



UNISUL

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
FELIPE BANDEIRA DE FREITAS**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OFENSA À INTEGRIDADE
FÍSICA DO PRESO**

Tubarão

2013

FELIPE BANDEIRA DE FREITAS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OFENSA À INTEGRIDADE
FÍSICA DO PRESO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Alex Sandro Sommariva, Esp.

Tubarão

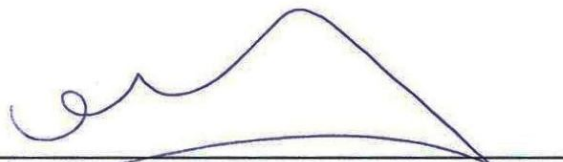
2013

FELIPE BANDEIRA DE FREITAS

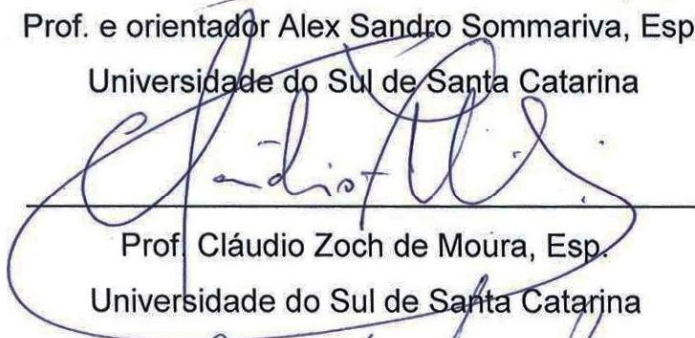
**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OFENSA À INTEGRIDADE
FÍSICA DO PRESO**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção de título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 18 de novembro de 2013.



Prof. e orientador Alex Sandro Sommariva, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Cláudio Zoch de Moura, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Michel Medeiros Nunes, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Como toda a atividade, a atividade da Administração causa danos, muito frequentes e graves, porque o Estado lança mãos de poderosos meios. Podem as vítimas obter a reparação dos danos causados? Em que condições? Eis o problema da responsabilidade no direito administrativo. (RIVERO, 1997 apud CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 7).

RESUMO

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar a incidência da responsabilidade civil do Estado em razão da ofensa ao direito à integridade física dos presos. Para que esse objetivo fosse alcançado, utilizou-se o método dedutivo, de modo que, somente a partir de premissas gerais relacionadas aos aspectos da responsabilidade civil do Estado e dos direitos dos presos durante a execução penal, foi possível concluir se o Estado é, e em quais circunstâncias, responsável civilmente pela violação do direito à integridade física. O estudo indicou que a Constituição Federal sujeita o Estado, em regra, à responsabilidade objetiva, sem a análise da culpa ou da falta do serviço. Em regra, porque em caso de omissão do Poder Público, pode haver a incidência da responsabilidade subjetiva com a indispensável demonstração da culpa. Com base nos resultados da pesquisa, a violação da obrigação de assegurar aos presos o respeito à integridade física submete o Estado à responsabilidade civil objetiva pelos danos, materiais e morais, causados, principalmente se forem decorrentes de conduta comissiva. No caso de conduta omissiva, pelo menos nos casos em que a morte do preso decorre de fato de terceiro, por constituir essa uma omissão específica, há também responsabilidade objetiva do Estado. No entanto, quando o preso comete suicídio, apesar do entendimento contrário ser o majoritário, há lugar para a ideia de que esse seja caso de omissão genérica, de modo que o Estado deva se sujeitar às regras subjetivas de responsabilidade civil, pela qual pode até excluir a obrigação de indenizar se ficar demonstrado que não agiu com culpa ou se for entendido que há quebra do nexo causal por culpa exclusiva da vítima.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Integridade Física. Preso.

ABSTRACT

The overall goal of this research is to analyze the incidence of liability of the State on the grounds of infringement of the rights to physical integrity of prisoners. For this goal to be achieved, we used the deductive method, so that, only from general assumptions related to aspects of the liability of the State and the rights of prisoners during the criminal enforcement, we conclude that the State, is and under what circumstances, civilly responsible for violating the right to physical integrity. The study indicated that the Federal Constitution subjects the State, as a rule, the objective liability, without the analysis of fault or lack of service. As a rule, because in case of failure of the government, there may be the incidence of subjective responsibility with the essential statement of guilt. Based on the survey results, the breach of the obligation to ensure respect for prisoners to physical State submits to objective liability for damages, material and moral, caused, especially if they are due to conduct commissive. In the case of conduct by omission, at least in cases in which the death of the prisoner stems from the fact that third party. for such an omission be specific, there are also objective liability State. However, when the prisoner commits suicide, despite the contrary view is the majority, there is room for the idea that this is the case of omission generic, so that the State should be subject to the rules of subjective liability, why can even exclude the indemnification obligation if it is shown that there was at fault or if it is understood that there is breaks the causal fault of the victim exclusive.

Keywords: Liability. State. Physical Integrity. Prisoner.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

LEP – Lei de Execução Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.1 DELIMITAÇÃO DE TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	9
1.2 JUSTIFICATIVA.....	10
1.3 OBJETIVO.....	11
1.3.1 Objetivo geral	11
1.3.2 Objetivos específicos	11
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	12
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS.....	13
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL X RESPONSABILIDADE PENAL	16
2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	18
2.2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual	18
2.2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva	20
2.2.3 Responsabilidade indireta e direta	22
2.3 PRESSUPOSTOS.....	27
2.3.1 Ação ou omissão	27
2.3.2 Culpa ou dolo	30
2.3.3 Relação de causalidade	32
2.3.4 Dano	33
2.4 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	37
2.4.1 Estado de necessidade	38
2.4.2 Legítima defesa e exercício regular de um direito	39
2.4.3 Caso fortuito e força maior	40
2.4.4 Culpa exclusiva da vítima	42
2.4.5 Fato de terceiro	44
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	46
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	50
3.1.1 Teoria da irresponsabilidade	50
3.1.2 Teorias subjetivas	51
3.1.3 Teorias objetivas	54
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO	56
3.2.1 Teoria adotada pela Constituição Federal	59

3.2.2 Direito de regresso	63
3.2.3 Responsabilidade civil por omissão do Estado	66
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO	75
4.1 DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO NA EXECUÇÃO PENAL.....	75
4.2 CONDUTA COMISSIVA DOS AGENTES PÚBLICOS.....	83
4.3 CONDUTA OMISSIVA DOS AGENTES PÚBLICOS	87
5 CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil consiste na idéia de recompor o status anterior ao dano moral ou patrimonial causado a terceiros pela violação de uma conduta externada pelo Direito. É, pois, na obrigação essencialmente indenizatória, na ideia de reparação do dano, que é regulada basicamente pelas regras de Direito Civil. No entanto, apesar de estar submetida a algumas princípios gerais comuns a todos os tipos de responsabilidade, a responsabilidade civil do Estado, ao ganhar caráter de instituto de direito público, sujeita-se a regras especiais e distintas das de direito privado.

1.1 DELIMITAÇÃO DE TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Como a ordem jurídica busca tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito e também reprimir a conduta daquele que o contraria, a responsabilidade jurídica surge com a imposição da obrigação de assumir as consequências da violação de um dever jurídico – desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial que impescinde de soluções reparatórias.

Atualmente a responsabilidade jurídica abrange a responsabilidade civil e a penal. Enquanto que a responsabilidade penal pressupõe uma lesão aos deveres de cidadão com a ordem social pela violação da norma penal que acarreta a submissão pessoal do agente a uma pena. A responsabilidade civil requer um prejuízo ao particular ou ao Estado e, por ser repercussão do dano privado, tem o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico lesado por meio da recomposição pecuniária.

Essa distinção entre responsabilidade civil e penal atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade no Direito moderno, porque não havia na história do Direito antigo uma nítida distinção entre elas, tendo em vista que ambas sempre importaram na violação de um dever jurídico, na infração da lei de um modo geral.

Tanto é que a responsabilidade civil somente tomou lugar ao lado da responsabilidade penal nos tempos romanos, na Idade Antiga, com a distinção entre delitos públicos (aqueles perpetrados contra os direitos relativos à *res publica*) e delitos privados (efetivados contra os interesses de particulares). Se, de um lado o

Estado passou a interferir na recomposição do dano, do outro, assumiu, ele só, a função de punir, julgando e aplicando penas, mesmo que capitais, aos crimes tidos como públicos.

A responsabilidade civil seguiu o caminho traçado pela chamada *Lex Aquilia de damno*, ordenamento romano que trouxe ideais presentes até hoje no Direito Civil. No entanto, foi o direito francês, ao aperfeiçoar pouco a pouco o direito românico, o responsável por estabelecer nitidamente os princípios gerais da responsabilidade civil e abandonar a enumeração de casos de composição obrigatória.

Quanto à responsabilidade penal, no começo da sua manifestação, quando o Estado passou a monopolizar o poder de punir, as penas impostas sofriam grande influência do arbítrio estatal e da proteção aos direitos das classes privilegiadas e, por isso, ainda eram largamente intimidatórias e cruéis.

Foi a filosofia iluminista do século XVIII que abriu caminho às mudanças introduzidas na humanidade ao longo das últimas décadas e criou um cenário propício ao desenvolvimento de um Direito Penal mais humanitário e alicerçado na dignidade da pessoa humana.

Por óbvio que o Direito Penal Brasileiro filiou-se ao movimento geral de defesa aos direitos humanos na execução da pena, uma vez que consagrou uma série de direitos fundamentais aos presos, compatíveis, obviamente, com a peculiar condição do encarceramento, entre eles o respeito à integridade física.

No entanto, apesar do interesse atual pela preservação da dignidade da pessoa humana durante a execução penal, não há como ignorar que os presos geralmente são vítimas de excessos (violência, brutalidade e ameaça) quando submetidos à cautela do Estado.

É por isso que é questionável a existência e as circunstâncias de incidência da responsabilidade civil do Estado em razão da ofensa aos direitos e garantias fundamentais dos presos, em especial o direito à integridade física.

1.2 JUSTIFICATIVA

A responsabilidade civil se tornou um dos grandes problemas da atualidade, haja vista as exigências da vida moderna e as condições econômicas do desenvolvimento técnico-industrial. Essa condição fez com que aumentasse o

número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam na responsabilidade. Por essa razão é que cresceu extraordinariamente a frequência com que os tribunais são chamados a decidir conflitos de interesses que envolvem a reparação de danos.

Por outro lado, em que pese os direitos e garantias fundamentais dos quais os presos continuam titulares mesmo a partir da restrição ao seu direito de liberdade, entre eles o respeito à integridade física, não há como negar a ingerência estatal diante do desrespeito a determinados limites no exercício do seu poder de punir, excessos que, por infringirem uma norma jurídica, podem constituir dano de ordem moral ou patrimonial ao preso.

