Fatos Imprevisíveis</i> .....	23
8.4. <i>Atos de Multidões</i> .....	25
8.5. <i>Danos de Obra Pública</i> .....	25
8.6. <i>Responsabilidade Primária e Subsidiária</i> .....	26
8.7. <i>Condutas Omissivas</i> .....	27
CAPÍTULO II – A OMISSÃO DO ESTADO .....	31
1. Introdução .....	31
2. Fatores de atribuição da responsabilidade civil do Estado .....	32
3. Possível superação da discussão sobre o fundamento da responsabilidade civil do Estado por ação e por omissão na prestação de serviços públicos .....	37
4. O dano indenizável e a responsabilidade civil do Estado .....	40
5. Quantificação do dano extrapatrimonial e a (im)possibilidade de aplicação de critérios punitivo-pedagógicos ao Estado .....	42
5.1. <i>O caráter punitivo-pedagógico das indenizações por danos morais</i> .....	43

5.2 Argumentos a respeito da adequação da punição por meio da responsabilidade civil por danos morais.....	46
CAPÍTULO III – A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL – ANÁLISE DE CASO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 841.526 – CRIAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL EM CASO DE MORTE DE DETENTO .....	49
3. Omissão Específica.....	51
3.1 Omissão específica e omissão genérica.....	51
3.2 Caracterização da omissão específica no caso concreto do preso.....	51
4. A prática jurisprudencial a respeito das condenações por danos morais impostas ao Estado.....	52
5. Crítica à adoção do caráter punitivo-pedagógico às condenações impostas ao Estado por danos extrapatrimoniais.....	52
CONCLUSÃO .....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

## INTRODUÇÃO

Cada vez mais cresce a preocupação da sociedade com os gastos realizados pelo Poder Público. Agiganta-se a necessidade imperiosa de racionalizar os custos com os quais o Estado arca. Diante do contexto de recursos escassos, resta claro que cautelas jurídicas devem ser estruturas usadas pelos agentes públicos para impedir o descaso com a finalidade pública do uso de recursos econômicos. Contudo, há curioso cenário – que aparenta ser cíclico e pouco debatido – em que o Poder Público se omite em momentos que deveriam ser de forte atuação, causando ao particular danos que devem ser reparados. Assim se assenta o caso de 2016 decidido pelo Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de indenizar a família de preso morto em sistema penitenciário se comprovado que a conduta omissiva do Estado influenciou para o sinistro.

Mas afinal, o que há de tão importante assim nessa decisão?

Diversas nuances interpretativas que o STF dispôs para determinar a fixação de tese de repercussão geral: “em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”. Primeiramente vê-se que uma das razões existentes nos argumentos do STF é a) não faz distinções onde o texto constitucional não o fez e, portanto, como não se fala em omissão ou comissão no §6º do art. 37, o intérprete também não deverá fazê-lo; b) se a Constituição previu a responsabilidade objetiva do Estado, não pode o intérprete dizer que essa regra não vale para os casos de omissão; e c) a responsabilidade objetiva do Estado engloba tanto os atos comissivos como os omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão específica do Poder Público.

O problema central da pesquisa gravita sobre se os agentes públicos se omitem e geram situação de dano indenizável a particular, esse dano terá como efeito o caráter pedagógico? Se a Administração Pública causar um dano a um particular em virtude de uma conduta omissiva, a responsabilidade nessa hipótese deveria ser objetiva? O ressarcimento do dano, a ser pago com recursos públicos, atinge a finalidade a que se destina colateralmente?

É objetivo geral deste trabalho monográfico compreender a formação do pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de pagamento de danos pelo Estado quando der causa a situação que enseje reparação, podendo advir como consequência de ato comissivo ou omissivo do Estado.

O método de abordagem será o hipotético-dedutivo. A escolha por esse método se deve ao fato de que, na presente monografia, está posta uma hipótese que será avaliada à luz de casos concretos advindos de demandas judiciais. Quer-se com isso, além de verificar se a hipótese traçada é verdadeira, também identificar quais são as razões argumentativas do Poder Judiciário para entender se há relação direta entre dano a ser ressarcido e conduta comissiva ou omissiva do Estado.

A primeira fase de elaboração do trabalho se consubstancia na organização de marco teórico e será seguido de análise de caso jurisprudencial para se verificar as premissas que suportam ou desconstroem a hipótese em tela. A técnica de pesquisa utilizada será a documentação indireta, que se estabelecerá por a) pesquisa documental (propriamente com base em decisões judiciais sobre o objeto em apreço); b) pesquisa bibliográfica (utilização de doutrinas, em formato de livro ou em artigo científico publicado em revistas jurídicas).

## CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 1. O que é responsabilidade estatal?

A responsabilidade<sup>1</sup> pública, ou responsabilidade estatal<sup>2</sup>, é desenhada em cada ordenamento jurídico com suas regras específicas. Pode resultar de atos comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos, advindos de pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado no exercício de atribuições estatais. Em outras palavras, vem a ser finalisticamente o resultado de uma ação ou omissão que tenha gerado dano passível de reparação econômica<sup>3</sup>. Esta reparação tem cunho eminentemente pecuniário, inerente à esfera civil.

Antes de continuar a tratar da responsabilidade civil em si, curioso é ressaltar que, por muito tempo, a legislação que vigia – e ainda vige subsidiariamente – para tratar sobre responsabilidade estatal ainda se escora nas normas de direito civil. Ainda que se tenha tratativa constitucional que deflagre a reparação de danos oriundos do Estado, toda a construção do instituto da responsabilidade civil ainda está estruturado de acordo com a lógica privatista.

A responsabilidade do Estado, por atos praticados por seus agentes, embora mais complexa, é regida pelos mesmos princípios gerais que regulam a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado. Essa lógica é trazida por Patrícia Baptista, ao narrar em seu artigo sobre bens públicos o quanto determinados institutos de regime eminentemente público passaram por tanto tempo sido submetidos ao enquadramento normativo, pode ser utilizada também no tema da responsabilidade civil, como veremos mais adiante<sup>4</sup>.

A evolução da responsabilidade do Estado demonstra que o instituto possui princípios normativos próprios. Até mesmo as condições geradoras de danos são

---

<sup>1</sup> O vocábulo responsabilidade advém do verbo responder, tomado na significação de responsabilizar-se, vir garantido, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou. SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 713.

<sup>2</sup> Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direito e obrigações na ordem civil. Cf. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 523.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *A Responsabilidade do Estado por Ato Lícito*. São Paulo: Habeas, 1998, p. 42.

<sup>4</sup> BAPTISTA, Patricia. A funcionalização da propriedade pública. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ* - Rio de Janeiro, n. 31, jun. 2017.

diversas daquelas geradas pelos particulares<sup>5</sup>.

Há quem diga que os particulares que se sentem lesados nos seus direitos em decorrência de ações ou omissões advindas de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, praticadas no exercício de suas funções e por causa desse exercício, podem demandar o Estado, exigindo a devida reparação dos danos<sup>6</sup>.

Há quem afirme que a responsabilidade estatal é conclusão lógica e infestável de um Estado intervencionista, consubstanciado nos fundamentos de um Estado do Bem-Estar Social, preocupado em assegurar os direitos de cidadania, agregados as questões sociais do Estado Social de Direito e de garantia do Estado Democrático de Direito, fundado nos princípios da solidariedade e na igualdade de oportunidades. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, "a noção de Estado de Direito reclama a de Estado responsável"<sup>7</sup>.

A responsabilidade é tratada no Direito como uma circunstância na qual o responsável por algum fato responde diante do ordenamento jurídico em virtude dele.

## 2. O instituto da responsabilidade civil

De acordo com o art. 180 do Código Civil: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*" Já no capítulo destinado à responsabilidade civil e obrigação indenizatória, no art. 927, consta o seguinte: "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*"

No regramento supracitado estão abrangidas tanto a responsabilidade extracontratual como a contratual. Faz-se importante distinguir entre ambas para o exame do tema. Há responsabilidade contratual na parte do Direito Administrativo referente aos contratos celebrados pela Administração. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual decorre de atividades estatais nas quais não há

---

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 778-779

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 791.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 792.

conotação factual.

### 3. O dano e a indenização

O pressuposto da responsabilidade civil é o dano (ou prejuízo) e, sem ele, ela inexistente. O indivíduo só pode responder civilmente se houver uma conduta ou outro fato provocadores de um dano a terceiro.

Atualmente existe consolidado entendimento no sentido da existência de duas espécies de dano: dano moral e dano material (ou patrimonial). A diferença entre ambos está no tipo de lesão causada. No dano material há lesão ao patrimônio do sujeito e no dano moral (ou extrapatrimonial) a lesão é causada na esfera interna, moral e subjetiva do lesado. De acordo com expressa disposição constitucional em seu art. 5, incisos V e X não há dependência da existência de dano patrimonial para configuração da reparação indenizatória por dano moral. Isso significa dizer que o dano moral é figura autônoma.

Além da acima mencionada autonomia do dano moral, a doutrina e jurisprudência evoluíram ainda mais a noção de dano concernente à responsabilidade civil e indenização. Essa evolução se faz presente na existência do dano estético, que é particularidade do dano moral, e a possibilidade de sua consideração isolada para fins de indenização. Dessa forma, podem existir indenizações independentes tanto para o dano moral como para o dano estético.

Qualquer tipo de responsabilidade tem como consequência prevista no ordenamento jurídico uma sanção. Para exemplificar, no Direito Penal há a pena de reclusão prevista no art. 121 do CP caso o sujeito venha a ser responsabilizado por um homicídio. Para haver aplicação de sanções de naturezas diferentes, como sanção penal e administrativa, é necessário que o fato enseje responsabilidade de mais de uma natureza ou esfera jurídica. Na responsabilidade civil a sanção aplicada é a indenização, que pode ser definida como o montante pecuniário destinado a reparar os prejuízos causados pelo responsável.

Por fim, havendo a ocorrência de um fato que provoque responsabilidade civil e causador de dano a um terceiro surge o dever de indenizar este pelos prejuízos sofridos.

#### 4. Sujeitos

Para melhor análise da responsabilidade civil do Estado, ou seja, das hipóteses nas quais o estado pode ser civilmente responsabilizado por danos causados a terceiros, há que ser compreendido que o Estado, como pessoa jurídica de direito público, é intangível e depende da atuação de seus agentes para causar danos.

As condutas dos mencionados agentes públicos causadoras de danos são imputadas ao Estado e dessa forma ele é responsabilizado. Para isso são imprescindíveis o Estado, o agente do Estado causador de dano e a pessoa lesada. Nesse cenário, o Estado é responsável pelos danos que seus agentes públicos, agindo nessa qualidade, causem às pessoas.

#### 5. Quadro evolutivo: retroceder para avançar

A responsabilidade civil do Estado ao longo d História tem sido estudada de acordo com numerosas teorias, as quais foram e ainda são elaboradas pela doutrina e jurisprudência para explicar e fundamentar o instituto da responsabilidade estatal<sup>8</sup>. Observa-se, entretanto, que a evolução dessas teorias acompanha o desenvolvimento do conceito e da estrutura do próprio Estado de Direito, na medida em que a responsabilidade por ser uma forma de garantir a invulnerabilidade dos direitos dos indivíduos evoluiu de acordo com a construção da noção de Estado como instrumento criado pelo indivíduo para realizar a justiça material.

##### *5.1. A irresponsabilidade do Estado*

No século XIX predominava a ideia de intangibilidade do Estado atrelada ao postulado “the king can do no wrong”, que significava que o rei, o qual era confundido com a figura do próprio Estado, não era passível de responsabilização tendo em vista que era um ser todo-poderoso insuscetível do cometimento de erros. Dessa forma o Estado não possuía nenhuma responsabilidade em decorrência dos atos praticados por seus agentes.

Houve a superação desse pensamento supramencionado, que acontecia no

---

<sup>8</sup> LUVIZOTTO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado Legislador. São Paulo: Almedina, 2015, p. 33.

Estado Liberal, com a passagem para o Estado de Direito. Neste eram atribuídos ao Estado direitos e deveres próprios das pessoas jurídicas a admitida a responsabilização civil do Estado no ordenamento jurídico pelos danos que seus agentes causassem a terceiros<sup>9</sup>.

### 5.2. Teoria da responsabilidade com culpa

Nesse tipo de doutrina civilista da culpa havia distinção entre os atos de império e atos de gestão. Aqueles gozariam de coercitividade pois emanam do poder soberano do Estado, na medida que estes mais se assemelhavam aos atos de direito privado. Isso resultava na impossibilidade de o Estado ser responsabilizado por atos de império causada pela regência dos fatos pelas normas de direito público, que protegiam a figura estatal. Todavia, nos atos de gestão o Estado poderia normalmente ser submetido à responsabilização civil.

O problema central dessa teoria era a dificuldade em fazer a distinção entre atos de império e atos de gestão gerando grande insatisfação entre as vítimas de atos estatais. Isso também era gerado pela tentativa da jurisprudência em diferenciar as faltas dos agentes relacionadas à função pública das faltas não ligadas a essa atividade<sup>10</sup>.

### 5.3. Teoria da Culpa Administrativa

A teoria mencionada acima foi superada pela culpa administrativa que não fazia mais a distinção entre atos de gestão e de império<sup>11</sup>.

Nessa teoria, consagrada pela doutrina da Paul Duez, era prescindível a identificação do agente estatal que causou o dano. Era necessária apenas a comprovação do mau funcionamento do serviço público. Isso passou a ser denominado pela doutrina como falta no serviço.

Havia três modos de consumação da falta do serviço: a inexistência do serviço, mal funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Qualquer desses modos caracterizava a falta do serviço e a conseqüente configuração da culpa do

---

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 704.

<sup>10</sup> LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado Legislador*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 37.

<sup>11</sup> LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado Legislador*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 39.

Estado. Para o exercício do direito de reparação dos danos, fazia-se necessária a comprovação do nexo de causalidade entre o mau funcionamento do serviço e o fato danoso. O ônus de provar a culpa cabia ao lesado.

#### *5.4. Teoria da Responsabilidade Objetiva*

Após a teoria da culpa no serviço consagrou-se a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Não há necessidade de verificação de culpa do agente estatal, bastando que se comprove a ocorrência do fato praticado por agente público, agindo nessa qualidade, e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Essa teoria mostrou-se bastante benéfica e evolutiva para os lesados pelo Estado pois os desobrigou de provar elementos que dificultavam em demasia o exercício do direito à reparação. Entre esses elementos incluem-se a falta no serviço, identificação do agente estatal causador do dano e sua culpa.

### 6. Fundamento da responsabilidade objetiva: a teoria do risco administrativo

A adoção da teoria da responsabilidade objetiva no direito público pelos Estados baseou-se em fundamentos de ordem política e jurídica.

Tornou-se evidente a posição de superioridade do Estado em comparação aos administrados devido aos poderes jurídicos, políticos e econômicos estatais. O indivíduo visto isoladamente encontra-se sempre subordinado à vontade estatal, por mais que haja limites impostos pelo ordenamento jurídico. Isso posto, existiria verdadeira injustiça caso a conquista ao direito de reparação pelos danos causados pelo Estado fosse excessivamente árdua por parte dos indivíduos.

Nesse cenário surge a teoria do risco administrativo fundamentando a responsabilidade objetiva do Estado. Visto que este ente extremamente poderoso deveria lidar com risco natural decorrente de suas várias atividades já que mais poderes teriam como consequência um risco maior.

Existe uma diferenciação controvertida entre o risco administrativo e o risco integral: naquele não há responsabilidade civil genérica, o que significa dizer que são admitidas as excludentes de responsabilidade que atenuam ou excluem a responsabilidade estatal, já neste a responsabilidade independe do nexo causal e

ocorre até mesmo com culpa exclusiva da vítima. Para ilustrar as duas teorias, no caso de um indivíduo que se joga na frente de uma viatura pública transitando estritamente dentro da legalidade, o Estado estaria isento de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima adotando-se a teoria do risco administrativo e seria objetivamente responsável, devendo reparar o prejuízo, caso fosse adotada a teoria do risco integral. Por óbvio, esta última teoria só é adotada no ordenamento jurídico pátrio em casos de notável excepcionalidade.

Fundamentam a responsabilidade objetiva do Estado os riscos decorrentes das atividades estatais em geral e o princípio da repartição dos encargos. Segundo esse princípio, os valores indenizatórios pagos pelo Estado seriam produto de contribuição feita por todos os integrantes da sociedade que é beneficiária dos poderes e prerrogativas estatais.

Nota-se que a base de todos os fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado é a justiça social que visa à redução das dificuldades suportadas pelas pessoas quando lesadas por condutas imputadas ao Estado.

## 7. O Direito Brasileiro e as normas legiferantes sobre responsabilidade civil

O antigo Código Civil regulava antigamente a responsabilidade estatal e nos dizeres de seu art. 15: *“As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando o dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”*

Havia controvérsia doutrinária a respeito da interpretação do referido artigo. A confusão residia no debate se a norma adotava a teoria da responsabilidade subjetiva, ou consagrava a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, com a desnecessidade da comprovação de culpa.

Entendemos que a norma se refere à teoria da responsabilidade subjetiva. Diante da exigência de procedimento contrário ao direito e a falta a dever prescrito por lei é demonstrado que a responsabilidade estatal só é gerada diante de fatos ilícitos e culposos, e não se configura diante de fatos lícitos como ocorre na teoria da responsabilidade objetiva.

O atual Código Civil disciplina a matéria tratada em seu art.43 da seguinte

forma: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.” Diante dessa nova abordagem legal, fica explícito o tratamento da matéria de modo compatível com a vigente Carta Política.

A matéria é tratada no art. 37, §6º da Constituição com a seguinte dicção: “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.”

O novo Código Civil, como já explicado, em seu art. 43, está em total consonância com a norma constitucional evidenciando que, no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado submete-se à responsabilidade objetiva.

Também no texto da Carta Magna encontra-se o art. 21, XXIII, d, segundo o qual “*a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.*” Essa norma concretiza ainda mais a adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado e fundamenta-se na teoria do risco administrativo. Desse modo, basta a comprovação do fato, dano e nexos causal pelo lesado, ficando a Administração impossibilitada de alegar ausência de culpa em sua defesa. Inclusive, parte da doutrina entende ser a responsabilidade por danos nucleares decorrente da teoria do risco integral e não haver possibilidade de nem mesmo ser alegada alguma excludente de responsabilidade por parte do Poder Público.

No âmbito infraconstitucional existe a lei nº 10.744/2003 que tem em seu objeto a seguinte dicção: “*Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.*” Nessa hipótese, há a assunção da responsabilidade civil da União por atos de terceiros, trazendo hipótese ainda mais abrangente.

Sem pretensão de esgotar o tema, há ainda a lei nº 12.663/2012 que imputa ao governo federal, com fundamento na norma constitucional supracitada, responsabilidade civil objetiva em grandes eventos esportivos realizados no Brasil diante da FIFA e pessoas relacionadas a ela. Nessa hipótese adota-se a teoria do risco administrativo visto que há possibilidade de exclusão da responsabilidade do

Estado nos danos que tenham concorrido a FIFA ou as vítimas.

### *7.1. Análise dos elementos constitucionais da responsabilidade civil do Estado*

Trata a Constituição Federal brasileira a responsabilidade estatal pelo artigo 37, §6º. Aqui, a expressão responsabilidade faz alusão à situação jurídica a que é submetido o Poder Público, em que se deve responder com seu patrimônio por um dano decorrente do exercício de quaisquer de suas funções, seja ela administrativa, jurisdicional ou legislativa. Refere-se à responsabilidade de natureza patrimonial, em âmbito extracontratual, ou seja, quando a obrigação de reparação do Poder Público não decorre de um contrato, atribuída ao Estado ou a quem lhe faça as vezes<sup>12</sup>.

No art. 37, §6, da Carta Política, mesmo que isso não venha a contrariar a doutrina consagrada, há três elementos que merecem especial e detalhada análise para a sua completa interpretação. Eles serão analisados a seguir.

#### 7.1.1 Pessoas Responsáveis

As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos encontram referência explícita na norma constitucional como as duas categorias sujeitas à responsabilização civil objetiva.

No que tange à primeira categoria, ela é integrada pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, as autarquias e as fundações autárquicas. Todos estes entes, que detém personalidade jurídica de direito público, são objetivamente responsáveis.

Na segunda categoria percebe-se uma nítida intenção legislativa de colocar em situação de paridade, em relação à sujeição à responsabilidade civil objetiva, as tradicionais pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas privadas executoras de serviços públicos delegados pelo Estado. Diante do exposto, como os serviços em princípio deveriam ser executados diretamente pelo Estado, mas são delegados a terceiros, faz-se justiça ao impedir que a citada delegação exclua a responsabilidade objetiva estatal ou dificulte a reparação dos prejuízos sofridos

---

<sup>12</sup> LUVIZOTTO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado Legislador. São Paulo: Almedina, 2015, p. 85.

pelos indivíduos.

O enquadramento do que vem a ser entidade privada prestadora de serviço público é difícil devido à imprecisão da conceituação do que vem a ser serviço público e pluralidade de formas de delegação. Todavia, podem, sem maiores dificuldades, ser incluídas nesse conceito as pessoas jurídicas da administração indireta quando prestadoras de serviços públicos e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos previstas no art. 175 da Carta Magna como emissoras de televisão, empresas de energia elétrica, transporte coletivo, dentre outras.

Existe controvérsia doutrinária a respeito da incidência da responsabilidade civil objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos somente em danos ocorridos em desfavor de usuários ou em danos que afetem terceiros também. O posicionamento majoritário estende a responsabilidade objetiva aos não usuários tendo em vista que, se a Constituição Federal não distinguiu as pessoas jurídicas de direito público das pessoas privadas prestadoras de serviço público, não cabe ao intérprete fazê-la. As pessoas de direito privado receberam delegação do Estado para prestação do serviço público, desta forma seria injusto atribuir apenas ao Estado a aplicação da responsabilidade objetiva diante de todos. Por fim, o posicionamento do STF é no sentido de adotar posição ampliativa indo ao encontro da doutrina majoritária.

É importante destacar que para afirmar quais pessoas jurídicas de direito privado enquadram-se no art. 37, §6 da Constituição é necessário identificar se existe um vínculo jurídico de direito público configurando uma delegação estatal. Desse modo algumas pessoas privadas que aparentemente prestem serviços públicos não se inserem na norma constitucional. Como exemplo temos as sociedades religiosas, associação de moradores, dentre outras.

#### 7.1.2 Agentes do Estado

A responsabilidade civil objetiva do Estado decorre de danos causados a terceiros por seus agentes, desde que estejam atuando na condição de agentes públicos, e não em suas atividades particulares.

Cumprido destacar que a expressão “agente” utilizada no dispositivo constitucional possui um alcance bem amplo, não se reduzindo aos servidores

públicos estatutários, mas incluindo também os empregados integrantes das pessoas jurídicas de direito privado, integrantes ou não da administração indireta. Enfim, abrange todas as pessoas incumbidas da realização de alguém serviço público, em caráter permanente ou transitório.

É condição imprescindível para caracterização da responsabilidade objetiva do Estado o fato de o agente, ao praticar o ato danoso, estar atuando na condição de agente público (ou de agente de delegatária de serviço público) no desempenho das atribuições próprias de sua função ou simplesmente agindo como se a tivesse exercendo. Não importa se a atuação do agente foi lícita ou ilícita, o que interessa é exclusivamente ele agir na qualidade de agente público, e não como pessoa comum.