Sendo assim, considerando que a responsabilidade civil se dirige à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito, é oportuno compreender o surgimento da responsabilidade civil do Estado em razão da ofensa ao direito à integridade física dos presos.

1.3 OBJETIVO

1.3.1 Objetivo geral

Analisar a existência e verificar as circunstâncias de incidência da responsabilidade civil do Estado em razão da ofensa ao direito à integridade física dos presos.

1.3.2 Objetivos específicos

O presente estudo tem como objetivos específicos:

- a) discorrer sobre os aspectos pertinentes à responsabilidade civil e que estejam relacionadas à contextualização do tema e às espécies e suas diferenciações;
- b) apontar os pressupostos que geralmente são indispensáveis à caracterização da responsabilidade civil;
- c) identificar as causas excludentes da responsabilidade civil;
- d) discorrer sobre a evolução ideológica da responsabilidade civil do Estado, e as teorias nas quais se assentou ao longo da história;

- e) identificar os atuais critérios da responsabilidade civil a que o Estado se submete, em especial no caso de conduta omissiva dos agentes públicos;
- f) verificar os direitos e as garantias fundamentais dos quais os presos são titulares;
- g) analisar a existência da responsabilidade civil do Estado em razão da ofensa ao direito à integridade física dos presos;
- h) verificar as circunstâncias de incidência da responsabilidade civil do Estado em razão da ofensa ao direito à integridade física dos presos.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para que a resposta do problema proposto neste estudo fosse alcançada, meios técnicos de investigação foram estabelecidos, tais como os métodos, os instrumentos e os procedimentos para a coleta e/ou análise dos dados pretendidos.

Na presente pesquisa monográfica, adotou-se o método dedutivo para a realização de um estudo minucioso e contextualizado da situação problemática trazida à discussão. Por esse método, partiu-se de proposições universais e gerais, aspectos gerais da responsabilidade civil e dos direitos dos presos durante a execução penal, para atingir uma conclusão específica ou particular a respeito da responsabilidade civil do Estado nos casos em que o direito à integridade física dos presos é violado. (LEONEL; MOTTA, 2007, p. 66).

De outro modo, quanto ao nível, essa pesquisa é classificada como exploratória. Na medida em que esse tipo de pesquisa é típico por “desencadear um processo de investigação que identifique a natureza do fenômeno e aponte as características essenciais das variáveis que se quer estudar”, foi realizada uma investigação do fenômeno da responsabilidade civil do Estado sob a análise dos aspectos caracterizadores da ofensa à integridade física do preso e da responsabilidade civil em geral. (KÖCHE, 1997, p. 126).

Quanto ao procedimento, a pesquisa é bibliográfica, pois, para que problema da pesquisa fosse delimitado e compreendido, foram estudadas teorias e dados publicados em diversos tipos de fontes, como livros, artigos científicos, meios eletrônicos, entre outros. Em que pese sua natureza essencialmente bibliográfica, esta pesquisa foi complementada com pesquisa documental, pois as questões

abordadas pela jurisprudência e que foram trazidas ao trabalho auxiliaram na construção da resposta para o problema pretendido.

Por fim, tendo em vista a análise exclusivamente subjetiva desta pesquisa, ela é considerada como qualitativa, no que se refere à abordagem.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento dessa pesquisa monográfica foi estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, foram abordados assuntos gerais a respeito da responsabilidade civil. Inicialmente foram tratadas das questões referentes a sua contextualização na área jurídica e das espécies e suas diferenciações. Somente assim, passou-se a discorrer sobre todos os pressupostos que, em regra, são indispensáveis à caracterização da obrigação de reparar o dano. Por fim, foram apontadas as causas excludentes da responsabilidade civil.

No segundo capítulo a responsabilidade civil do Estado, em específico, foi priorizada. Após de o tema ser contextualizado, discorreu-se sobre a evolução ideológica da responsabilidade civil do Estado e as teorias nas quais se assentou ao longo da história. Por fim, foram identificados os atuais critérios da responsabilidade civil a que o Estado se submete. Aqui foi dada atenção especial ao direito de regresso do Estado e à responsabilidade civil em razão de conduta omissiva dos agentes públicos.

Por fim, no último capítulo, depois de verificados os direitos e as garantias fundamentais dos quais os presos são titulares, foi analisada a incidência da responsabilidade civil do Estado em razão da ofensa ao direito à integridade física dos presos, tanto na modalidade comissiva, quanto na omissiva. Com o fito de complementar essa análise e verificar as circunstâncias de incidência, foram utilizadas entendimentos jurisprudenciais de alguns tribunais.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao passo que, segundo Cavalieri Filho (2012, p. 1), o objetivo da ordem jurídica é tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito e reprimir a conduta daquele que o contraria, o dever jurídico é o comportamento humano imposto pelo Direito Positivo em razão do exigido pelo meio social.

Desse modo, a violação da conduta humana externada pelo Direito – qualquer atentado sofrido pelo homem, relativamente a sua pessoa, ou ao seu patrimônio – constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial que impescinde de soluções ou remédios que sanem tais lesões e que recomponham o status anterior. (DINIZ, 2006, p. 3).

E por ser esse o seu objetivo – o de obrigar alguém a assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, consequências estas que podem variar de acordo com os interesses lesados, desde reparação de danos até punição pessoal do agente lesionante (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 3) – que é grande a importância da responsabilidade jurídica para o Direito.

Em que pese a afirmação de Gonçalves (2012, p. 19), segundo o qual preceitua que o termo responsabilidade “exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”, a responsabilidade jurídica é muito mais ampla, pois, em razão das mais variadas atividades humanas, inúmeras são suas espécies, as quais abrangem todos os ramos do Direito.

Por exemplo, atualmente a responsabilidade jurídica pode abranger, dentre outras, a responsabilidade civil e penal. Apesar de o assunto ser tratado em seção própria, cumpre-se adiantar que, enquanto na responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público em que o interesse lesado é o da sociedade, na responsabilidade civil, o interesse lesado é o privado, cujo titular poderá pleitear ou não a ação reparatória. (GONÇALVES, 2012, p. 42).

A responsabilidade também pode provir da violação tanto de normas morais, como jurídicas. No entanto, conforme preceitua Gonçalves (2012, p. 20), “o campo da moral é muito mais amplo do que o do Direito, pois a responsabilidade jurídica somente é cogitada quando há prejuízo”. Assim, a responsabilidade jurídica somente se apresenta quando houver infração de norma jurídica e seja causadora de danos que perturbem a paz. Já a responsabilidade moral é oriunda de violação à norma moral e, conforme Diniz (2006, p.23), por atuar somente no campo da

consciência individual, “não se exterioriza socialmente e [...] não tem repercussão na ordem jurídica”.

Como visto, embora o termo responsabilidade seja utilizado para designar várias situações no campo jurídico e, mesmo assim, assumam sentidos próximos ou semelhantes, o que interessa a este estudo é saber identificar aquela conduta que reflete na obrigação essencialmente indenizatória, qualidade exclusiva da responsabilidade civil:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responda, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2006, p. 40, grifo nosso).

Com relação às funções da responsabilidade civil, a mesma autora (2006, p. 8) apresenta conceitos sobre a sua dupla função. Tal instituto não apenas garante o direito do lesado à segurança jurídica por restituí-lo à situação em que estaria se não tivesse ocorrido a ação do lesante. Serve também como sanção civil, tanto compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, quanto punitiva, ao desestimular a prática de atos lesivos.

Sendo, portanto, a função da responsabilidade civil a de impor a obrigação de reparação do dano causado, crucial é não confundir obrigação de responsabilidade. Segundo Gonçalves (2012, p. 21), a responsabilidade só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a obrigação. Para ele, “responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”, ou seja, a primeira é sempre consequência da segunda.

Essa ideia é corroborada por Cavalieri Filho (2012, p. 2) ao dispor sobre o conceito de dever jurídico originário e sucessivo. Segundo ele, a responsabilidade remete a ideia de dever jurídico sucessivo, ou seja, consiste numa obrigação secundária de restabelecer o equilíbrio (moral ou patrimonial) violado pelo dano causado em razão do não cumprimento de uma obrigação primária – um dever jurídico originário.

Dessa forma, essa obrigação primária, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 2), possui respaldo no princípio fundamental da proibição de ofender, ou seja, na ideia de que ninguém deve lesar o limite objetivo da liberdade individual do outro.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL X RESPONSABILIDADE PENAL

Como dito, a responsabilidade jurídica pode se constituir da infração da norma legal, tanto penal, de Direito Público, quanto civil, de Direito Privado. No entanto, como assevera Cavalieri Filho (2012, p. 14), por mais que se busque não se encontram diferenças substanciais entre o ilícito penal e o ilícito civil, tendo em vista que as duas modalidades de responsabilidade importam na violação de um dever jurídico – na infração da lei de um modo geral.

Mesmo assim, é possível notar algumas diferenças nas consequências jurídicas relativas à responsabilidade civil e à penal, as quais estão consubstanciadas na gravidade e na imoralidade na conduta ilícita, o que significa dizer que “aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 15).

Tanto é que, apesar de existir a infração à lei e a um dever de conduta nos dois casos, o conceito de ilicitude é muito mais amplo e aberto na esfera civil do que na penal. Por essa razão, que o ilícito civil nem sempre configurará uma conduta punível descrita pela lei penal, pois aqui é imprescindível que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal.

Assim, conforme Diniz (2006, p. 25), certos ilícitos podem ter dupla reação da ordem jurídica em razão do que dispõe o art. 935 do CC¹, que estabelece o princípio da independência da responsabilidade civil relativamente à criminal. Aqui estão os casos em que haverá dupla sanção, “a penal de natureza repressiva, [que] consistente em uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, e a civil, de natureza reparatória, consubstanciada na indenização”, segundo Cavalieri Filho (2012, p. 16).

Situação esta que pode ser vislumbrada pelo exemplo muito recorrente na doutrina:

Quando ocorre uma colisão de veículos, por exemplo, o fato pode acarretar a responsabilidade civil do culpado, que será obrigado a pagar as despesas com o conserto do outro veículo e todos os danos causados. Mas poderá acarretar, também, a sua responsabilidade penal, se causou ferimentos em

¹ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (BRASIL, 2002).

alguém e se configurou o crime do art. 129, § 6º, ou o do art. 121, § 3º, do Código Penal. (GONÇALVES, 2012, p. 42).

Por essa razão, que a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal. Sendo assim, conforme Venosa (2012, p. 19), não se pode discutir no cível a existência de fato e da autoria do ato ilícito, se estas questões foram decididas no juízo criminal, isso em razão da redação do art. 91, inciso I, do CP² e do art. 63 do CPP³. No entanto, como infere o mesmo autor (2012, p. 20) pela redação do art. 66 do CPP⁴, a sentença absolutória, conforme o seu fundamento, poderá ou não influenciar na ação indenizatória.