### 7.1.3 A duplicidade de Relações Jurídicas

Há duas relações jurídicas no texto constitucional concernentes à responsabilidade. Elas são a relação entre o Estado e o lesado e a relação entre o Estado, com direito de regresso, e seu agente. O fundamento jurídico desta é a teoria da responsabilidade subjetiva e o fundamento daquela é a teoria da responsabilidade objetiva.

Na primeira o Estado só poderá ressarcir-se da indenização paga ao particular se provar a culpa de seu agente, já na segunda é dispensada a prova de culpa do agente estatal pelo particular.

## 8. Aplicação da responsabilidade objetiva

### 8.1. Pressupostos

A prescindibilidade da demonstração de culpa do agente ou do serviço pelo atingido por conduta do Estado é a característica mais importante da responsabilidade objetiva. Desta forma, a culpa não é considerada como pressuposto da responsabilidade objetiva.

Há três pressupostos configuradores desse tipo de responsabilidade. É necessário haver um *fato administrativo*, que é conduta, comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, singular ou coletiva, atribuída ao poder público. Esse fato caracteriza-se

ainda quando o agente estatal atua fora de suas funções, mas por causa delas. Isso acontece pois o Estado é responsável pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*).

É necessária a ocorrência de um *dano*. Ele pode ser moral (extrapatrimonial) ou material (patrimonial) pois ambos geram o dever de indenizar. O lesado precisa comprovar que a conduta do Estado lhe causou o dano para ter direito à reparação.

Também é indispensável, como último pressuposto, o *nexo causal* entre o fato administrativo e o dano. Isso significa que deve ser demonstrado no caso concreto que o dano causado foi gerado por conduta estatal. Vale lembrar que não há que se falar em dolo ou culpa. Em decorrência disso não é possível a responsabilização do Estado por todo e qualquer dano sofrido pelos administrados, inclusive quando decorrem de fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima.

Devido a isso há na jurisprudência dois casos relativos à culpa exclusiva da vítima e a fato de terceiro que excluem a responsabilidade estatal para exemplificar. O primeiro diz respeito à decisão do STJ em que não resta configurada responsabilidade do Estado em caso de veículo, que depois de registrado, foi apreendido por ter sido furtado. Outro caso de exclusão, agora em decisão do TJ-RJ, ocorreu em hipótese de deslizamento de encosta causado pelas sucessivas escavações das próprias vítimas.

O nexo causalidade é de notória, indispensável e inequívoca importância para surgimento da responsabilidade civil do Estado. Para certeza da compatibilidade da imputação de responsabilidade ao Estado com a norma constitucional, é necessária a indubitável ocorrência do fato imputado à administração (fato administrativo), o dano e sua relação de causalidade com o fato.

Uma vez que estejam presentes os pressupostos da teoria da responsabilidade civil objetiva da Administração, nasce o dever de indenizar a vítima pelo prejuízo sofrido independentemente da investigação de culpa na conduta administrativa. Devido a essa desnecessidade de apuração de culpa, é perfeitamente possível que o Estado seja responsabilizado por decisões lícitas do governo. Como exemplo emblemático disso, há uma decisão do STF condenando a União a responder pelos danos causados por sua intervenção no domínio econômico em decorrência de ter determinado a fixação de preços, no setor sucro-alcooleiro, em patamar inferior aos estabelecidos por autarquia vinculada à própria União (o Instituto Nacional do Açúcar e do Alcool), o que, logicamente, gerou

grandes danos. De acordo com o Pretório Excelso, embora legítima a intervenção estatal, há limites para sua execução, principalmente em decorrência do princípio constitucional da liberdade de iniciativa consagrado no art. 170 da Constituição. Isso demonstra que embora a conduta fosse lícita, estavam presentes os pressupostos de configuração da responsabilidade civil objetiva do Estado, fato que obrigou a União a indenizar os agentes que sofreram prejuízos.

Outra decisão do STF relacionada ao tema que merece ser destacada trata-se de julgamento pela Corte procedente à pretensão de empresa de aviação contra a União. Nela havia pedido de indenização por prejuízos sofridos pela empresa em decorrência da implementação do chamado “Plano Cruzado”. Mesmo considerando que a implementação do plano decorreu de uma lei econômica constitucional, entendeu-se que fora ferida cláusula contratual de concessão na qual se estabelecia a correspondência entre tarifas e o custo do serviço. É mais um típico caso de condenação do Estado a indenizar com base na teoria da responsabilidade civil objetiva por atos lícitos.

## *8.2. Participação do Lesado*

É evidente que a teoria da responsabilidade civil objetiva não obriga o Estado a indenizar em razão de qualquer fato que venha a acontecer com a vítima independente da participação dela ou participação de terceiro. Se assim não fosse, estar-se-ia a adotar a absurda e desproporcional Teoria do Risco Integral.

A observância do comportamento do lesado pelo dano estatal é importante para verificação da incidência ou não da responsabilidade da Administração.

É necessário esclarecer que se a vítima não tem nenhuma participação na causa do dano estatal que lhe atingiu, apenas o Estado que deve responder civilmente e reparar os prejuízos.

Contudo, há a possibilidade de a vítima ter contribuído totalmente ou parcialmente para ocorrência de seu dano. Na primeira hipótese não há responsabilidade do Estado diante da ausência de fato administrativo e do nexo de causalidade. É à própria vítima que deve ser atribuído integralmente o efeito danoso. Trata-se de exemplo de culpa exclusiva da vítima.

Caso o lesado participe da conduta estatal contribuindo para o dano

caracteriza-se exemplo de culpa concorrente da vítima. Dessa forma, é injusto que a Administração responda civilmente sozinha pelos prejuízos. A indenização será reduzida de modo proporcional à extensão da concorrência da vítima para com o resultado. Trata-se de sistema do direito privado denominado compensação de culpas. Como exemplo, temos o caso julgado pelo TJ-RJ em que dois veículos colidiram em um cruzamento devido a um defeito no semáforo. Nesse caso ficou comprovado que ambos os veículos trafegavam em velocidade incompatível com a regulamentação de trânsito e o Estado foi condenado a indenizar metade dos danos.

O sistema de compensação de culpas e suas consequências no dever indenizatório são largamente reconhecidos pela jurisprudência. O TJ-RJ num caso de construção irregular numa encosta de colina, no qual o imóvel fora destruído por fortes chuvas, comprovada a culpa concorrente do município, decidiu que *há partilha de responsabilidade e, por consequência óbvia, nos danos a compor, reduzindo-se a imposição do ressarcimento dos danos apurados.*

A culpa civil recíproca é disciplinada no Código Civil em seu art. 945, da seguinte maneira: “*Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.*” Essa regra positiva tese que anteriormente derivava de construção jurisprudencial e doutrinária. Diante do exposto, consolida-se a solução dada aos casos de responsabilidade civil objetiva do Estado em concorrência com a vítima em seu próprio dano.

### 8.3. Fatos Imprevisíveis

É comum o sofrimento por parte das pessoas de danos causados em razão de fatos imprevisíveis que ocorrem sem que os indivíduos possam esperá-los e ter condições de lidar com eles buscando evitar ou diminuir os prejuízos causados que, às vezes, são grandes.

A doutrina se refere aos fatos imprevisíveis como *força maior* e *caso fortuito*. A distinção entre essas duas categorias, apesar de causar grande divergência doutrinária, reputa-se dispensável e sem relevância prática para a análise de nossa temática e eles serão tratados como sinônimos. A força maior é por muitos associada aos acontecimentos causados pela vontade do homem, já o caso fortuito

é relacionado constantemente aos eventos produzidos pela natureza. Contudo, há doutrinadores que dão definição exatamente oposta a essa. Existe, inclusive, quem advogue que caso fortuito trata-se de acidente não excludente da responsabilidade estatal.

Esses fatos têm grande relevância no que concerne à responsabilidade do Estado. A primeira consideração a ser feita é que esses fatos gozam do caráter de imprevisibilidade. Isso quer dizer que suas ocorrências ultrapassam o âmbito normal de prevenção que devem ter as pessoas.

A segunda consideração relevante está na exclusão da responsabilidade da Administração em caso do acontecimento desses fatos imprevisíveis. Tendo em vista que os pressupostos da responsabilidade objetiva, já explicados, são o fato administrativo, o dano e o nexo causal, há de ser considerado que nas situações de caso fortuito ou força maior não há ocorrência de fato imputável ao Estado nem de atuação de agente estatal. Conseqüentemente, é inexistente o nexo de causalidade entre ação do Estado e dano sofrido pela vítima. Isso posto, não há que se falar em responsabilidade do Estado causada por fatos imprevisíveis pois eles são justamente excludentes de responsabilidade.

É necessário, entretanto a observância de uma cautela ao lidar com a excludente de responsabilidade estatal diante de casos imprevisíveis. Trata-se da possibilidade de haver uma concausa. Ela resta configurada quando o dano é gerado pelo evento imprevisível e uma ação ou omissão culposa imputada ao Estado. Nesse caso não há exclusão da responsabilidade, pelo contrário, o Estado responde civilmente e deve reparar o dano. Contudo, essa responsabilidade é mitigada e a reparação é proporcional à participação do Estado para ocorrência do dano por respeito à equidade.

A incidência da responsabilidade civil da Administração em fatos de terceiros é similar à relacionada aos fatos imprevisíveis. Caso não haja omissão imputada ao Estado, ele não poderá ser responsabilizado civilmente por atos de terceiros. A Administração só se submete à responsabilidade civil e a devida reparação dos prejuízos causados à vítima caso fique caracterizada uma omissão estatal conjuntamente responsável com fato de terceiro pela ocorrência do dano. Exemplificando, há os casos de furtos e assaltos à mão armada em transportes coletivos ou na via pública. A concessionária de transporte só será responsabilizada caso exista prova da culpa, inclusive pois ela própria também é lesada e não só os

passageiros. Nesse sentido tem decidido o STF e STJ.

#### *8.4. Atos de Multidões*

Os denominados atos de multidões são corriqueiros mundialmente e ocorrem quando várias pessoas agrupadas dirigem sua fúria a bens particulares, geralmente em casos de protestos. Consequentemente, há prejuízos sofridos pelos indivíduos devido a atos causadores de danos praticados por esses grupos de pessoas. Esses atos repercutem na responsabilidade civil do Estado.

Modernamente admite-se que esses danos causados por atos de multidões aos indivíduos são equivalentes a atos de terceiros e não geram responsabilidade civil estatal.

Nesses casos não estão previstos os pressupostos da responsabilidade civil objetiva do Estado devido à ausência de conduta administrativa, nexo causal e o dano. É impossível a atribuição da responsabilidade pelos atos de multidões a qualquer ação ou omissão estatal devido ao inusitado e rapidez dos acontecimentos.

Contudo, há certas situações nas quais é evidente a omissão estatal pois haveria possibilidade de sua atuação para garantia do patrimônio privado e contenção dos danos provocados pela multidão. Há clara conduta omissiva e nexo de causalidade entre ela e os danos e, a partir disso, configura-se a responsabilidade civil do Estado. Nessa situação fica comprovada a omissão culposa da Administração. Isso que tem prevalecido na jurisprudência.

Como exemplo, se num local onde há vasto comércio se aproximar um grupo com demonstração de evidente intenção de hostilidade. Os órgãos da segurança pública tiverem sido previamente avisados a tempo e ainda não tiverem comparecido com seus agentes, há qualificação da conduta do Poder Público como omissiva culposa e, dessa forma, o Estado deve responder pelos danos causados pelos atos multitudinários. Entretanto, também em atenção à equidade, a indenização deverá ser proporcional à culpa do Estado.