Outras diferenças entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, na acepção de Gonçalves (2012, p. 41), ficam por conta do caráter pessoal e intransferível da responsabilidade penal, uma vez que o réu responde, na pior das hipóteses, com a privação de sua liberdade, contrariamente à responsabilidade civil, em que o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

São as hipóteses em que, por exemplo, na concepção de Diniz (2006, p. 24), uma criança de dez anos mata alguém por usar uma arma de fogo que estava ao seu alcance. Apesar de não ser processada penalmente em razão de sua inimputabilidade, e muito menos seus pais tendo em vista o já mencionado caráter pessoal do Direito Penal, haverá responsabilidade civil, cabendo à pessoa responsável pela guarda da criança indenizar os herdeiros pela morte ocorrida.

E por fim, também são distintas as formas de se fazerem efetivas a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Esta é pela sociedade, cabendo ao Estado reprimir o crime e arcar com o ônus da prova, contrariamente àquela, exercível pela própria vítima.

² Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (BRASIL, 1940).

³ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. (BRASIL, 1941).

⁴ Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. (BRASIL, 1941).

2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Como dito, a responsabilidade civil, de um modo geral, tem por elemento nuclear uma conduta violadora de um dever jurídico e, de acordo com Cavalieri Filho (2012, p.15), dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo da conduta humana, pode ser dividida em diferentes espécies.

Sendo assim, para Diniz (2006, p. 130), a responsabilidade civil poderá ser classificada quanto ao seu fato gerador (em contratual e extracontratual), ao seu fundamento (em subjetiva e objetiva) e ao seu agente (direta e indireta).

2.2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Mesmo que a responsabilidade civil seja a simples transgressão de um dever de conduta, a principal questão dessa classificação é saber se o evento danoso tem origem em uma obrigação preexistente – um contrato ou negócio jurídico unilateral – ou em uma obrigação imposta pela própria lei.

Sendo assim, se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento ou mora no cumprimento de qualquer obrigação, a responsabilidade civil é contratual. Já se a responsabilidade civil surge em razão de uma lesão a direito subjetivo, sem que preexista qualquer relação jurídica entre o ofensor e a vítima, ela será extracontratual, ou aquiliana como preferem alguns. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 16).

Apesar de alguns autores (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 16; CAVALIERI FILHO, 2012, p.17; VENOSA, 2012, p. 23; GONÇALVES, 2012, p. 45) tecerem comentários de que não existe uma diferença ontológica, senão meramente didática e legislativa, entre a responsabilidade aquiliana e contratual, sob a alegação de que as soluções e os efeitos são idênticos para os dois aspectos, tais afirmações não impedem que se identifiquem aspectos práticos que essa distinção oferece.

Uma deles, diz respeito às fontes de que promanam. Segundo Gonçalves (2012, p. 46), enquanto a contratual tem sua origem na convenção contratual, cujo inadimplemento acarreta na responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos

termos do art. 389 do CC⁵, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesão, de não causar dano a ninguém, aqui conforme art. 186⁶.

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 18, grifo nosso) discorrem outra situação que enseja novos aspectos diferenciadores:

[...] na **responsabilidade civil aquiliana**, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na **responsabilidade contratual**, ela é, de regra presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo a vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente de elo de causalidade.

No entanto, apesar da afirmação de que na responsabilidade civil aquiliana a culpa deverá sempre ser provada, cumpre salientar que nem sempre o elemento subjetivo será indispensável, pois poderá haver casos previstos em lei em que a aferição da culpa é dispensada.

Por fim, a última diferenciação tratada por Gonçalves (2012, p. 46) se refere à capacidade do agente. Segundo este, “a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade simplesmente contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual”.

Sendo assim, sabe-se que, de acordo com o Código Civil, o ato do incapaz pode dar origem à reparação por aqueles que são seus responsáveis legalmente, como é o caso do disposto no art. 932, inciso I, do CC⁷. Inclusive, o art. 928⁸ aponta hipóteses em que os menores de 18 anos podem responder pelos próprios prejuízos causados.

Contrariamente, na esfera contratual somente existirá responsabilidade de menor se este celebrar o contrato devidamente representado ou assistido por seu representante legal ou se, na hipótese do art. 180 do CC⁹, já tiver 16 anos e maliciosamente declarou-se maior.

⁵ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2002).

⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002).

⁷ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; (BRASIL, 2002).

⁸ 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. (BRASIL, 2002).

⁹ Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior. (BRASIL, 2002).

2.2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Como se verá adiante e conforme preceitua Gonçalves (2012, p. 52), em regra, para que se configure o dever de indenizar deverão estar presentes os seguintes pressupostos – a ação ou a omissão, a culpa ou o dolo do agente, a relação de causalidade e o dano.

Um desses requisitos, a demonstração da culpa ou do dolo, tratados aqui somente como culpa, no sentido amplo da palavra, será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

Sendo assim, é subjetiva a responsabilidade quando se estreita na ideia de culpa do agente, ou seja, quando o ato culposo ou doloso do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. E é objetiva a que prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e nexos de causalidade. São os casos em que a lei, sob a teoria do risco, pode impor a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa.

Apesar da ideia de culpa presumida ter sido um dos estágios na evolução do sistema da responsabilidade subjetiva para o da responsabilidade objetiva, não se confunde a responsabilidade objetiva com as poucas hipóteses em que a culpa é presumida na responsabilidade civil subjetiva. Por exemplo, são as hipóteses estabelecidas pela jurisprudência, “a do motorista que colide contra a traseira do veículo que lhe vai à frente e a do que sobe com o carro na calçada e atropela o transeunte”. (GONÇALVES, 2012, p. 322).

Nesses casos, o elemento da culpa não é desprezado como é na responsabilidade civil objetiva, mas sim presumido, pois deriva das circunstâncias especiais em que ocorreu o fato danoso. Para Cavalieri Filho (2012, p. 42) esse sistema foi um mecanismo criado para favorecer a posição da vítima nos casos em que a prova da culpa era uma barreira intransponível para a vítima. Vê-se, portanto, que a culpa presumida não afastou o critério subjetivo da responsabilidade civil, apenas redistribuiu o ônus da prova, pois, em razão da presunção ser relativa, cabe aqui ao demandado provar que não agiu com comportamento culposos.

Toda essa inovação em matéria de responsabilidade civil, com a ampliação do conceito de culpa, atendeu a necessidades prementes da vida social, uma vez que a culpa, para Cavalieri Filho (2012, p. 18), a partir do desenvolvimento industrial, passou a se mostrar insuficiente para regular todos os casos de

responsabilidade, a começar pela dificuldade de sua prova que inviabilizaria a indenização para a parte presumivelmente mais vulnerável.

O atual Código Civil (BRASIL, 2002), apesar de regular inúmeros casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se, como regra geral, à teoria subjetiva e exige a prova do dolo ou da culpa, em sentido estrito, como fundamento para a obrigação de reparar o dano. É o que se pode verificar pela redação do art. 186, que exigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano ao dispor sobre “ação ou omissão voluntária” e “negligência ou imprudência”.

Como mencionado, ainda que o Código Civil (BRASIL, 2002) e as diversas leis esparsas autorizem a aplicação da responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, em determinadas situações bem específicas e determinadas, o legislador conferiu certa discricionariedade ao magistrado por permitir-lhe definir como objetiva a responsabilidade do causador do dano no caso concreto sem que essa hipótese esteja prevista taxativamente na lei.

É o caso da norma aberta do parágrafo único do art. 927 do CC¹⁰, que deixou a critério da jurisprudência conceituar e apontar as atividades que acarretem elevado risco ou perigo de dano, para as quais poderá ser aplicada a teoria objetiva, sem a análise da culpa.

Depreende-se, no entanto, que esta atividade seja costumeira do ofensor e não uma atividade esporádica ou eventual, tendo em vista o que o texto legal exige – que esta seja uma “atividade normalmente desenvolvida” (BRASIL, 2002). Complementando o assunto, Cavalieri Filho (2012, p. 187) salienta ainda que, além de “conduta reiterada, habitualmente exercida”, essa atividade, seja “organizada de forma profissional ou empresarial para fins econômicos”.

Vê-se que, se levado ao pé da letra o vocábulo amplo e abrangente “implicar, por sua natureza, risco” (BRASIL, 2002), várias serão as atividades que ensejarão na responsabilidade objetiva, pois diversas são as que implicam risco de alguma forma, inclusive quando alguém dirige seu veículo. Por isso que, para Cavalieri Filho (2012, p. 188, grifo do autor), o critério identificador da atividade de risco é distinguir risco inerente de risco criado:

¹⁰ Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

[...] **risco inerente**, é aquele intrinsecamente atado à própria natureza da atividade, à sua qualidade ou modo de realização, de tal forma que não se pode exercer essa atividade sem arrostar certos riscos. [...], como por exemplo, os transportes de qualquer natureza, serviços públicos em geral – fornecimento de luz, gás, água, telefone –, serviços médico-hospitalares e outros tantos. [...] **risco adquirido** quando a atividade normalmente não oferece perigo a alguém, mas pode se tornar perigosa (eventualmente) em razão da falta de cuidado de quem exerce.

Nesse sentido, o STJ (BRASIL, 2012)¹¹ já entendeu constituir atividade risco a do transportador de mercadorias e, conseqüentemente, haver o dever de indenizar pelos danos que o tráfego intenso de caminhões em via pública ocasionou em imóvel residencial demolido pelo risco de desmoronamento.

Tal dispositivo só corrobora com a teoria do risco, em cujos fundamentos a responsabilidade objetiva busca se justificar. As nuances dessa teoria, entre elas a teoria do risco criado e a do risco proveito, sustentam ser o sujeito responsável pelos riscos e perigos que sua atuação promove, ainda que toda diligência seja utilizada para evitar o dano. As duas teorias são tratadas da seguinte forma pela doutrina:

Para essa [teoria do risco], toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “**risco-proveito**”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável [...]; ora mais genericamente como “**risco criado**”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (GONÇALVES, 2012, p. 49, grifo nosso).

Por fim, Venosa (2012, p. 16) discorre sobre a atual tendência evolutiva à teoria do risco integral, modalidade defendida excepcionalmente para determinadas situações em que se justifica o dever de indenizar até mesmo quando não existe o nexo causal. Sendo assim, haveria o dever de indenizar simplesmente com o dano, ainda que preexistisse alguma excludente de responsabilidade.

2.2.3 Responsabilidade indireta e direta

No âmbito da responsabilidade civil, o que interessa é identificar a conduta que reflete na obrigação de indenizar ou, como prefere Gonçalves (2012, p. 112), “deve haver nexo de causalidade entre o dano indenizável e o ato ilícito

¹¹ Agravo Regimental nº 210.501/SP.

praticado pelo agente”. Nesse sentido, somente responderia pelo dano, em regra, aquele que lhe der causa.