#### *8.5. Danos de Obra Pública*

O Estado pode ser responsabilizado por danos oriundos de obras públicas e esse tema apresenta intensa controvérsia jurisprudencial e doutrinária. Há hipóteses diferentes de danos provados por obras do Estado ensejadoras de responsabilidades diversas.

O dano pode ser provocado pelo só fato da obra. Isso ocorre quando por razão natural ou imprevisível e sem culpa imputada a ninguém, a obra causa dano a algum indivíduo. Diante dessa ocorrência, não restam dúvidas que é caso de responsabilidade objetiva do Estado, seja a obra executada diretamente por ele ou por terceiro, pois se fazem presentes os três pressupostos de sua configuração. É importante destacar que a conduta estatal não é ilícita, entretanto, a responsabilidade decorre da própria Teoria do Risco Administrativo.

Também pode haver o dano cometido exclusivamente por culpa de um empreiteiro executor da obra que a este foi cometida pelo Estado decorrente de contrato administrativo.

Nesse caso a responsabilidade do terceiro resulta da responsabilidade subjetiva comum de direito privado tendo em vista que o cumprimento do contrato é por sua conta e risco. Apenas o empreiteiro deve ser demandado com a impossibilidade de participação do Estado no processo. Todavia, o Estado pode vir a responder subsidiariamente, o que significa dizer que se o executor não reparar os prejuízos que causou à vítima, resta configurada a responsabilidade do Poder Público.

Existe ainda uma terceira possibilidade na qual tanto a empreiteira quanto o Estado (este por omissão) tenham concorrido para causar o dano. Conseqüentemente, ambos devem responder primariamente e solidariamente e podem ser demandados juntos na ação de reparação de danos ajuizada pelo lesado.

#### *8.6. Responsabilidade Primária e Subsidiária*

A Administração pode sofrer a incidência da responsabilidade civil de forma primária ou subsidiária. Naquela o Poder Público tem a responsabilidade por algum ato de seus agentes públicos, que atue em nome da União, do Estado, do Distrito Federal, do Município, de autarquia ou de fundação autárquica, atribuída

diretamente a ele. Por outro lado, nessa, para sua configuração, é necessário que o responsável primário não tenha tido condições de reparar o dano causado por ele.

Há situações em que o Estado tem uma relação jurídica de vinculação com outras pessoas jurídicas, essa relação possui formas jurídicas variadas. Vinculam-se ao Estado as pessoas da Administração Indireta, as delegatárias de serviços públicos (concessionárias e permissionárias de serviços públicos) e sociedades empresárias incumbidas da realização de obras e serviços públicos por força de vínculo contratual administrativo.

Como regra, nas situações supramencionadas, a responsável primária é a entidade a que pertence o agente causador do dano. Porém, apesar de a responsabilidade não ser atribuída diretamente ao Estado, ele não se exime integralmente da possibilidade de reparação dos prejuízos. Contudo, essa responsabilidade é do tipo subsidiária, o que significa dizer que, para existir, deve haver uma impossibilidade de o responsável primário cumprir a sua obrigação.

É necessário ser destacado o fato de alguns autores entenderem que a Administração possui responsabilidade solidária por danos causados por pessoas jurídicas de direito privado delegatárias de serviço público. Não obstante, o posicionamento doutrinário majoritário é no sentido de que o Estado não é segurador universal de todos os danos causados aos administrados e é necessária a construção de uma situação jurídica na qual o Poder Público haja, ao menos, concorrido com a pessoa privada para ocorrência do resultado danoso para que possa ser responsabilizado solidariamente (isso ocorre geralmente por negligência e omissão administrativa). Por outro lado, se é caso de culpa exclusiva da sociedade empresária prestadora do serviço público, deve-se manter com ela a imputação da responsabilidade primária e o Poder Público só pode ser demandado de forma subsidiária.

### *8.7. Conduitas Omissivas*

Quando a conduta estatal é comissiva, os danos podem ser gerados por culpa do agente público ou não. Nos dois casos a responsabilidade civil incidente é do tipo objetiva, desde que presentes os seus pressupostos.

Nos casos de omissão do Poder Público, em regra, existe a necessidade da

presença do elemento culpa para a responsabilização do Estado. Isso significa dizer que nas hipóteses de danos provocados por condutas omissivas da Administração Pública, a sua responsabilidade civil passa ser do tipo subjetiva, na modalidade culpa administrativa. Nessas situações o lesado, para ter direito à reparação de seus prejuízos, necessita provar a culpa do Estado.

A culpa administrativa surge do descumprimento de um dever legal, atribuído ao Estado, de impedimento da ocorrência do dano. Ela decorre de falta no serviço que o Estado tinha a obrigação de prestar, abrangendo a inexistência, deficiência ou o atraso do serviço, que caso houvesse sido prestado suficientemente o dano não teria ocorrido.

A referida culpa administrativa não precisa ser individualizada, ou seja, não precisa estar caracterizada a negligência, imprudência ou imperícia de um agente público específico. É suficiente que a vítima prove o nexo de causalidade entre o dano e a omissão estatal.

A responsabilidade civil subjetiva do Estado usualmente decorre de situações em que há dano a um particular por atos de terceiros que não são agentes públicos ou fenômenos da natureza. Para exemplificar, são situações nas quais ocorrem enchentes, vendavais, ou destruição de bens de particulares por atos de multidões e delinquentes.

No caso de uma enchente que provocasse intensos danos na residência de um indivíduo, para que ele tivesse direito a responsabilizar o Estado civilmente seria necessária a comprovação, por exemplo, que os bueiros e as galerias pluviais, cuja manutenção fosse dever da Administração, estivessem entupidos. Nessa situação descrita, o dano foi causado por um evento da natureza que pode ser atribuído à força maior ou a caso fortuito, portanto para que parte da responsabilidade possa ser atribuída ao Estado, na devida proporção de sua responsabilidade, é imprescindível a comprovação da culpa administrativa. Tal culpa é caracterizada pela ausência ou deficiência no serviço de manutenção, que concorreu como concausa com o evento da natureza para o dano causado ao patrimônio do particular. Faz-se importante ressaltar novamente que é desnecessária a comprovação de quem foi o agente público responsável pela omissão.

Também é importante destacar que quando o dano decorre exclusivamente de ato de terceiro, fenômenos da natureza ou culpa exclusiva da vítima, sem qualquer omissão culposa estatal, não há que se falar em responsabilidade civil deste.

A teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, em regra, não se aplica aos casos de condutas omissivas por parte deste. Este é o entendimento prevalecente na doutrina e jurisprudência dominantes<sup>13</sup>.

Não obstante, necessita ser pontuado que atos omissivos estatais serão capazes de ensejar responsabilidade civil objetiva consagrada nos termos do art. 37, §6 da Carta Política em algumas situações específicas que vem sendo aceitas pela jurisprudência.

De acordo com jurisprudência do Pretório Excelso, há situações nas quais o Poder Público tem o dever legal de garantir a integridade de pessoas ou coisas que estejam sob a sua proteção direta, como, por exemplo, presidiários e internados em hospitais públicos, ou a ele ligadas por alguma condição específica, como estudantes de escolas públicas. Nessas situações o Estado responderá civilmente por danos ocorridos a essas pessoas ou coisas, com base na teoria da responsabilidade civil objetiva, mesmo que os danos não tenham sido diretamente causados por atuação de seus agentes. Esta é uma excepcionalidade em que configura-se a responsabilidade objetiva do Estado pela sua omissão no dever de custódia de pessoas ou coisas.

Para exemplificar, pode-se citar um caso de um presidiário que seja assassinado por outro detento dentro do estabelecimento prisional ou um aluno de escola pública que seja agredido no horário de aula por outro aluno ou por pessoa estranha à escola. Nos dois exemplos a responsabilidade civil do Poder Público incidente no caso é do tipo objetiva. Isso ocorre independentemente da não ocorrência de uma conduta comissiva, mas de uma omissiva.

Segundo a doutrina, a responsabilidade civil objetiva nesses casos decorre de uma omissão específica do Estado, que possibilitou a ocorrência do dano, a qual, para efeito de responsabilidade civil, equipara-se à conduta comissiva.

A omissão específica, ensejadora da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, é diferente de omissão genérica, que gera a responsabilidade subjetiva.

Cumprido ressaltar que a omissão específica está presente, usualmente, quando há particulares sob a custódia do Estado. Nesses casos a responsabilidade civil da Administração, como já mencionado, é do tipo objetiva, na modalidade risco administrativo.

---

<sup>13</sup> LUVIZOTTO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado Legislador. São Paulo: Almedina, 2015, p. 93.

Nos demais casos de condutas comissivas onde não há particulares sob a custódia do Estado, a omissão estatal é genérica e enseja a responsabilidade civil subjetiva da Administração, na modalidade culpa administrativa. Cabe ao lesado provar a culpa do Estado na omissão.

## CAPÍTULO II – A OMISSÃO DO ESTADO

### 1. Introdução

Os dispositivos legais que regem a responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes mencionam expressamente a ideia de “culpa” (artigos 43 do Código Civil e 37, §6º da Constituição Federal)<sup>14</sup>, que tem relação com o “ato ilícito” que é tratado pela Parte Geral do Código Civil<sup>15</sup>. Não fosse só isso, as relações indenizatórias têm como seu substrato uma relação jurídica obrigacional, que tem sua estrutura jurídica delimitada pela Parte Geral do Código Civil<sup>16</sup>. Desta forma, não há como se estudar o dever jurídico de um ente público a pagar indenização por danos causados por seus agentes sem que antes se apresente lições a respeito do dever de indenizar decorrentes de normas previstas no Código Civil.

Ademais, apesar de existir um fator de atribuição da responsabilidade civil aplicável exclusivamente aos danos decorrentes pelos atos envolvidos na prestação de serviço público (já referidos artigos 37, §6º da Constituição Federal e 43 do Código Civil), não há dúvidas que outros fundamentos normativos não direcionados exclusivamente ao Estado podem também ser invocados para uma possível condenação do ente público. Por exemplo, o fator de atribuição ligado ao defeito do produto ou serviço, previsto no Código de Defesa do Consumidor<sup>17</sup>, ou a responsabilidade por fatos de animais que está no Código Civil<sup>18</sup>. Esta é mais uma

---

<sup>14</sup> O artigos 43 do Código Civil estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. O §6º do artigo 37 da Constituição Federal estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”

<sup>15</sup> O artigo 186 do Código Civil estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

<sup>16</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 130.

<sup>17</sup> O Código de Defesa do Consumidor, em seu 3º, deixa claro que pessoas jurídicas de direito público podem ser consideradas fornecedoras quando são remuneradas pelos serviços por ela prestados, o que atrai a responsabilidade objetiva por acidentes decorrentes de defeito desses serviços, conforme artigo 13 daquele Código.

<sup>18</sup> O artigo 936 do Código Civil estabelece que “o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

razão pela qual não há como se dissociar o estudo da responsabilidade civil do Estado da teoria geral de tal disciplina baseada no Código Civil.

Assim, torna-se imprescindível o diálogo entre a doutrina civilista e administrativista a respeito da responsabilidade por danos. A partir disto pode-se descrever os pressupostos do dever de indenizar aplicados aos entes públicos em razão de danos decorrentes de atividade extracontratual administrativa. Então será adequado analisar os critérios dogmáticos para quantificação das compensações por danos morais impostas ao Estado.

## 2. Fatores de atribuição da responsabilidade civil do Estado

A teoria geral da responsabilidade civil tradicionalmente afirma que a responsabilidade (dever de indenizar) é um dever secundário decorrente da violação de uma obrigação originária. Assim, toda indenização por danos teria como pressuposto um ato ilícito (violação voluntária a dever jurídico).

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. (...) Tem-se, aí, um dever jurídico ordinário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação de dano. É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. (...) Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico<sup>19</sup>.

Nesta mesma esteira afirma Carlos Roberto Gonçalves que “não se confundem obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”<sup>20</sup>.

Este entendimento decorre do apego ao modelo liberal/iluminista iniciado nas legislações civis pelo Código Civil francês de 1804 e retratado no Código Civil brasileiro de 1916, que baseava a imposição de obrigações pelo Estado no

---

<sup>19</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 02.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4, p. 20

racionalismo (autonomia da vontade). Naquele caldo cultural não era admitido o dever de indenizar sem um ato de vontade livre do sujeito, contrário aos deveres gerais de cautela e que violasse direito de outrem<sup>21</sup>. Assim, até mesmo em relação ao dever de indenizar danos imputado ao Estado afirmava-se que o ilícito (prévia violação voluntária a dever jurídico) é imprescindível<sup>22</sup>.

Este apego à teoria tradicional civilista da responsabilidade civil, que traz a ilicitude como pressuposto indispensável do dever de indenizar, levou a doutrina administrativista a defender que os requisitos para condenações por danos do Estado seriam outros.

Neste caminho inicialmente afirmou-se que a ilicitude no campo do Direito Administrativo prescindiria da análise da culpa do servidor público envolvido na atividade danosa<sup>23</sup>.

No Brasil afirma-se que a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 20.372, de 1958<sup>24</sup>, adotou-se tal “falta do serviço” ou “culpa administrativa” como fator de atribuição da responsabilidade civil do Estado. Ainda com o intuito de promover melhores possibilidades de reparo aos danos causados pela atividade estatal há quem afirme que a responsabilidade do Estado teria abandonado seus fundamentos civis para, então, prescindir totalmente da análise da culpa (seja culpa individual do agente ou culpa administrativa)<sup>25</sup>. Isso principalmente a partir da Constituição Federal de 1946, e atualmente nos termos do §6º do artigo 37 da Lei Maior.

Tal forma de encarar o tema levaria à conclusão de que os pressupostos da responsabilidade civil do Estado seriam diferentes daqueles aplicáveis a outras hipóteses de reparar danos, pois enquanto para o Direito Civil o dever de indenizar sempre decorreria do ilícito, no Direito Administrativo este mecanismo estaria superado. Ensina-se a respeito que:

---

<sup>21</sup> A respeito da moldura iluminista/moderna do direito civil clássico e sua influência à tutela reparatória de danos cita-se texto anteriormente publicado: ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 21-56.

<sup>22</sup> FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por danos moral e patrimonial*. Campinas: Servanda, 2006, p. 296.

<sup>23</sup> GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 195

<sup>24</sup> A decisão foi assim ementada: “Responsabilidade civil do Estado – Culpa administrativa – Risco. Responde o Estado pelos danos decorrentes da negligência ou do mau aparelhamento do serviço público”.

<sup>25</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 172

Nessa teoria, a caracterização fica condicionada à comprovação de três elementos: a conduta estatal, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Aqui não há exigência de se demonstrar o elemento subjetivo; não se fala em culpa ou dolo.

Na responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar incumbe ao Estado em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Caso o Administrador pratique condutas ilícitas, a indenização deve acontecer, e o fundamento é o princípio da legalidade.

De outro lado, nas condutas lícitas, como, por exemplo, construir um cemitério ou um presídio, ações estatais com as quais toda a sociedade será beneficiada, mas os administrados do entorno terão sérios prejuízos com a obra não é justo que, enquanto todos ganham, um administrado tenha considerável prejuízo e arque com o ônus dessa obra. Esse fato viola o princípio da isonomia e, para restabelecer o equilíbrio da relação, o Estado, com o dinheiro público (em tese do povo, que é no caso o beneficiário), deve indenizar os prejuízos sofridos por esse particular. Assim, o princípio da isonomia é grande fundamento da responsabilidade civil na teoria objetiva com condutas lícitas<sup>26</sup>.

Basta o nexo de causalidade entre o dano e seu causador. O Estado indeniza os danos que ele causou, salvo prova de que a vítima concorreu para que o evento ocorresse, sem que o Estado tivesse qualquer participação ou que este não surgiu por comportamento do Estado. Não é preciso haver mais ato ilícito<sup>27</sup>.

Este tratamento diferenciado da responsabilidade civil do Estado em relação àquela aplicada aos danos causados por particulares não tem mais razão existir. A partir do reconhecimento de que os valores iluministas nunca se fizeram valer por completo na sociedade brasileira, passou-se a relativizar a necessidade do ilícito como pressuposto do dever de indenizar danos em quaisquer situações, envolvendo ou não o Estado. Inicialmente a jurisprudência passou a reconhecer hipóteses de presunção de culpa (por exemplo a antiga Súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal)<sup>28</sup>, bem como surgiram leis prevendo deveres de reparar danos independentemente de culpa<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 965.

<sup>27</sup> FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por danos moral e patrimonial*. Campinas: Servanda, 2006, p. 284

<sup>28</sup> Em 1963 o STF sumulou o entendimento de que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Atualmente não se discute a culpa em ações de indenização

Atualmente o Código Civil de 2002 deixou definitivamente claro que a ilicitude não é imprescindível para que surja o dever de reparar danos. Isso se confirma até mesmo pela localização dos artigos 186 e 187 (que conceituam ato ilícito) e do artigo 927 (que dá a regra geral sobre responsabilidade civil).

Os artigos 186 e 187 positivam o conceito de ato ilícito: conduta comissiva ou omissiva voluntária (praticado por alguém imputável) e contrária ao direito (violador de dever jurídico preexistente) por culpa (violação a dever de cuidado), por dolo (violação intencional de norma jurídica), ou por abuso de direito (violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva, dos fins econômicos ou sociais ou dos bons costumes). Neste sentido, afirma-se que os atos ilícitos “se concretizam em procedimentos em desconformidade com o ordenamento legal, ou ao arrepio dele, violando um mandamento ou uma proibição do direito”<sup>30</sup>.

Cumpram aqui ressaltar que, diferentemente do que ocorria no revogado Código Civil de 1916, *o artigo que atualmente conceitua ato ilícito não fala em nenhum momento em dever de reparar o dano*<sup>31</sup>.

Não fosse só isso, a conceituação de ato ilícito está colocada na Parte Geral do Código, dedicada, grosso modo, às regras a respeito da teoria geral da relação jurídica. Já na Parte Especial, onde são apresentadas regras específicas sobre as diferentes possibilidades de relações jurídicas (obrigacionais, de posse e propriedade, relações parentais, matrimoniais, e decorrentes de sucessão hereditária) vem o trecho do Código que trata especificamente da responsabilidade civil, iniciando-se pelo citado artigo 927.

Assim, a tradicional descrição da relação jurídica para indenizar danos contida em clássicos manuais de Direito Civil, e que fundamenta a conexão entre os pressupostos do dever de indenizar em geral em relação àqueles aplicáveis ao Estado, não mais encontra fundamento legal.

---

dirigidas ao empregador por danos causados pelo empregado, de forma que não mais há que se falar em presunção de culpa (inversão do ônus da prova), conforme artigos 933 e 944 do Código Civil de 2002.

<sup>29</sup> O Código Civil de 2002 é repleto de hipóteses legais de imposição do dever de indenizar danos independentemente de culpa (exemplos: segunda parte do parágrafo único do artigo 927, art. 931, art. 933 etc.). Outras leis também assim determinaram, como por exemplo: artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, art. 246 do Código de Aeronáutica (Lei nº 7565/86), art. 14, §1º da Lei nº 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) etc.

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

<sup>31</sup> Lembre-se que o artigo 159 do Código Civil de 1916 finalizava com a expressão “fica obrigado a reparar o dano”. O artigo 186 do Código Civil de 2002 não menciona em momento algum o dever de reparar dano.

Dito isso, cumpre brevemente relatar que hodiernamente a doutrina civilista tem apontado, com algumas variações, como pressupostos do dever de indenizar<sup>32</sup>: (i) o dano injusto<sup>33</sup>, (ii) o nexo de imputação (também chamado de fator de atribuição)<sup>34</sup> e (iii) o nexo de causalidade.

Assim, de acordo com a teoria contemporânea da responsabilidade civil, deve-se perquirir qual o fator de atribuição (ou nexo de imputação) que justifique a imputação do dever de reparar danos ao Erário.

Quanto ao ente público causador de danos, costuma-se afirmar que “o Estado responde desde que o serviço público a) não funcione, quando deveria funcionar; b) funcione atrasado; ou c) funcione mal”<sup>35</sup>.

Sendo assim, pode-se afirmar que o fator de atribuição decorrente do §6º do artigo 37 da Constituição Federal é a realização do serviço público de forma inadequada que vem a causar danos. Quando há esta má prestação do serviço público questiona-se apenas se a Administração tinha condições reais de realizá-lo de forma mais adequada. Não há como se afirmar que basta a constatação de um dano com ligação causal à ação administrativa, pois há várias situações em que atos públicos claramente danosos não geram dever de indenizar ao Erário, pois não são antijurídicos. Cita-se, por exemplo, a ausência de responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de prisão cautelar de alguém que posteriormente é absolvido. Fica clara, portanto, a necessidade de uma má prestação de serviço público ligada ao dano.

A prestação dos 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 preservar a atividade. Caso o serviço esteja dentro do padrão normal, o esperado, o possível, não há que se falar em responsabilidade para o Estado. O padrão normal não tem definição legal; depende de uma apuração no meio social, no estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 129

<sup>33</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179

<sup>34</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 129

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 715.

<sup>36</sup> MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 974.

Ocorre que mesmo atividades perfeitas podem gerar dever de indenizar ao Estado, se causarem danos anormais a alguns em favor de toda a sociedade.

Segundo alguns doutrinadores, o Estado só responde objetivamente se o dano decorrer de ato antijurídico, o que deve ser entendido em seus devidos termos. Ato antijurídico não pode ser entendido, para esse fim, como ato ilícito, pois é evidente que a licitude ou ilicitude do ato é irrelevante para fins de responsabilidade objetiva; caso contrário, danos decorrentes de obra pública, por exemplo, ainda que licitamente realizada, não seriam indenizados pelo Estado. Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico<sup>37</sup>.

Para estas situações ensina-se que “a responsabilidade estatal por atos lesivos ao patrimônio de alguns na ideia geral de que o sobrevalor social não pode assentar-se sobre o desvalor de alguns”<sup>38</sup>, de forma que “quando o ato estatal é lícito, o fundamento está na igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. Sendo o ato ilícito, é a violação ao princípio da legalidade seu fundamento”.

Assim, o nexo de imputação para a responsabilidade civil do Estado é a má prestação do serviço público segundo as possibilidades ou a causação de um dano anormal a alguns em favor de toda a coletividade.

Em nenhuma das hipóteses perquire-se a respeito da culpa do agente público envolvido na situação danosa. Fica, portanto, completamente afastada a ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil do Estado quando baseada no artigo 37, §6º da Constituição Federal.

3. Possível superação da discussão sobre o fundamento da responsabilidade civil do Estado por ação e por omissão na prestação de serviços públicos.

---

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 713

<sup>38</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 116.

Quando descrevemos a possibilidade de fundamentação de condenações por danos imposta ao Estado conforme ideias contemporâneas a respeito da responsabilidade civil, vale agora tratar rapidamente da influência disto às imputações do dever de indenizar pela omissão na prestação de serviço público, o que passa pela discussão a respeito do nexo de causalidade.