Contudo, a lei estabelece alguns casos em que uma pessoa é responsável e suscetível de ser demandada, mesmo sem ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Em razão disso, há uma responsabilidade civil direta e uma indireta. Para Venosa (2012, p. 5), “a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra no ordenamento está ligado ao ofensor”.

Entretanto, isso não ocorre de modo indiscriminado, pois a responsabilidade civil só é repassada àquele que não concorreu diretamente para o dano, se entre este e o causador do dano houver algum vínculo jurídico que resulte em um dever de guarda, vigilância ou custódia. Na verdade, as pessoas não respondem por fato de outrem, mas sim pelo fato próprio da omissão, como assevera Cavalieri Filho (2012, p. 205, grifo nosso):

Não se trata, em outras palavras, de responsabilidade por fato alheio, mas **por fato próprio decorrente da violação do dever de vigilância**. Por isso, alguns autores preferem falar em responsabilidade por infração dos deveres de vigilância, em lugar de responsabilidade pelo fato de outrem.

Cabe ressaltar, no entanto, que a responsabilidade indireta, ou complexa, além de brotar de ato de terceiro com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, também provém de fato de animal ou de coisas inanimadas que estão sob sua guarda.

No caso de responsabilidade por fato de outrem, apesar da confusão de parte da doutrina em exemplificar como hipótese de culpa presumida a responsabilidade indireta, como em Cavalieri Filho (2012, p. 42) e em Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 14), não há mais que se falar em culpa presumida, como era na vigência do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916). Hoje, em razão do art. 933¹² dispor que as pessoas referidas nos incisos do art. 932¹³, ambos do Código

¹² Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (BRASIL, 2002).

¹³ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo

Civil de 2002, responderão “ainda que não haja culpa de sua parte” (BRASIL, 2002), fica claro que a responsabilidade por fato de outrem é agora objetiva.

Há de se mencionar aqui a incidência do concurso de duas modalidades distintas de culpa, a do agente diretamente causador do dano e a do responsável pela indenização, esta objetiva, aquela subjetiva. Assim, por exemplo, só nasce a responsabilidade dos pais, caso configure a prova da culpa do filho menor, ou seja, caso o ato praticado por ele tenha condições de ser considerado culposo se fosse praticado por pessoa imputável. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 206).

Temos como exemplo um caso real, duas crianças, enquanto brincavam com uma arma de pressão, uma delas, de 8 anos de idade, atingiu o olho direito da outra, de 12 anos, deixando-a cega daquela vista. Embora inimputável o menor causador do dano, seus pais são responsáveis, porque em tese a culpa estaria configurada (se o ato tivesse sido praticado por alguém imputável) [...]. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 207).

Um dos outros casos de responsabilidade indireta corresponde à responsabilidade por fato das coisas. Em regra, essa responsabilidade é atribuída ao dono da coisa, no entanto, a doutrina preferiu estabelecer a noção de guarda, a qual, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 172), “entenda-se não apenas o proprietário (guardião presuntivo), mas, até mesmo, o possuidor ou o mero detentor do bem, desde que no momento do fato tivesse o seu poder de comando ou direção intelectual”. Como se vê, a responsabilidade do dono é presumida, ao passo que pode ser elidida por prova de que tenha transferido juridicamente ou perdido por motivo justificável a posse da coisa, como, por exemplo, nos casos de locação, comodato ou furto.

Deve atentar-se que, caso o dano decorrente de fato das coisas estiver inserido em uma relação de consumo, não será aplicada a teoria do Código Civil, mas sim do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a sua disposição sobre os casos envolvendo fato da coisa por defeito do produto ou serviço, mesmo

que haja disciplina em comum entre os dois textos legais, vide art. 931 do CC¹⁴ e art. 12¹⁵ e art. 14¹⁶ do CDC.

No atual Código Civil, mesmo que cogite os danos derivados de animais, de ruína de edifícios e de coisas caídas de prédios, não há nenhum dispositivo que estabeleça, de forma genérica, a responsabilidade dos donos de objetos ou coisas que provoquem dano. No entanto, parece ilógico responsabilizar o proprietário do animal e do imóvel e não responsabilizar dessa maneira o proprietário das demais coisas inanimadas. (GONÇALVES, 2012, p. 189).

Sendo assim, como segundo Cavalieri Filho (2012, p. 234), “não resta a menor dúvida de que o Código de 2002 estabeleceu responsabilidade objetiva para o proprietário do animal e do edifício”, e essa deve ser a regra para a guarda das demais coisas.

Assim, mesmo que a coisa se faça instrumento de um dano por falta de vigilância ou cuidado daquele que tem a sua guarda, trata-se aqui de responsabilidade objetiva, pelo mesmo princípio da teoria do risco, ou seja, “quem utiliza uma coisa, e dela tira proveito, suporta os riscos quando a coisa causa dano, independente de culpa”. (JOSSERAND, apud CAVALIERI FILHO, 2012, p. 233).

Só se deve falar em responsabilidade pelo fato da coisa quando ela dá causa ou evento sem a conduta direta do dono ou de seu preposto – como, por exemplo, a explosão de um transformador de energia elétrica; o elevador que, por mau funcionamento, abre a porta indevidamente, acarretando a precipitação da vítima no vazio; a escada rolante que prende a mão ou o pé de uma criança; o automóvel mal estacionado em via pública, sem sinalização ou sem estar devidamente freado numa rua em aclave, que se desprende e bate em outro veículo ou em uma pessoa. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 227).

Com relação aos veículos, no caso de acidentes de trânsito, ainda é aplicado o conceito tradicional da culpa, uma vez que geralmente as causas e

¹⁴ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. (BRASIL, 2002).

¹⁵ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos [...] de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, 1990).

¹⁶ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990).

desdobramentos dos sinistros geralmente evidenciam uma conduta culposa dos motoristas.

No entanto, para Gonçalves (2012, p. 486), como “o conceito tradicional de culpa nem sempre se mostra adequado para servir de suporte à teoria da responsabilidade civil”, “procurou-se proporcionar maiores facilidades à sua prova”. Na medida em que circunstâncias do fato e de outros elementos favoráveis passaram a ser consideradas, foi-se presumindo a culpa do réu e formando uma verdadeira inversão do ônus da prova para favorecer a situação da vítima. Inclusive, para o autor, a jurisprudência estaria caminhando no sentido de admitir a teoria do risco objetivo para responsabilizar o motorista do veículo nos casos de atropelamento, sem culpa da vítima, e de abalroamentos de veículos parados ou de outros objetos fixos.

Ademais, pelo atual Código Civil, não há o que se questionar sobre a responsabilidade por fato de animais (art. 936)¹⁷, uma vez que segue os mesmos parâmetros já expostos da responsabilidade por fato das coisas. Já com relação à responsabilidade por ruína de edifício (art. 937)¹⁸ e por coisas caídas do prédio (art. 938)¹⁹, apesar de ambas igualmente se tratarem de responsabilidade objetiva, algumas diferenciações ocorrem.

Na primeira hipótese, trata-se de responsabilidade do dono do edifício, sob o fundamento do dever de segurança, por danos causados pelas partes do prédio que desabam ou desmoronam. Aqui, inclusive, poderá haver responsabilidade solidária entre o proprietário e o empreiteiro da obra. Já a segunda hipótese, refere-se à responsabilidade do morador, aquele que habita, sobre as coisas que caem do prédio ou são lançadas em lugar indevido, coisas que não fazem parte do prédio. E aqui, também pode haver responsabilidade solidária entre os condôminos, caso não seja possível identificar a unidade condominial de onde foi lançado o objeto. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 247-51).

¹⁷ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior. (BRASIL, 2002).

¹⁸ Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta. (BRASIL, 2002).

¹⁹ Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido. (BRASIL, 2002).

2.3 PRESSUPOSTOS

Como se viu, o atual Código Civil adotou como regra geral a teoria da responsabilidade subjetiva e, por isso, não poderia deixar de prever uma cláusula geral baseada na ideia de culpa, algo disposto no seu art. 927 – “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Conclui-se pela leitura desse dispositivo a obrigatoriedade de indenizar imposta àquele que cometer ato ilícito, causando dano a outrem.

O próprio artigo faz menção a outro, o art. 186, de onde é possível tirar o conceito de ato ilícito – “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002).

Do conceito de ato ilícito se depreende que a configuração do dever de indenizar pressupõe, em regra, a existência de quatro pressupostos – a ação ou a omissão, a culpa ou o dolo do agente, a relação de causalidade e o dano. (GONÇALVES, 2012, p. 52).

Apesar dos pressupostos tratados aqui serem típicos da responsabilidade extracontratual, eles também são comuns à responsabilidade contratual, com a ressalva de nesta ser a noção de culpa limitada à prestação descumprida.

2.3.1 Ação ou omissão

Primeiramente, o art. 186 do CC (BRASIL, 2002) se refere à “ação ou omissão”, no entanto, como já estudado, a responsabilidade pode derivar tanto de ato próprio, quanto de ato de terceiro que esteja sob a guarda daquele que responde, e também de danos causados por coisas e animais.

Posto isto, ação ou omissão diz respeito a uma conduta humana voluntária. E da análise da conduta humana, extraem-se dois elementos, um subjetivo, referente à vontade do agente, liame estudado na análise da culpa, e um objetivo, que corresponde ao aspecto físico, à exteriorização da atividade humana na forma de ação (comissão) ou omissão. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 25).

Em apertada síntese, Diniz (2006, p. 44) define essas duas nuances da conduta humana da seguinte maneira – “a comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou

da prática de certo ato que deveria realizar-se”. Cavalieri Filho (2012, p. 25) frisa sobre a relevância jurídica da omissão, pois “só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado”.

Para Gonçalves (2012, p. 58) é essencial que “a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”, ou seja, o aspecto voluntário da conduta humana “resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 27).

Assim, em um primeiro momento, entende-se que a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, ou seja, no descumprimento da lei especificamente ou, de modo geral, do dever indeterminado de não lesar ninguém, princípio implícito no art. 186 que se utiliza da expressão “violar direito” (BRASIL, 2002).

No entanto, apesar da redação do art. 927, que obriga a reparação do dano decorrente de conduta antijurídica, é possível dizer que a ilicitude não acompanha necessariamente a conduta humana motivadora da responsabilidade civil, pois, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 31), “a imposição do dever de indenizar poderá existir mesmo quando o sujeito atua licitamente, [...] ainda que excepcionalmente, por força de norma legal”.

A responsabilidade por ato lícito, apesar de ser facilmente encontrada no nosso ordenamento jurídico, como dito, é uma situação excepcional que depende sempre de previsão legal. A doutrina (GONÇALVES, 2012, p. 52) a exemplifica apontando os casos dos atos praticados em estado de necessidade (art. 929), do dono do prédio encravado que exige passagem pelo prédio vizinho mediante o pagamento de indenização cabal (art. 1285) e o do proprietário que penetra no imóvel vizinho para fazer limpeza, reformas e outros serviços considerados necessários (art. 1.313).

Retornando ao conceito de ato ilícito, importante é entender também o duplo aspecto da ilicitude – o subjetivo e o objetivo. Isso nos permite falar em ato ilícito também em duplo sentido – o estrito e o amplo, postura dicotômica adotada pelo atual Código Civil.

Conforme aduz Cavalieri Filho (2012, p. 13), em sentido amplo, o ato ilícito, fundado no aspecto objetivo da ilicitude, corresponde simplesmente à conduta

humana antijurídica, contrária ao Direito, e é fato gerador da responsabilidade objetiva. Já no seu sentido estrito, ante o aspecto subjetivo da ilicitude, é levado em conta não somente o comportamento contrário ao direito positivo, mas também a culpa do agente, ou seja, a necessária vontade do agente para que o ato seja imputável a ele.

É por isso que, como pressupõe Venosa (2012, p. 24), “no sistema da responsabilidade subjetiva, o elemento subjetivo do ato ilícito, que gera o dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta do agente”.

Sobre a imputabilidade, a doutrina a tem nos seguintes termos:

“Imputar” é atribuir a alguém responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; **imputável é aquele que podia ter agido de outro modo**. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 26, grifo nosso).

E por tal razão que, não é possível responsabilizar diretamente o agente que, no momento em que pratica um ato danoso, não tinha capacidade para entender o caráter reprovável da conduta e para agir de outro modo. Para Diniz (2006, p. 50), são as circunstâncias a seguir, fatores que constituem exceções à imputabilidade:

- a) a menoridade;
- b) a demência ou o estado grave de desequilíbrio mental, acarretado pelo alcoolismo ou pelo uso de drogas, ou o de debilidade mental, que o torne incapaz de controlar suas ações;
- c) a anuência da vítima;
- d) o exercício normal de um direito;
- e) a legítima defesa;
- f) o estado de necessidade.

No caso das alíneas “a” e “b”, apesar de não lhes ser imputada a responsabilidade, a obrigação de reparar o dano é imposta àquele que tinha o dever de vigilância, por via da responsabilidade indireta, já estudada. As demais hipóteses serão estudadas conjuntamente em seção própria, no entanto, por hora, frisa-se que também existem poucas hipóteses em que mesmo inimputável, o agente é obrigado a reparar o dano.

2.3.2 Culpa ou dolo

Conforme já mencionado, a culpa é um dos elementos constitutivos da conduta humana e se refere à vontade do agente. A vítima geralmente tem de provar a culpa do agente, nos ditames da teoria subjetiva, no entanto, sabe-se que o direito positivo admite alguns casos de responsabilidade sem culpa – a responsabilidade objetiva, visto que em inúmeros casos o ônus da prova da culpa surge como uma barreira intransponível para a vítima.

Sendo assim, de acordo com o art. 186 do CC (BRASIL, 2002), a culpa, no sentido amplo da palavra, como violação de um dever jurídico, importa numa “ação ou omissão voluntária”, o dolo, ou numa “negligência ou imprudência”, a culpa em sentido estrito, termos assim definidos pela doutrina:

O **dolo** consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a **culpa**, na falta de diligência. **Dolo**, portanto, é violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico. [...] Em suma, no **dolo** o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na **culpa** ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente da falta de cuidado. (GONÇALVES, 2012, p. 317, grifo nosso).

Assim, no caso de dolo, há uma conduta voluntária que se dirige deliberadamente à concretização de um resultado danoso, ao passo que, no caso de culpa, no sentido estrito, o dano experimentado pela vítima é decorrente de comportamento negligente, imprudente ou imperito. Em outras palavras, consiste “na violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los”. Pode-se dizer inclusive que essa culpa caracteriza-se pela comparação do comportamento do lesante com o daquele “que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo”. (GONÇALVES, 2012, p. 316).

Por derradeiro, a caracterização da culpa em sentido estrito importa maior dificuldade, motivo pelo qual se faz relevante extrair os seus elementos, nos termos de Cavalieri Filho (2012, p. 36):

- a) conduta voluntária com resultado involuntário;
- b) previsão ou previsibilidade: previsto é o resultado que foi representado, mentalmente antevisto (culpa consciente), algo próximo do dolo, e previsibilidade é a possibilidade de provisão, é o resultado que poderia ter sido previsto e evitado;

c) falta de cuidado, cautela ou atenção: o mesmo que violação do dever de cuidado.

Como dito, a falta de cautela, na culpa em sentido estrito, se exterioriza pela imprudência, pela negligência ou pela imperícia, as quais são definidas assim por Gonçalves (2012, p. 318, grifo nosso):

[...] **imprudência** é conduta positiva, consistente em uma ação da qual o agente deveria abster-se, ou em uma conduta precipitada. [...] A **negligência** consiste em uma conduta omissiva: não tomar as precauções necessárias, exigidas pela natureza da obrigação e pelas circunstâncias, ao praticar uma ação. [...] Por fim, a **imperícia** é a incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função, profissão ou arte.

Ademais, falar sobre os graus de culpa parece irrelevante, uma vez que, além de o Código Civil, em regra, não fazer essa distinção sobre os graus de culpa, a indenização não se mede pela gravidade da culpa e sim pelo dano, em sua totalidade. Assim, qualquer culpa, ainda que leve, obriga a indenizar toda a extensão do dano, conforme mencionado no art. 944²⁰.

No entanto, a lei tratou de mitigar o princípio da indenização integral e conferiu certa discricionariedade ao juiz para fixar a indenização nos moldes da culpa. Esse instituto, dada a redação do parágrafo único daquele artigo, segundo Cavalieri Filho (2012, p. 40), “só tem aplicação nos casos de culpa levíssima em que o ofensor tenha causado danos de grandes proporções à vítima”.

O mesmo ocorre com as modalidades da culpa *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiendo*, as quais, na vigência do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) eram aplicadas, por exemplo, e nesta ordem respectiva, aos patrões pela má escolha de seus funcionários, aos pais pelos atos de seus filhos e ao dono pelo seu animal, tendo em vista a subjetividade da responsabilidade civil naquela época. Essas espécies de culpa estão em extinção, em razão do art. 933 do atual Código Civil (BRASIL, 2002) estabelecer responsabilidade objetiva para estes casos.

²⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

2.3.3 Relação de causalidade

De início, pode-se afirmar que o nexo de causalidade é o elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, tanto a subjetiva, quanto a objetiva, pois, antes mesmo de estabelecer se o agente agiu ou não com culpa, é necessário verificar se a sua conduta deu causa ao resultado danoso.

Assim, de nada adianta examinar a culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano. É preciso que o resultado danoso tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, vale dizer, que tenha entre ambos uma imprescindível relação de causa e efeito.

No entanto, para Gonçalves (2012, p. 350), a problemática do assunto gira em torno de saber quais critérios poderão ser utilizados para chegar-se à conclusão de, no concurso de várias circunstâncias, qual delas foi fator determinante para o prejuízo.

Em que pese a confusão doutrinária acerca da teoria do nexo causal adotada pelo Código Civil, que teria adotado a teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos ou imediatos, diante da redação do art. 403²¹, conclui-se que o essencial é haver entre uma conduta e o dano uma relação de causa e efeito direta e imediata.

Sendo assim, Cavalieri Filho (2012, p. 54) “considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva”. Ou seja, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 90), “considera-se apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”. O seguinte exemplo, apontado por Gonçalves (2012, p. 353), como ele mesmo diz, é clássico na doutrina para o que se propõe:

[...] o acidentado que, ao ser conduzido em uma ambulância para o hospital, vem a falecer em virtude de tremenda colisão da ambulância com o outro veículo, responderia o autor do dano primeiro da vítima, o responsável pelo seu ferimento, apenas pelos prejuízos de tais ferimentos oriundos. Pelos danos da morte dessa mesma vítima em decorrência do abalroamento da ambulância, na qual era transportado ao hospital, com o outro veículo, responderia o motorista da ambulância ou o do carro abalroado, ou ambos.

²¹ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL, 2002).

Mas o agente do primeiro evento não responderia por todos os danos, isto é, pelos ferimentos e pela morte.

Estando certo que ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa, cruciais são os casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao agente do dano – hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, que serão debatidas a frente.

De outro modo, as concausas – preexistentes, supervenientes e concomitantes, apesar de concorrerem para o agravamento do dano, geralmente não possuem o condão de excluir o nexos causal desencadeado pela conduta principal.

As causas preexistentes são aquelas que já existiam quando da conduta do agente, ou seja, são antecedentes ao próprio desencadeador do nexos causal. São, por exemplo, condições pessoais de saúde da vítima que, embora agravem o resultado, em nada diminuem a responsabilidade do agente, quem responde inevitavelmente pelo resultado mais grave. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 63).

Já a causa superveniente ocorre depois do desencadeamento do nexos causal e também concorre para o agravamento do resultado. Esta concausa superveniente só deixa de ter relevância, não se culpando assim o agente, quando “rompendo o nexos causal anterior, erige-se em causa direta e imediata do novo dano”, como é aquele caso do acidentado que, ao ser conduzido em uma ambulância para o hospital, vem a falecer em virtude de tremenda colisão da ambulância com o outro veículo. O mesmo ocorre na causa concomitante, aquela que, por si só, acarreta o resultado, como é o caso da paciente que morre durante o parto por ruptura de um edema que não guarda nenhuma relação com o parto e pode ter origem congênita. (GONÇALVES, 2012, p. 355).

2.3.4 Dano

Mesmo que possa haver responsabilidade sem culpa, diante dos termos utilizados pelo legislador no art. 186 do CC – “e causar dano” (BRASIL, 2002), não pode haver responsabilidade civil ou dever de indenizar sem a ocorrência de dano. Assim, se a vítima não sofreu nenhum dano, não há que se falar em indenização. Enneccerus (apud Gonçalves, 2012, p. 357) conceitua dano da seguinte forma:

[...] toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc). [...] Como, via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial, a palavra dano se emprega correntemente, na linguagem jurídica, no sentido de dano patrimonial.

No entanto, sabe-se que a reparação dos danos não abrange somente os danos patrimoniais, aqueles bens e direitos economicamente apreciáveis, mas também os danos morais, como é o caso da lesão aos direitos da personalidade. Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 56) preferem utilizar o termo “dano não-patrimonial” para se referir às lesões do patrimônio imaterial, negando até mesmo a utilização de “dano extrapatrimonial”, como muitos aduzem.

Para Diniz (2006, p. 71) o dano patrimonial vem a ser “a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consiste na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável”.

A maneira de reparação do dano material encontra exposta no art. 402 do CC²². O termo utilizado pelo legislador, “as perdas e danos” (BRASIL, 2002), correspondem na verdade ao dano emergente e ao lucro cessante. Para Gonçalves (2012, p. 363), enquanto o dano emergente “é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima”, o lucro cessante “é a frustração da expectativa de lucro”.