De acordo com a teoria tradicional da responsabilidade civil, muito apegada à ideia de punição pela prática de um ato voluntário violador de direito pelo agente causador do dano (ato ilícito), costuma-se afirmar que nas hipóteses de força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima estaria ausente o nexo de causalidade<sup>39</sup>, pois haveria excludente de responsabilidade civil. Nesta esteira, a discussão sobre prova do nexo de causalidade (ligação de causa e efeito entre o ato do agente público e o dano) mostrava-se muito importante nas ações de indenização ajuizadas em face do Estado, principalmente quando se alega que o dano decorre de uma omissão na prestação do serviço público. Em outras palavras: discutia-se se havia prova de ligação causal entre uma omissão específica do ente público e o dano reclamado. Neste sentido, “a obrigação de reparar os danos só ocorrerá se puder considerar este como consequência do fato gerador. Necessário um prognóstico a fim de esclarecer se o dano é consequência previsível do fato. Dada a imprevisibilidade do danos, a causalidade fica excluída”<sup>40</sup>.

Sobre o tema afirma-se que a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 130.764-1, ocorrido em 12 de maio de 1992, passou-se a adotar no Brasil a teoria do dano direto e imediato para a responsabilidade civil do Estado por omissão. Nesta perspectiva, afirma Maria Sylvania Zanella Di Pietro que, “ainda quanto à responsabilidade do Estado por omissão, o Supremo Tribunal Federal vinha exigindo, para a caracterização do nexo de causalidade, a teoria do dano direto e imediato”<sup>41</sup>.

Costuma-se chamar de “teoria do risco administrativo” esta forma de encarar a imputação de responsabilidade civil do Estado: possibilidade de afastamento do dever de indenizar pelo ente público quando há interrupção do nexo de causalidade.

---

<sup>39</sup> GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 197. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 713.

<sup>40</sup> FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por danos moral e patrimonial*. Campinas: Servanda, 2006, p. 296.

<sup>41</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 717.

Contudo, comumente distinguem-se hipóteses de risco administrativo de hipóteses de risco integral<sup>42</sup>.

Apesar de a maioria da doutrina não fazer distinção, alguns doutrinadores dividem a teoria objetiva em duas modalidades: a do risco administrativo, que admite causas excludentes da responsabilidade do Estado, no caso de culpa da vítima, de terceiros ou força maior, e a do risco integral, que não admite excludente. A diferença entre as duas teorias está, portanto, na admissão ou não de causas que excluem de responsabilidade o Estado e que, portanto, isentam ou não o Estado da obrigação de indenizar<sup>43</sup>.

Observe-se ainda que, apesar de a teoria do risco administrativo ser a regra no país, excepcionalmente alguns autores (posição minoritária) admitem que a Constituição acolhe a teoria do risco integral, quando tratar-se de dano decorrente de material bélico, substâncias nucleares e dano ambiental<sup>44</sup>.

Não há um dispositivo legal ou constitucional que trate da distinção entre “risco administrativo” e “risco integral”. A distinção decorre da necessidade de explicar hipóteses de imputação de dever de indenizar ao Estado que não se enquadram na tradicional forma de se descrever a teoria geral da responsabilidade civil (baseada em alguma ilicitude).

Contudo, caso se trate a ilicitude como apenas um dos inúmeros fatores de atribuição do dever de indenizar, e caso se reconheça que o nexo de imputação da responsabilidade civil do Estado decorrente do §6º do artigo 37 da Carta Magna não implica ilicitude, mas sim, a má prestação do serviço público conforme as possibilidades do caso concreto ou o dano anormal, a discussão sobre nexo de causalidade como matéria de prova nas ações de indenização perde a importância.

Da mesma forma, a superação da teoria tradicional da responsabilidade civil, com o conseqüente desapego à dicotomia responsabilidade subjetiva (baseada na ilicitude/conduita culposa) e objetiva, faz tornar-se inócua a já tradicional celeuma existente nas discussões sobre o dever do Estado a reparar danos por condutas omissivas<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 117-121

<sup>43</sup> FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por danos moral e patrimonial*. Campinas: Servanda, 2006, p. 284.

<sup>44</sup> MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 983.

<sup>45</sup> A respeito costuma afirmar a doutrina administrativista que “existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, §6º da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a

Isso porque, ao se imputar o dever de reparar danos ao Estado sempre que houver má prestação de serviço conforme as possibilidades fáticas ou dano anormal, abdica-se da discussão sobre existência ou não de culpa do agente público quando o prejuízo decorre de omissão na prestação de um serviço público. Em outras palavras, a prova da ligação de causa e efeito entre alguma conduta (ativa ou omissiva) estatal e o dano torna-se menos importante. Para que exista o dever de indenizar do ente público basta que o dano esteja inserido no âmbito de proteção da norma jurídica de base para nexo de imputação (ou fator de atribuição) adotado: má prestação do serviço público ou dano anormal geral pelo serviço público. Caso o dano esteja ligado a uma dessas situações a eventual alegação de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro é impertinente e a responsabilidade civil será imputada ao ente público. Cita-se como exemplo a condenação do ente público imposta pelo Supremo Tribunal Federal em razão de menor ter sofrido danos causados por outro aluno no interior de escola pública sem qualquer ligação causal com ações ou omissões dos agentes públicos envolvidos.

Nota-se, então, que cada vez mais se relativiza a necessidade de prova do nexo de causalidade nas ações de reparação por danos. No que diz respeito às condenações impostas ao Estado tal afirmação é impactante nos processos em que se discutem danos pretensamente decorrentes da omissão na prestação de serviços públicos. Isso porque se torna despicienda a discussão sobre a ligação causal do dano com alguma “omissão específica” (que para alguns seria culposa). Basta que o dano esteja incluído no âmbito de atuação de uma má-prestação de serviço público (mesmo que por omissão).

#### 4. O dano indenizável e a responsabilidade civil do Estado

Uma vez analisados o nexo de imputação aplicável ao Estado e a consequência para a análise da causalidade, principalmente quando se tratam de danos decorrentes da omissão na prestação de um serviço público, cumpre, agora, tratar do dano como pressuposto do dever de indenizar do ente público.

Talvez o mais importante pressuposto da responsabilidade civil seja o dano. Isso porque sem a violação a interesse juridicamente relevante (dano) não há que se falar em dever de indenizar<sup>46</sup>, mesmo que esteja presente o fator de atribuição<sup>47</sup>.

No Código Civil existem alguns dispositivos legais que dão balizamentos para o cálculo do valor a reparar danos materiais<sup>48</sup>, especialmente nos artigos 944 a 954. Tais regras deixam claro que vale no Brasil o princípio de que a partir de uma situação danosa que merece reparação o valor da condenação será decorrente da exata extensão dos danos comprovados, nada a mais.

Há ainda a possibilidade de redução do valor da indenização nos casos do parágrafo único do artigo 928<sup>49</sup> e parágrafo único do artigo 944, quando a vítima receberá reparação inferior à extensão comprovada dos danos materiais.

Quanto ao dano extrapatrimonial, se perfaz diante de agressões a direitos da personalidade”, que “o que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo, e que a expressão dano extrapatrimonial abrange, fundamentalmente, os prejuízos sem conteúdo econômico que violam a esfera existencial da pessoa humana.

Lembre-se que o mero dissabor do dia a dia não acarreta dano indenizável. Nesta esteira, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça que “simples incômodo ou desconforto pela exposição do lado negativo da figura pública” não gera dever de reparar o dano.

Diante de tudo o que foi até aqui exposto, e conforme a teoria contemporânea da responsabilidade civil, tem-se que o Estado deve indenização por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais que estejam contidos numa má-prestação de serviço público (por ação ou omissão) conforme as possibilidades de atuação da Administração Pública ou num serviço público atuante que gere dano anormal a alguns.

---

<sup>46</sup> Sabe-se que atualmente há quem diga que existe responsabilidade civil preventivamente ao dano (entre outros: VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheiros, 2014). Contudo, neste trabalho preocupa-se apenas com as reparações de danos, ou, como alguns preferem, com a “responsabilidade civil repressiva ao dano”.

<sup>47</sup> MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 977

<sup>48</sup> Adota-se como expressões sinônimas: “dano material” e “dano patrimonial”.

<sup>49</sup> “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Assim, uma vez sumariamente descritos os pressupostos do dever de indenizar do Estado (conforme a teoria contemporânea da responsabilidade civil), passa-se, então, ao estudo referente à quantificação do dano extrapatrimonial, já que, diferentemente da extensão das condenações dos danos materiais, não há regras legais a respeito.

#### 5. Quantificação do dano extrapatrimonial e a (im)possibilidade de aplicação de critérios punitivo-pedagógicos ao Estado

Não há critérios legais para a quantificação do valor a ser imputador ao causador de um dano moral. Explode o volume de ações por danos morais no país. E é justamente a ausência de critérios legais para a quantificação dos valores a compensarem danos morais que acaba por incentivar esta proliferação de demandas.

Assim, inquestionável é a relevância do estudo do tema, principalmente quando se tem o Estado como grande fomentador de danos, pois a ele competem atividades essencialmente danosas (atividade policial, limitações administrativas, poder de polícia etc.).

Ante a ausência de critérios legais para a quantificação do dano extrapatrimonial, a jurisprudência majoritária acaba adotando alguns elementos balizadores da quantificação das condenações, assim catalogados pela doutrina:

Os critérios adotados na compensação do dano moral no Brasil variam muito, mas nota-se que são presenças frequentes nas decisões judiciais o critério da extensão do prejuízo, o critério do grau de culpa e o critério relativo à situação econômico-financeira, tanto do ofensor quanto da vítima<sup>50</sup>.

Alguns elementos podem ser apontados como basilares para a formação do convencimento do juiz na quantificação do dano moral: a) intensidade do sofrimento do ofendido; b) duração do dano ou das lesões; c) gravidade da lesão; d) natureza e repercussão da ofensa; e) posição social do ofendido; f) intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável pelo dano; g) a situação econômico-social do ofensor; h)

---

<sup>50</sup> LUVIZOTTO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado Legislador. São Paulo: Almedina, 2015, p. 93.

eventual reincidência do causador do dano em ilícitos pretéritos de igual natureza; i) retratação do agente ofensor<sup>51</sup>.

No arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais, as principais circunstâncias valoradas pelas decisões judiciais, nessa operação de concreção individualizadora, têm sido a gravidade do fato em si, a intensidade do sofrimento da vítima, a culpabilidade do agente responsável, a eventual culpa concorrente da vítima, a condição econômica, social e política das partes envolvidas.

A finalidade que é fundamental à responsabilidade civil é reparar um dano. Mas, para além da função compensatória, tem-se admitido que a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais assumiria também uma função punitivo-pedagógica, no sentido de que “obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras”<sup>52</sup>.

Atualmente não se deve aceitar que a preocupação da responsabilidade civil seja circunscrita apenas no resultado do ato ilícito, ou seja, no dano. Ela é muito mais do que isso. O seu objetivo neste moderno direito é impedir a concretização de novas agressões, assim como a sua repetição, principalmente nhoque se refere aos direitos da personalidade, que são, cotidianamente alvos fáceis para condutas ofensivas<sup>53</sup>.

### 5.1 O caráter punitivo-pedagógico das indenizações por danos morais

Antes de se tratar como o caráter punitivo-pedagógico das indenizações por danos morais se dá na prática jurisprudencial brasileira vale expor o que ocorre com os chamados *punitive damages* vivenciados em alguns estados dos Estados Unidos da América. Isso porque naquela metodologia se dá de forma muito clara a punição por meio de ações de responsabilidade civil<sup>54</sup>.

Com essa espécie de indenização, busca-se imputar ao sujeito ativo, além da necessidade de responder perante os prejuízos reais causados, compensando a

---

<sup>51</sup> LUVIZOTTO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado Legislador. São Paulo: Almedina, 2015, p. 94.

<sup>52</sup> NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 441.

<sup>53</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 443.

<sup>54</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 447.

vítima, a obrigação de arcar com o pagamento de um valor majorado. Eles são uma maneira de sancionar o réu em uma ação civil a partir do ideal de que os danos provocados à pessoa lesada podem ser satisfeitos mediante a imposição de um valor suplementar àquele considerado adequado para suprir o agravo experimentado<sup>55</sup>.

Cumpre ressaltar que a aplicação do *punitive damages* não ocorre de forma unânime nos estados norte-americanos, em razão da autonomia dos entes a respeito<sup>56</sup>. A jurisprudência brasileira costuma rechaçar aplicação de mecanismo fortemente punitivo semelhante ao acima descrito, principalmente porque há no Brasil a impossibilidade de enriquecimento sem causa positivada no já referido artigo 884 do Código Civil. A respeito afirma a doutrina que:

De todo modo, deve-se ter cuidado com a invocação dos *punitive damages*, em face da incompatibilidade desse instituto com o nosso sistema jurídico, sendo a sua utilização, mesmo como simples argumento, particularmente inadequada nos casos de responsabilidade objetiva, pois, por sua própria natureza, não envolvem discussão de culpa, não se compatibilizando com a imposição de pena privada.

Assim, no contexto atual do direito brasileiro, não há espaço para o acolhimento dos *punitive damages*.

Essa ênfase à função punitiva da indenização por dano extrapatrimonial deve ser feita com cautela para não ensejar confusões com a indenização punitiva (*punitive damages*), que, conforme já analisado, é um instituto típico da família da *common law* (...).

No Brasil, além de a indenização punitiva não se mostrar compatível com nossa tradição jurídica e não apresentar regulamentação legal, o grande risco é uma aplicação distorcida dos *punitive damages* para situações em que eles não são reconhecidos nem nos países da *common law*.

Na realidade, as referências feitas à natureza punitiva da indenização extrapatrimonial, na jurisprudência, não chegam a caracterizar o reconhecimento das *punitive damages*, constituindo apenas argumentos para justificar o arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais.

---

<sup>55</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 448.

<sup>56</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 450.

Apesar de se afirmar que no Direito Brasileiro não há a possibilidade de se aplicar o mecanismo do *punitive damages* estadunidense, sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.036.485, aplicou ideias semelhantes ao referendar o valor da indenização por danos morais por morte em acidente de trânsito imposta à fabricante de pneus em R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), quando a jurisprudência costuma fixar à espécie algo entre 300 (trezentos) e 500 (quinhentos) salários mínimos. O STJ assim agiu com intuito claramente punitivo, sendo citados os seguintes elementos de convencimento:

- (1) Aplicação da responsabilidade objetiva do CDC à espécie;
- (2) A empresa-ré não se desincumbiu de seu ônus legal de provar a culpa exclusiva da vítima no evento;
- (3) Os autores demonstraram que a falha da fabricação do pneu foi a causa única do acidente fatal;
- (4) Houve farta produção probatória na instrução processual, com destaque para perícia técnica, prova testemunhal e documental;
- (5) Inexiste controvérsia quanto “ao fato do desprendimento parcial da banda de rodagem da caminhonete Brasinca conduzida por Cícero”;
- (6) Além do laudo pericial, todo o acervo probatório conduz à conclusão de falha na fabricação do pneu;
- (7) “Não se vê nos autos qualquer indício de responsabilidade do condutor do veículo pelo acidente”;
- (8) Existem reportagens de jornais, revistas e TV que apontam, nos Estados Unidos, defeitos na fabricação de pneus produzidos pela ré que poderiam ser responsáveis por 46 mortes e 270 acidentes, além de noticiarem o *recall* de mais de 6,5 milhões de pneus da empresa;
- (9) A pensão mensal foi fixada levando-se em conta as provas produzidas sobre os rendimentos percebidos pelas vítimas fatais, as necessidades dos autores e o poderio econômico da ré; (...).

Assim, não obstante a jurisprudência não adotar claramente o *punitive damages* típico da *common law*, fato é que os valores arbitrados para compensar danos extrapatrimoniais envolvem em certa medida uma pretensão de punir o ofensor. O caráter punitivo, ao qual nem sempre se faz referência expressa,

aparece quando o arbitramento se baseia, essencialmente, na relação entre a culpa do agente e sua capacidade econômica. Assim, dentre os critérios adotados majoritariamente pela jurisprudência para fixar o valor nas ações de condenação por danos morais, antes já referidos, alguns são claramente ligados ao caráter punitivo-pedagógico de tais ações:

(...) a função punitiva da indenização por dano extrapatrimonial também aparece com nitidez no momento da sua quantificação, pois se leva em conta não apenas a gravidade da ofensa ao interesse jurídico tutelado, como também circunstâncias com nítida conotação penal, como a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor. Ora, o agravamento ou a redução da indenização em conformidade com o dolo ou o grau de culpa do autor do dano confere à indenização uma inequívoca pena privada.

Passa-se, então, a analisar os argumentos favoráveis e contrários a tal vivência jurisprudencial brasileira, para então ser analisada a aplicação do mecanismo às condenações impostas ao Erário.

## *5.2 Argumentos a respeito da adequação da punição por meio da responsabilidade civil por danos morais*

Neste ponto cumpre cotejar opiniões doutrinárias a respeito do tema, para demonstrar os principais argumentos a respeito da prática jurisprudencial brasileira de usar as condenações por danos morais para punir o causador do dano além de compensar a vítima.

Há vozes que se colocam de forma contrária à adoção de critérios punitivo-pedagógicos na fixação dos valores condenatórios em ações de indenização por danos morais.

A respeito, Paulo de Tarso Sanseverino lembra que todas as propostas legislativas com intuito de positivizar a punição por meio das condenações por danos morais foram inviabilizadas<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

De fato, Agostinho Alvim, que foi membro da Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto de Código Civil, responsável pela parte referente ao direito das obrigações, inclusive responsabilidade civil, afirma que “a lei não olha para o causador do dano, para medir-lhe o grau de culpa, mas para o dano a fim de avaliá-lo e a extensão”<sup>58</sup>.

Maria Celina Bodin de Moraes defende a inadequação da utilização de critérios punitivos para fixação dos valores a compensar danos morais:

Do ponto de vista prático, o caráter punitivo do dano moral cria muito mais problemas do que soluções. Nosso sistema não deve adotá-lo, entre outras razões, para: evitar a chamada loteria forense; impedir ou diminuir a insegurança e a imprevisibilidade das decisões judiciais; inibir a tendência hoje alastrada da mercantilização das relações existenciais<sup>59</sup>.

Dentre as inúmeras razões jurídicas pelas quais Maria Celina Bodin de Moraes rechaça a ideia de utilizar a responsabilidade civil para punir o ofensor de forma pedagógica, citam-se aqui algumas: (i) “não parece razoável que alguém seja punido, através de sanção pecuniária, sem que tenha como saber o valor da penalidade infligida”; (ii) o ordenamento trata da culpa quando fala da quantificação de indenizações apenas para reduzir a condenação, e não para majorá-la – art. 944 do Código Civil; (iii) a punição deve se dar pelos princípios e regras do Direito Penal ou do Direito Administrativo, onde já há leis prevendo punição pecuniária, de forma que eventual punição pela responsabilidade civil representaria reprovável *bis in idem*<sup>60</sup>.

Maria Celina Bodin de Moraes também demonstra que a adoção de variáveis punitivo-pedagógicas acaba por gerar resultados gritantemente discrepantes para situações análogas:

O problema tornou-se tão sério que desbordou para searas não-especializadas, e revistas semanais de informação já

---

<sup>58</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

<sup>59</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 329

<sup>60</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 329

identificaram a existência de uma suposta “indústria do dano moral”, salientando casos que se tornaram tristemente famosos, como os dois passageiros do Fokker 100 da TAM em recente acidente aéreo. Não obstante o quase idêntico nível socioeconômico de ambos, sua morte originou, para as famílias, indenizações expressas por valores com mais de 2000% de diferença, embora tenham os casos sido julgados pelo mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Enquanto os familiares de Andre Luiz Lindem, 35 anos, foi atribuída a reparação no valor de R\$75.000,00, à família de José Abu Assali, 45 anos, foi concedida a quantia de R\$2.000.000,00<sup>61</sup>.

Há quem diga que a adoção de tal postura incrementa uma sensação de *vitimização*, no sentido de que incentiva o ajuizamento de demandas frívolas no intuito de obter um bom valor pecuniário pela punição assim imposta ao ofensor:

a vitimização é um fenômeno atual e corriqueiro, não sendo difícil encontrar alguém na expectativa de um ganho fácil, que torça diariamente para ser ofendido ou equivocadamente lançado em um cadastro de proteção ao crédito, abordado por um segurança de loja de departamentos ou supermercado, inclusive contribuindo com sua conduta para a ocorrência de algum pretense dano moral<sup>62</sup>.

Apesar do forte embate doutrinário a respeito do tema, aqui sumariamente demonstrado, não há dúvidas de que a prática das Cortes brasileiras envolve a utilização de critérios punitivo-pedagógicos para a quantificação de valores impostos a responsáveis por danos extrapatrimoniais. E isso se dá também quando um ente público é o condenado.

---

<sup>61</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 330.

<sup>62</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333

### **CAPÍTULO III – A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL – ANÁLISE DE CASO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 841.526 – CRIAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL EM CASO DE MORTE DE DETENTO**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu em 2016 que a morte de detento em estabelecimento penitenciário gera responsabilidade civil do Estado quando houver inobservância do seu dever específico de proteção. Por unanimidade, os ministros negaram provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 841526, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS) que determinou o pagamento de indenização à família de um presidiário morto.

No caso dos autos, o Estado foi condenado ao pagamento de indenização pela morte de um detento ocorrida na Penitenciária Estadual de Jacuí. Segundo a necropsia, a morte ocorreu por asfixia mecânica (enforcamento), entretanto, não foi conclusivo se em decorrência de homicídio ou suicídio. Em primeira instância, o Rio Grande do Sul foi condenado a indenizar a família do detento. Ao julgar recurso do governo estadual, o TJ-RS também entendeu haver responsabilidade do ente estatal pela morte e manteve a sentença.

Em pronunciamento da tribuna, o procurador de Justiça gaúcho Victor Herzer da Silva sustentou que, como não houve prova conclusiva quanto à causa da morte, se homicídio ou suicídio, não seria possível fixar a responsabilidade objetiva do estado. No entendimento do governo estadual, que abraça a tese de suicídio, não é possível atribuir ao estado o dever absoluto de guarda da integridade física dos presos especialmente quando não há qualquer histórico anterior de distúrbios comportamentais.

Segue abaixo a ementa do julgado, que revelou a adoção da Teoria do Risco Administrativo em casos de mortes de detentos em estabelecimentos prisionais.

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de

causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O 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, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição 62 Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompesse o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada 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. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.” (RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08- 2016)

A Teoria do Risco Administrativo foi adotada pelo Tribunal, que frisou que havia evidências tanto de homicídio quanto de suicídio. Entendeu-se tratar de omissão específica do Estado, a qual deu ensejo à aplicação do artigo 36, §4 da Carta Política.

No recurso extraordinário a Administração Pública argumentou que se tratava de caso de culpa exclusiva da vítima e conseqüente excludente de causalidade, devido a indícios robustos de suicídio. Alegou-se também que tratava-se de responsabilidade por ato omissivo e não era aplicável a norma constitucional tendo em vista que se tratava de hipótese de responsabilidade de natureza subjetiva na interpretação da procuradoria estadual.

A Corte entendeu que a regra constitucional sobre responsabilidade civil objetiva do Estado não distinguiu condutas omissivas de comissivas. Contudo, ressaltou-se que o Estado não pode ser tido como garantidor universal de toda e qualquer reparação e, diante disso, deve-se ater à especificidade da conduta.