A liquidação do dano patrimonial, na hipótese de dano emergente, se processa com mais facilidade, tendo em vista que se pode apurar com quase precisão o desfalque no patrimônio, o que “efetivamente perdeu” (BRASIL, 2002). Por outro lado, a liquidação do lucro cessante é mais complexa, pois parte-se do conceito legal aberto do que se “razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL, 2002).

Para Venosa (2012, p. 42), o lucro cessante deve ser considerado o que a vítima teria efetivamente recebido se não tivesse ocorrido o dano, e aqui somente se incluiriam os lucros cessantes por efeito direto e imediato, assim como naquela teoria adotada no nexo de causalidade.

Percebe-se que, em matéria de responsabilidade civil, a complexidade gira mais em torno de conferir à vítima a indenização mais adequada do que se convencer da culpa. Apesar do dano patrimonial, algo suscetível de valoração, poder

²² Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL, 2002).

ser reparado tanto diretamente, com a reconstituição específica da situação anterior à lesão, quanto indiretamente, por meio de equivalente indenização pecuniária, no dano moral essa possibilidade já não ocorre, “eis que a honra violada jamais pode ser restituída à sua situação”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 50).

E porque, na maioria das vezes, torna-se impossível devolver a vítima ao estado em que se encontrava, prefere-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária, como é caso do disposto no art. 947 do CC²³.

A outra espécie de dano, o moral, “é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 55).

Ante a resistência que encontrava a teoria da reparação do dano moral por falta de disposição legal, mesmo que genérica, a Constituição Federal, nos incisos V e X do art. 5^o²⁴, e depois mais tarde o Código Civil, no art. 186, acabaram por reconhecer a reparabilidade dos danos morais. Outra questão consolidada somente após a edição da súmula nº 37 do STJ²⁵ foi a possibilidade de cumulação do dano moral com o material.

Diante da adoção de princípios genéricos pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a falta de critérios objetivos e a enumeração meramente exemplificativa, estabelecer o que configura e o que não configura dano moral vem se tornando uma questão temerosa para a doutrina e a jurisprudência. Para vencer o impasse, a doutrina caracteriza assim o dano moral:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 93)

²³ Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente. (BRASIL, 2002).

²⁴ [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

²⁵ São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. (BRASIL, 1992).

Assim, não deve o julgador afastar-se das diretrizes traçadas pela lei, sob pena de serem considerados danos morais os pequenos incômodos e desprazeres a que todos estão sujeitos na vida em sociedade, algo que acabaria por banalizar o dano moral, ensejando indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (GONÇALVES, 2012, p. 380).

Outra questão controversa é a prova do dano moral, pois, por se tratar de algo imaterial, não pode ser feita nos mesmos moldes da comprovação do dano material. Para resolver a problemática, Cavalieri Filho (2012, p. 97) expõe duas soluções. A primeira é entender que o dano moral está incutido na própria ofensa, ou seja, decorre da gravidade do ilícito em si. Por essa razão, a ofensa grave e a repercussão já justificariam a concessão de uma satisfação pecuniária. A segunda é conceber que o dano moral deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, tanto que, se provada a ofensa, está demonstrado o dano por uma presunção natural.

Além do dano material, cumulativamente ao dano moral, tem se cogitado o dano estético, aquele ligado às deformidades físicas do corpo humano. Sobre o assunto, Cavalieri Filho (2012, p. 113) prefere o entendimento de que não seja possível acumulação do dano moral e do dano estético, na medida em que ou o dano estético importa em dano material (a atriz que não pode exercer sua profissão em razão de deformidade) ou está compreendido no dano moral (pelo vexame e humilhação que defeitos físicos trazem a vítima).

No entanto, nos termos da súmula nº 387 (BRASIL, 2009) a questão foi consolidada pelo STJ já passou a ser “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, sob o seguinte argumento:

Prevaleceu na Corte Superior de Justiça o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo, ao sofrimento mental – dor na alma, aflição angustia a que a vítima é submetida. Um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo; outro é visível, porque caracterizado na deformidade. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 114).

De outro modo, cumpre frisar que a reparação civil do dano moral representa apenas uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza experimentada pelo ofendido. Assim, ao passo que a finalidade precípua do ressarcimento dos danos patrimoniais é recompor o patrimônio do lesado, na hipótese de danos morais, a finalidade é de compensação – uma reparação

satisfativa que busque proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenuie a ofensa causada, mesmo que não se possam mensurar os sentimentos.

Porém, como assevera Gonçalves (2012, p. 397), é inegável a natureza sancionatória indireta, tanto do ressarcimento do dano patrimonial, quanto da reparação pecuniária do dano moral. Isto constitui uma sanção imposta ao ofensor que causa a diminuição do seu patrimônio e serve para desestimulá-lo à repetição do ato.

Em que pese serem os direitos da personalidade intransmissíveis e imprescritíveis, a pretensão ou direito de exigir sua reparação pecuniária, em caso de ofensa, é transmissível aos herdeiros, nos termos do art. 943 do CC²⁶, ao mesmo tempo em que está sujeita à prescrição, na forma do art. 206, § 3º, V, também do CC²⁷, que dispõe ser de três anos a pretensão de qualquer reparação civil.

2.4 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As causas excludentes de responsabilidade advêm das circunstâncias que atacam um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil. Por derradeiro, se tomarmos a culpa como elemento para a caracterização da responsabilidade civil, quando adotada a perspectiva subjetiva, a comprovação desse elemento anímico fulmina também com a ocorrência de causa excludente.

No entanto, o que se quer é estabelecer sistematicamente regras que sirvam para todas as formas de responsabilidade civil. Assim, podem ser consideradas excludentes da responsabilidade civil tanto as que provêm de causas que rompem o nexo causal, quanto de circunstâncias que, embora causem danos a outrem, não constituem ato ilícito.

No último caso, como a obrigação de indenizar só ocorre quando há cumulativamente um ato ilícito e um dano a outrem, nem sempre haverá coincidência entre dano e ilicitude. Assim, haverá hipóteses em que a conduta do agente, embora cause dano a outrem, não viola dever jurídico, ou seja, não haverá necessariamente o dever de indenizar. São os casos de estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de um direito.

²⁶ Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança. (BRASIL, 2002).

²⁷ Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil; (BRASIL, 2002).

Já as causas de rompimento do nexos causal ficam por conta do caso fortuito e força maior, da culpa exclusiva da vítima e de fato de terceiro.

2.4.1 Estado de necessidade

A figura do chamado estado de necessidade está disposta no inciso II e parágrafo único do art. 188 do CC:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

[...]

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 102), o estado de necessidade “consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizem outra forma de atuação”. O autor conclui que nessa hipótese há uma verdadeira “colisão de interesses jurídicos tutelados”.

No entanto, ressalta-se que o ato danoso será considerado lícito somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e desde que não exceda os limites do indispensável para a remoção do perigo. Assim, o agente não está isento de atuar nos limites da necessidade para a remoção da situação perigo, pois será responsabilizado por qualquer excesso que venha a cometer.

Para a doutrina, o estado de necessidade é o caso do “sujeito que desvia seu carro de uma criança, para não atropelá-la, e atinge o muro da casa, causando danos materiais”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 102).

Entretanto, mesmo que a lei declare que o ato praticado em estado de necessidade não seja ato ilícito, não se exime àquele que o pratica do dever de reparar o prejuízo que causou. O próprio Código Civil, no art. 929²⁸ e no art. 930²⁹, garante ao terceiro atingido que não for o causador da situação perigo a faculdade

²⁸ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhes o direito à indenização do prejuízo que sofreram. (BRASIL, 2002).

²⁹ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. (BRASIL, 2002).

de exigir indenização do agente que houvera atuado em estado de necessidade, cabendo a este a ação regressiva contra o verdadeiro culpado.

No exemplo acima, embora o motorista tenha agido licitamente, não o exonera de pagar a reparação do muro. Por consequência, o motorista terá ação regressiva contra o pai da criança para se ressarcir das despesas efetuadas, tendo em vista a responsabilidade objetiva deste.

2.4.2 Legítima defesa e exercício regular de um direito

Contrariamente ao estado de necessidade, que pode obrigar ao agente da conduta danosa a reparar o dano, está a legítima defesa e o exercício regular de um direito. Sobre as duas primeiras formas de excludentes, dispõe o art. 188, inciso I, do CC não constituir ato ilícito “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (BRASIL, 2002).

A regra básica do direito é que ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos, no entanto, não é possível esperar pela justiça estatal. Assim, o agente – usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem – tem excluída a obrigação de indenizar o ofendido pelo que vier a sofrer em virtude da repulsa a sua agressão, por aqui se constituir a legítima defesa. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 20).

Cumprido salientar que somente exclui o dever de indenizar, mesmo diante dos danos provocados, se o ato de legítima defesa foi praticado contra o próprio agressor. Assim, se o agente, ao praticar legítima defesa para repelir injusta agressão, atingir terceira pessoa, fica obrigado a reparar o dano da mesma maneira como ocorre no estado de necessidade. Aqui, por força do parágrafo único do art. 930, também caberá “a mesma ação [...] [ação regressiva] contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)”. (BRASIL, 2002).

Dessa mesma maneira, na chamada legítima defesa putativa, não há isenção de indenizar ao autor, visto que não exclui o caráter ilícito da conduta. Segundo Gonçalves (2012, p. 463), a legítima defesa putativa, embora seja uma causa de excludente da culpabilidade na justiça criminal, longe está de isentar da obrigação de indenizar a vítima do ato antijurídico, como por exemplo:

Encontra-se em legítima defesa putativa o agente que, em face de uma suposta ou imaginária agressão, repele-a, utilizando moderadamente dos meios necessários para a defesa do seu direito ameaçado. Exemplo clássico: Caio encontra o seu desafeto Tício. Este, então, leva a mão ao bolso para tirar um lenço. Caio, [...] imaginando que seu inimigo vai sacar uma arma, atira primeiro. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 105).

Assim como a legítima defesa, os danos praticados no exercício regular de um direito reconhecido também não são passíveis de indenização, pois o exercício regular de um direito “é o direito exercido regularmente, normalmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e os costumes”. Daqui se extrai a grande questão da responsabilidade – “agir em conformidade com a lei não gera responsabilidade civil”. São os casos de cobrança de uma dívida, da propositura de uma ação ou da penhora numa execução forçada. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 20).

Por outro lado, tanto a legítima defesa, quanto o exercício regular de um direito, podem se transformar em atos ilícitos se o seu titular exercer manifestadamente os limites impostos pela lei. Nesses moldes, quando o ato lícito ultrapassar os limites da ponderação configurar-se-á abuso de direito, ato ilícito disposto no art. 187 do CC³⁰.