Observou-se também a necessidade de incidência do nexo causal entre o dano

sofrido pelo preso e a omissão estatal como requisito para a configuração da responsabilidade e entendeu-se que o Estado não conseguiu comprovar que se tratou de suicídio.

## **1. Omissão Específica**

### *1.1 Omissão específica e omissão genérica*

No presente julgado entendeu-se a conduta omissiva do Estado em relação ao preso como uma omissão específica. Essa, por sua vez, seria ensejadora de responsabilização objetiva do Estado e estaria abarcada pelo artigo 37 §6 da CF, necessitando apenas da comprovação do nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano.

Por outro lado, há as omissões genéricas. Essas se relacionam sempre com a responsabilidade subjetiva, ou seja, além da comprovação do nexo causal existe a necessidade de provar a culpa do Estado. Essa forma de responsabilização não encontra subsunção com o mandamento constitucional estampado no artigo supracitado e tem seu fundamento nas normas infraconstitucionais civis.

### *1.2 Caracterização da omissão específica no caso concreto do preso*

A omissão específica caracteriza-se quando o Estado, de acordo com o STF, tem o dever legal de garantir a integridade de pessoas ou coisas que estejam sob sua proteção direta ou a eles ligados por alguma condição específica. Entende-se que o Poder Público nesses casos tem o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim não age. Nesse caso há correspondência com a Teoria do Risco Administrativo, o que quer dizer que são possíveis as excludentes de responsabilidade<sup>63</sup>.

A Constituição Federal assegura ao preso a integridade física, no teor do artigo 5º, XLIX, CF/88<sup>64</sup>.

Dessa forma, fica claro que a morte de um detento acarreta para o Poder

---

<sup>63</sup> Min. Luiz Fux: "(...) sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano. Entendimento em sentido contrário implicaria a adoção da teoria do risco integral, não acolhida pelo texto constitucional (...)".

<sup>64</sup> Art. 5º (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Público responsabilidade civil objetiva por sua omissão específica no cumprimento do dever constitucional especial de proteção que lhe é imposto pela Constituição Federal.

## **2. A prática jurisprudencial a respeito das condenações por danos morais impostas ao Estado**

De tudo o que até foi dito tem-se que o Estado deve indenização por danos decorrentes da má prestação de serviço público (seja por ação ou omissão estatal) ou de situações de prejuízos anormais causados a alguns por atos públicos praticados em favor da coletividade. Tem-se também que quando há dever de indenizar danos morais não há critério claro de fixação do *quantum* indenizatório, e que, apesar do embate doutrinário demonstrado, a jurisprudência admite a adoção de critérios punitivo-pedagógicos nesta tarefa.

Tal caráter punitivo-pedagógico fica claro quando são utilizados argumentos referentes à gravidade de culpa do ofensor e à capacidade econômica do ofensor para quantificar o valor arbitrado em condenações por danos morais. Isso porque tais variáveis são pertinentes para apurar qual o valor é suficiente para constranger o responsabilizado a não mais praticar a conduta danosa.

Em rápida pesquisa ao ementário de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná encontram-se inúmeras decisões em que se majoram valores de condenações para assim punir o ente público, com o intuito pedagógico de constrangê-lo a não mais agir da mesma forma<sup>65</sup>. Isso se dá inclusive no Superior Tribunal de Justiça, que costuma aplicar critérios punitivo-pedagógicos mesmo quando o condenado é ente público<sup>66</sup>.

## **3. Crítica à adoção do caráter punitivo-pedagógico às condenações impostas ao Estado por danos extrapatrimoniais**

---

<sup>65</sup> Cita-se como exemplos os julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Paraná nas Apelações Cíveis nºs 1.064.142-8, 1.070.098-2 e 1.261.461-0.

<sup>66</sup> Cita-se como exemplos de decisões do STJ que adotaram critérios punitivo-pedagógicos em condenações por danos morais impostas a entes públicos as proferidas nos Recursos Especiais nºs 1.133.257 e 799.939.

Tendo em vista a demonstrada corriqueira aplicação do aspecto punitivo-pedagógico pela jurisprudência aos entes públicos, e algumas discussões doutrinárias a respeito, cumpre aqui tratar da inadequação de tal mecanismo quando aplicado em face do Estado.

Primeiramente porque, nos termos do que foi aqui exposto, a responsabilidade civil por atividade extrajudicial administrativa do Estado prescinde da análise de culpa: basta a má prestação do serviço público conforme as possibilidades ou a geração de um dano anormal pela atuação pública. Não se fala em ilicitude. A existência, ou não, de uma atitude voluntária de agente público ou da própria máquina no intuito de violar direitos é completamente impertinente para que surja o dever de indenizar.

Sendo assim, resta inadequado majorar-se o valor das condenações por danos morais em razão da *gravidade da culpa do ofensor*. A respeito ensina Maria Celina Bodin de Moraes que:

Também não parece útil atrelar à reparação a ideia de punição, porque são muitos os casos em que não se conseguirá aplicar a punição. (...) Quando o dano é praticado por agente público, como atribuir o caráter punitivo? Vai-se entrar na discussão da culpa – que é justamente o que se quer evitar, quando se impede que o Estado denuncie à lide o agente ou terceiro?<sup>67</sup>

Além disso, quando se está a estudar uma situação danosa de responsabilidade do Estado é de se presumir que há enorme desigualdade econômica em relação à vítima (principalmente quando se fala em Estados-membros ou na União Federal). Assim, qualquer ideia de majoração do valor da condenação por danos morais em razão da *capacidade econômica do ofensor* praticamente sempre redundará em enriquecimento sem causa à vítima. Lembre-se que Bruno Punich Ruzon já afirmava este paradoxo em relação às relações de

---

<sup>67</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 329.

consumo<sup>68</sup>. Ora, se isso se dá em relação a empresas fornecedoras no mercado de consumo, a situação tende a ser muito mais agravada quando se trata de entes públicos<sup>69</sup>.

Ademais, e este parece ser o argumento mais contundente, não se pode esquecer que quem em última análise sofre os encargos econômicos das condenações impostas ao Estado é sua própria população, visto que nos termos do artigo 37, §6º da Lei Maior, o exercício de direito de regresso em face do agente público depende de prova de dolo ou culpa deste, o que nem sempre existe (em razão dos fatores de atribuição do dever de reparar danos aplicáveis ao Estado), e, quando existe, nem sempre é de fácil demonstração judicial<sup>70</sup>. Outrossim, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal, o pagamento das indenizações se dá pelos recursos públicos e conforme rubricas orçamentárias (precatórios requisitórios ou requisições de pequeno valor). Assim, ao se majorar a condenação imposta ao Estado para puni-lo com intuito pedagógico, quem arcará com tal punição pecuniária será a população. Muito raramente tal penalidade será sofrida pelo patrimônio do eventual agente público que causou o dano. Esta situação faz com que a pena seja suportada por pessoa diferente daquela que praticou ato contrário ao direito gerador da penalidade, o que viola regra básica do ordenamento jurídico positivada no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> RUZON, Bruno Ponich. O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 20, v. 78, abr./jun. 2011.

<sup>69</sup> RUZON, Bruno Ponich. O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 20, v. 78, abr./jun. 2011,

<sup>70</sup> Principalmente se vingar a ideia de que o exercício do direito de regresso só pode ocorrer após o efetivo pagamento do precatório requisitório ou da requisição de pequeno valor. Neste sentido: "ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO REGRESSIVA. DIES A QUO DE INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL: CONCRETO E EFETIVO PAGAMENTO, PELO ESTADO, DO VALOR A QUE FOI CONDENADO. Não há que se falar em ação regressiva sem o ocorrer de um dano patrimonial concreto e efetivo. A decisão judicial, transita em julgado, nada obstante possa refletir um título executivo para o Estado cobrar valor pecuniário a que foi condenado satisfazer, somente vai alcançar o seu mister, se executada. Até então, embora o condenar já se faça evidente, não se pode falar em prejuízo a ser ressarcido, porquanto o credor tem a faculdade de não exercer o seu direito de cobrança e, nesta hipótese, nenhum dano haveria, para ser ressarcido ao Erário. O entender diferente propiciaria ao Poder Público a possibilidade de se valer da ação regressiva, ainda que não tivesse pago o quantum devido, em evidente apropriação ilícita e inobservância de preceito intrínseco à própria ação regressiva, consubstanciado na reparação de um prejuízo patrimonial. Demais disso, conforme a mais autorizada doutrina, por força do disposto no §5º do art. 37 da Constituição Federal, a ação regressiva é imprescritível. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 328.391/DF, Rel Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2002, DJ 02/12/2002, p. 274).

<sup>71</sup> RUZON, Bruno Ponich. O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 20, v. 78, abr./jun. 2011.

Ressalte-se, por fim, que não parece justo atrapalhar, ou até mesmo inviabilizar, a prestação de serviços públicos em razão de imposição de condenações punitivas por danos morais, visto que a coletividade não tem motivo para sofrer com a falta de um serviço público em razão de danos causados a algum cidadão.

Assim, apesar de a prática jurisprudencial brasileira adotar critérios punitivo-pedagógicos nas condenações de entes públicos a indenizar danos morais, tem-se que tal medida não atinge o seu objetivo, que é de punir pedagogicamente o praticante do ato que se quer evitar. Além disso, quem arca com tal penalidade pecuniária não é a pessoa ou ente responsabilizado, mas sim os cidadãos (em especial os contribuintes) em geral.

## CONCLUSÃO

É preciso repensar as consequências de se reconhecer a responsabilidade objetiva do estado em casos de omissão específica e qual é o caráter que o pagamento do dano deve ter. Talvez essa premissa, aparentemente ingênua, traga diversas outras questões que ainda não foram suscitadas pela doutrina e pela jurisprudência, justamente por não se ter a cultura ainda jurisdicional de grande volume de pagamento de danos a particulares advindos de condutas omissivas estatais.

Ainda que se conclua que não há caminho de volta – ou seja, que a sistematização do instituto da responsabilidade objetiva necessita como consectário lógico o ressarcimento de dano – é preciso pensar quais são os incentivos que o estrutura.

A lógica do ressarcimento quando há relação entre privados é bastante simples: para além da reposição patrimonial, há um caráter pedagógico punitivo que busca ilidir que o agente causador do dano o repita. É um sistema secundário de aprendizado.

Mas esse sistema é lógico para a Administração Pública? Em outras palavras e de forma mais específica: seria correto querer empreender aplicação de ressarcimento de dano com o intuito pedagógico?

Até o presente momento, mais dúvidas há do que certezas sobre como o Supremo Tribunal Federal se posicionará sobre o assunto. Mas há um caminho ainda a ser percorrido e que é preciso estar atento para entendermos as razões de decidir do Tribunal. Isto porque, ao considerar que a medida do ressarcimento do dano deva ser somente a reposição patrimonial, não se estará majorando com base em critérios que não tendam a ser objetivos, o que atende em grande medida ao escrutínio público. No entanto, como mensurar “reposições patrimoniais” relacionadas diretamente à vida humana, à bens que não tem valor de mercado intrinsecamente? De alguma forma, o Poder Público terá que encontrar razões/parâmetros pra decidir.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BAPTISTA, Patricia. A funcionalização da propriedade pública. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ - Rio de Janeiro*, n. 31, jun. 2017

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 117-121

FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por danos moral e patrimonial*. Campinas: Servanda, 2006,

FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por danos moral e patrimonial*. Campinas: Servanda, 2006

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 197. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 713

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4,

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado Legislador*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 93

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 329

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 448

OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *A Responsabilidade do Estado por Ato Lícito*. São Paulo: Habeas, 1998,

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992

RUZON, Bruno Ponich. O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 20, v. 78, abr./jun. 2011

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheiros, 2014