Para Cavalieri Filho (2012, p. 12), diante da redação do art. 187 do CC, o abuso de direito foi concebido dentro de uma visão objetiva, onde a culpa não figura como elemento integrante. Ele figura nos limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico e social do Direito.

2.4.3 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e a força maior, por afetar a relação de causalidade, rompendo a ligação entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima, constituem igualmente excludente de responsabilidade, por disposição do art. 393 do CC:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2002).

³⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

Esse dispositivo, embora destinado à disciplina das obrigações, é aplicável não só à responsabilidade contratual, como também à extracontratual por consagrar um princípio geral de Direito. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 71).

Para Diniz (2006, p. 115), o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos, um objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e um subjetivo, que é na ausência de culpa na produção do evento. Com relação à culpa, “de qualquer forma, o caso fortuito e a força maior devem partir de fatos estranhos à vontade do devedor ou do interessado” (VENOSA, 2012, p. 57).

Mas com relação à inevitabilidade, Cavalieri Filho (2012, p. 72) assevera que deve ser apurada no caso em concreto, tendo em vista que “toda inevitabilidade é relativa, no tempo e no espaço”. E conclui que, “em razão do avançado estágio atual do progresso tecnológico e científico, do extraordinário aparato tecnológico de medidas de segurança destinadas a prever e diminuir os riscos, torna-se cada vez mais relativa a caracterização da irresistibilidade”. Por esse motivo, um assalto em um banco, a um carro forte, em um supermercado, em um ônibus ou na rua não poderão ter a mesma avaliação de inevitabilidade.

Semelhanças a parte, grande é a confusão na doutrina a respeito da conceituação individual do caso fortuito e da força maior. Com respeito aos demais posicionamentos, o que se destaca é o de Cavalieri Filho (2012, p. 71):

[...] estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da força maior, como próprio nome diz.

Assim, conclui-se que a imprevisibilidade é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, ao passo que a irresistibilidade é o da força maior. Por outro lado, a doutrina tem admitido a distinção entre caso fortuito interno e caso fortuito externo.

Segundo Alvim (apud Gonçalves, 2012, p. 476), o caso fortuito externo, correspondente à força maior, é a causa ligada à natureza e, por ser imprevisível, tem o condão de excluir totalmente a responsabilidade, tanto subjetiva, quanto objetiva. Já o caso fortuito interno, por ter sua causa ligada à pessoa (quando ocorre um mal súbito) ou à coisa (defeitos mecânicos), não afasta a responsabilidade se esta se fundar na teoria do risco.

Assim, não só em razão de já ter sido consagrada a teoria objetiva em caso do fato da coisa, mas também pela tendência a dar melhor proteção à vítima de modo a não deixá-la irressarcida, por exemplo, em caso de acidentes automobilísticos não se admite a exclusão da responsabilidade simplesmente pela incidência de caso fortuito interno, vale dizer, por problemas ou defeitos ligados à máquina e ao homem. (GONÇALVES, 2012, p. 476).

2.4.4 Culpa exclusiva da vítima

No caso de culpa exclusiva da vítima desaparece totalmente a responsabilidade do agente, mesmo que assim não seja expresso no atual Código Civil, simplesmente por deixar de existir o nexo de causalidade entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima.

A doutrina (DINIZ, 2006, p. 113) costuma dizer que nesses casos “a vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente”. Para Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 114) é “a hipótese do sujeito que, guiando o seu veículo segundo as regras de trânsito, depara-se com alguém que, visando suicidar-se, arremessa-se sob as suas rodas”.

Frisa-se que somente haverá quebra do nexo causal, com a conseqüente extinção da obrigação indenizatória, se houver atuação exclusiva da vítima, assim havendo concorrência de culpas, a indenização, mesmo que mitigada, será devida.

Lembra-se que a culpa concorrente ocorre quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima. Assim, na culpa concorrente, as duas condutas – a do agente e a da vítima – concorrem para o resultado em grau de importância e intensidade, de sorte que o agente não produziria o resultado sozinho, contanto, para tanto, com o efetivo auxílio da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 45).

Sobre essa matéria, há regra expressa no art. 945 do CC³¹. Assim, conforme salienta Gonçalves (2012, p. 466), “existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidade, de acordo com o grau de

³¹ Art. 945. 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. (BRASIL, 2002).

culpa”. Outra questão debatida é se pode ocorrer culpa concorrente na responsabilidade civil objetiva, aquela em que não há análise da culpa.

Para Cavalieri Filho (2012, p. 46) não há como falar em culpa concorrente em uma situação em que a culpa não é discutida. Contudo, para defender que mesmo em sede de responsabilidade objetiva é possível a participação da vítima na produção do resultado danoso, prefere visualizar na culpa concorrente uma verdadeira concorrência de responsabilidades ou de causas, motivo pelo qual pode surtir efeitos na responsabilidade, mesmo que objetiva, por ser o nexo causal pressuposto fundamental de qualquer espécie de responsabilidade.

Muito semelhante à culpa exclusiva ou concorrente da vítima, a teoria da autocolocação em risco, fruto de criação jurisprudencial, tem se mostrado uma alternativa para justificar a exclusão da responsabilidade na área cível, em que pese ser inicialmente tratada sob o enfoque penal.

Segundo Greco (2004, p. 103) a teoria da autocolocação da vítima em risco surgiu da evolução do conceito de vítima, a qual “não pode ser mais entendida como um ser inerte face ao crime”, pois muitas vezes a vítima não só interage com o autor do crime, como, em muitas vezes, cria o risco pra si própria e coloca-se em uma situação que a levará ao resultado danoso. A autora continua:

Nestes exemplos, os agentes não respondem pelo resultado causado, visto que as vítimas se colocaram em situação de risco criando para si próprias o perigo, que poderia ser evitado pelas mesmas, caso se omitissem de praticar tais condutas.

[...]

Quando se adota a autocolocação da vítima em risco, evita-se uma sobrecarga na culpabilidade do autor, pois sua conduta não foi a única fonte de elementos produtores do resultado lesivo. (GRECO, 2004, p. 104-5).

Apesar de haver muita discussão a respeito da aceitação desse instituto, o STJ (BRASIL, 2006) já concedeu ordem no *Habeas Corpus* nº 46.525/MT para trancar ação penal por ausência de nexo causal, dentre outros motivos, sob a luz dessa teoria.

A ausência do nexo causal se confirma na assertiva constante da própria denúncia, ao dizer que, "considerando-se a profundidade, altura e o biotipo da vítima, a perícia concluiu também que a piscina não apresentava riscos para uma pessoa em condições normais independentemente de saber ou não nadar, assim como as condições apresentadas pela vítima baseadas na dosagem alcoólica não impediriam a mesma de reagir para evitar o

afogamento, concluindo que a mesma afogou-se em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas". (BRASIL, 2006)

Para o relator o fato de a vítima ter sido jogada em piscina e se afogado em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, caracteriza uma autocolocação em risco, na medida em que o seu consentimento para a ingestão dessas substâncias configura causa de excludente da responsabilidade por ausência do nexo causal.

2.4.5 Fato de terceiro

Quando o fato de terceiro é causa exclusiva do evento, é excluída a responsabilidade tendo em vista o rompimento do nexo causal entre o aparente causador do dano e o dano sofrido pela vítima. E terceiro aqui, segundo Cavalieri Filho (2012, p. 69) “é qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado”.

Apesar de existir quem diga (GONÇALVES, 2012, p. 469) que “a culpa de terceiro não exonera o autor direto do dano do dever jurídico de indenizar”, sob a alegação de que o assunto vem regulado no art. 929 e no art. 930 do CC, referentes ao estado de necessidade, prefere-se outro entendimento.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 117), a questão do estado de necessidade em nada se confunde com o fato de terceiro, pois lá o sujeito causador do dano atua para livrar-se do perigo. Assim, quando o fato de terceiro rompe totalmente o nexo causal, sem que possa imputar a mínima participação ao agente, exonera completamente a responsabilidade do agente direto. Assim, deve a vítima voltar-se diretamente contra o terceiro para buscar a indenização.

Portanto, conclui-se que, nas palavras de Gonçalves (2012, p. 468), “a exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável”. Para Diniz (2006, p. 115), esse é o caso do pedestre que é atropelado pelo motorista de táxi em razão do caminhão desgovernado, que lança o automóvel sobre o transeunte.

A observação, neste caso, fica por conta do disposto no art. 735 do CC³², o qual dispõe, em síntese, que qualquer acidente ocorrido com o passageiro, mesmo que decorrente de culpa de terceiro, obriga o transportador a indenizar os prejuízos eventualmente ocorridos. Inclusive, o dispositivo legal, nos exatos termos, foi objeto da súmula nº 187 editada pelo STF.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 116), o dispositivo é compreensível na medida em que a obrigação do transportador é de resultado, pela inafastável cláusula de segurança. Em razão disso, deverá indenizar a vítima, sem prejuízo de eventual direito de regresso.

³² Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. (BRASIL, 2002).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Em última análise, a fonte produtora da responsabilidade jurídica é sempre o homem, tanto diretamente, quando indiretamente, no caso de responsabilidade por fato da coisa ou de animal. Da mesma maneira, qualquer entidade com personalidade jurídica criada pelo homem, seja ela de direito privado ou de direito público, pode, por ação ou omissão de seus agentes, ocasionar danos, empenhando a responsabilidade e, conseqüentemente, o dever ou obrigação de indenizar. Assim, a responsabilidade, como categoria jurídica, pode constituir um gênero mais amplo e, por isso, comportar duas espécies: a responsabilidade privada e a responsabilidade pública.

Apesar das diferenças quanto ao equacionamento e à solução dos problemas, as causas da responsabilidade, quer no campo do direito privado, quer no campo do direito público, são as mesmas. Ambas envolvem “a pessoa que infringe a norma, a pessoa atingida pela infração, o nexó causal entre infrator e infração, o prejuízo ocasionado, a sanção aplicável e a reparação”. (CRETELLA JUNIOR, 2002, p. 10).

No entanto, Cretella Júnior (2002, p. 26) pondera que a responsabilidade civil do Estado, ao assumir o caráter de instituto de direito público, mesmo que baseada em princípios gerais comuns a todos os ramos do Direito, regula-se por aspectos particulares, por normas próprias distintas das do direito privado. Paralelamente, Meirelles (2009, p. 656) conclui que são inaplicáveis os princípios subjetivos da culpa civil para responsabilizar o Estado, pois este, com todo poder e privilégios administrativos, não pode ser equiparado ao particular, alguém despojado de autoridade e prerrogativas.

Assim, a problemática da responsabilidade civil do Estado será a questão a ser enfrentada no presente estudo, pois a atividade estatal, assim como as demais atividades, pode causar danos ao lançar mão da peculiar posição jurídica superior em relação aos administrados.

Sobre a denominação *responsabilidade civil do Estado*, Gasparini (2012, p. 1123) recorre à explicação de que a palavra *civil* não significa que a responsabilidade do Estado é regulada, em absoluto, pelo direito privado (Direito Civil), mas que o Estado deve satisfazer a devida reparação econômica, meramente patrimonial.

De outro modo, a utilização do vocábulo *civil* na denominação da responsabilidade estatal também é criticável no sentido de que, conforme Cretella Júnior (2002, p. 53), é mais preciso utilizar somente *responsabilidade do Estado*, porque a Administração jamais pode ser objeto de responsabilidade penal ou disciplinar, tão somente pode ser responsabilizada civil ou patrimonialmente. A responsabilidade penal ou disciplinar é compatível, por sua vez, com a pessoa física que age em nome do Estado e que suportará as sanções correspondentes.

Além disso, parte da doutrina, como Meirelles (2009, p. 655), por exemplo, prefere a designação *responsabilidade civil da Administração Pública*. Segundo o autor, “em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade polícia”, atos que, em princípio, não geram responsabilidade civil. E conclui que a obrigação de indenizar imposta ao Estado emerge da atividade administrativa dos órgãos públicos e não dos atos de governo.

Destaca-se o posicionamento de autores como Gasparini (2012, p. 1122), Di Pietro (2007, p. 595) e Cavalieri Filho (2012, p. 252). O primeiro assevera que “o dano pode advir de atos legislativos ou judiciais, e não só de atos e fatos administrativos”. Já os dois últimos preferem a teoria de que é errado atribuir responsabilidade civil à Administração Pública, uma vez que não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas ou privadas que o representam.

Paralelamente, Venosa (2012, p. 109), ao discutir a questão da responsabilidade em razão da atividade jurisdicional, conclui que a responsabilidade do Estado “é possível em face de qualquer ato lesivo praticado, pouco importando sua origem, desde que seja de agente do Estado, no exercício de sua função ou em razão dela”. Assim, pode decorrer de qualquer nível de atuação, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

Ademais, tratar-se-á da responsabilidade extracontratual (ou aquiliana) do Estado e não da responsabilidade contratual, aquela decorrente de ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros e que se resolve com base nas cláusulas dos contratos.

De início, partir-se-á do conceito de Gasparini (2012, p. 1123), o qual assevera que a responsabilidade civil do Estado é “a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral

comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável”.

Aqui, observa-se que, ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade geralmente exige um ato ilícito, contrário à lei, no direito público ela também pode decorrer de atos ou comportamentos lícitos que causarem danos a pessoas determinadas.

Assim, no sentido de Cretella Júnior (2002, p. 101), “qualquer ato administrativo lícito que traga prejuízo ao administrado gera a obrigação de indenizar”, de modo que o Estado só é responsável por suas atividades danosas, “por que tais atividades, exercidas em benefício de todos, trazem implícito o princípio que diz: quem tem as vantagens deve suportar os riscos”. Por isso, “seria injusto que um só aceitasse os prejuízos que o acaso fez recair sobre ele”. É a hipótese, para Gasparini (2012, p. 1123), da “construção de um calçadão que interessa à coletividade, não obstante impeça a utilização de um prédio, construído e regularmente utilizado como garagem”.

A questão da responsabilidade civil do Estado por ato lícito é pouco enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência diretamente, de modo que parece confuso conceber a existência de uma conduta lícita causadora de dano. Tanto é que, se levar em conta aquele conceito de ilicitude em sentido amplo para fundamentar a responsabilidade estatal – em que se cogita apenas o seu aspecto objetivo, no sentido da objetiva violação de um dever jurídico, do dever indeterminado de não lesar ninguém –, qualquer conduta dos agentes do Estado que causarem danos a terceiros constitui ato ilícito em razão do dever jurídico imposto de que a ninguém se deve lesar.

Em que pese a complexidade do assunto, que inclusive merece ser tratado em trabalho monográfico próprio, a solução para compreender a responsabilidade civil do Estado por ato lícito talvez esteja na ideia de que o ato é lícito na sua essência, porém ilícito na medida em que se concretiza e fere direitos alheios.

Nesse sentido, Mello (2007, p. 958) assevera que em tais casos “o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não tem por conteúdo próprio o sacrificar o direito de outrem”, no entanto, “o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, violando-os, como mero subproduto, como simples resultado ou seqüela de uma ação legítima”. Em continuidade, dá o seguinte exemplo (MELLO,

2007, p. 959): “[...] o nivelamento de uma rua. Procedido este [o Estado], com toas as cautelas e rigores técnicos, algumas casas ficarão, inevitavelmente, abaixo ou acima do nível da rua, com manifestos prejuízos para seus proprietários”.

Cumprе frisar que, assim, para Mello (2007, p. 958), não se incluem na seara da responsabilidade estatal os casos em que a norma jurídica permite à Administração Pública investir diretamente contra o direito de terceiro, sacrificando seu interesse em prol do interesse público, como é nos casos de desapropriação. Nesse mesmo sentido, continua o autor:

Percebe-se que a situação é inteiramente distinta dos casos em que a lei autoriza a desapropriar, destruir preventivamente certos bens etc. [...] Entendemos necessário discernir, e sacar para fora do campo da responsabilidade, apenas o casos em que o **Direito confere à Administração poder jurídico diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem.** (MELLO, 2007, p. 960, grifo nosso).

Com relação ao fundamento da responsabilidade civil do Estado passa a ser bipartido, conforme seja ele decorrente de atos ilícitos ou lícitos. No caso dos atos ilícitos, o fundamento é o próprio princípio da legalidade, pelo descumprimento da lei. Em se tratando de atos lícitos, o fundamento é o princípio da isonomia, ou seja, da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados. (DINIZ, 2006, p. 640).

A lógica e o interesse jurídico dessa diferenciação, segundo Gasparini (2012, p. 1124), está na medida em que o agente público autor do ato ou comportamento ilícito é obrigado a recompor, com o seu, o patrimônio público desfalcado pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima. Contrariamente ao servidor autor do ato lícito, ao qual não é impingida essa mesma responsabilidade.

Por fim, há de se ter em mente, nesse primeiro momento, que a responsabilidade do Estado é objetiva, por força de disposição constitucional (art. 37, § 6º, da CF) e legal (art. 43 do CC). Todavia, para Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 186), “a consagração dessa forma de responsabilização não se deu da noite para o dia, tendo sido produzida farta doutrina especializada sobre a matéria, nos mais diversos sentidos”. Assim, passar-se-á a conhecer a evolução de tal pensamento.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Discorrer sobre a evolução história da responsabilidade civil do Estado não é simplesmente enumerar sucessivamente fatos históricos relevantes, é também questionar a sua evolução ideológica e, com isso, compreender que “a história da responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades do Estado”. (MELLO, 2007, p. 962).

Talvez por esse motivo não haja instituto do direito administrativo tão ligado à filosofia política prestigiada, em dado momento da história, como o da responsabilidade pública, assunto palpitante que, como termostato sensível, reflete o clima do tipo de Estado padrão médio, dominante na época. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 175).

E segundo ainda Cretella Júnior (2002, p. 28), a responsabilidade civil do Estado tem longa história no campo do Direito, pois avançou do estágio inicial e primitivo de total irresponsabilidade para uma fase intermediária de equacionamento do problema em termos de direito privado, nos termos da responsabilidade subjetiva. Culminando, atualmente, para a teoria da responsabilidade objetiva, equacionada e resolvida em termos de direito público, conforme o princípio equitativo de que todo cidadão se acha no mesmo pé de igualdade diante dos ônus e dos encargos sociais.

Além disso, tem-se falado que “caminhamos [...] para o ponto extremo da responsabilidade do Estado que é a teoria do risco social, segundo a qual o Estado responde ainda que os danos não lhe sejam imputáveis”. (GASPARINI, 2012, p. 1125).

3.1.1 Teoria da irresponsabilidade

Segundo Gasparini (2012, p. 1125), a fase da teoria da irresponsabilidade civil do Estado vigorou de início em todos os Estados. Contudo, era mais notável nos Estados absolutistas, tendo em vista que esse tipo de organização política repousava fundamentalmente na ideia de soberania. Assim, qualquer responsabilidade atribuída ao Estado constituiria desrespeito a sua soberania, por igualá-lo ao mesmo nível que os súditos.

Essa recusa à possibilidade de responsabilização do Estado por eventuais danos causados pela Administração a terceiros, para Gagliano e

Pamplona Filho (2009, p. 186), “pressupunha que o Estado era, por si só, a expressão da lei e do Direito, sendo inadmissível a ideia de concebê-lo como violador da ordem que teria o dever de preservar”. É daí que a doutrina (MELLO, 2007, p. 965, tradução do autor) aponta as fórmulas que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade estatal – “O rei não pode fazer mal” (*Le roi ne peut mal faire*, como se afirmava na França) e “O rei não erra” (*The King can do no wrong*, equivalente à versão inglesa).

A teoria da irresponsabilidade do Estado, em síntese, funda-se na razão do Estado ser pessoa jurídica que não tem vontade própria, ou melhor, não tem vontade de praticar atos ilícitos. Nessa qualidade, o Estado age por intermédio de seus funcionários, os quais, caso ajam contra a lei, são tidos fora da sua qualidade de funcionários. Também não se pode atribuir responsabilidade ao Estado pela culpa na escolha do funcionário, porque a nomeação pertence geralmente ao funcionário supremo, a quem deve caber a responsabilidade pelos danos da nomeação. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 59).

Com base nisso, chegou a ser cogitado por Mello (2007, p. 965) que o princípio da irresponsabilidade do Estado era temperado em suas consequências gravosas com a admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal.

Ao fim, com a decadência do absolutismo e a influência do liberalismo, assemelhou-se o Estado ao indivíduo, para que pudesse haver responsabilidade pelos atos culposos de seus agentes. No entanto, a teoria da irresponsabilidade ainda teve forças até meados do século passado, quando as duas últimas nações que a sustentavam, Inglaterra e Estados Unidos, abandonaram-na.

3.1.2 Teorias subjetivas

Como a teoria da irresponsabilidade era a própria negação do Direito e como o Estado, uma vez que sujeito dotado de personalidade é capaz de direitos e obrigações, a responsabilidade estatal foi uma consequência lógica e inevitável, pois não havia como deixar ao desamparo o cidadão que sofria prejuízos por ato próprio do Estado. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 253).

Quando a irresponsabilidade foi superada, no século XIX, segundo Di Pietro (2007, p. 597), passou a ser admitida a responsabilidade do Estado apoiada

na ideia da culpa e sob os princípios do Direito Privado, uma vez que se assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao particular. Por essa razão, que as novas teorias desenvolvidas foram tidas como civilistas.

Num primeiro momento, isto não significava dizer que a irresponsabilidade foi excluída por completo, isto porque, passou-se a admitir apenas a recomposição patrimonial por danos oriundos de atos de gestão do domínio privado do Estado. (GASPARINI, 2012, p. 1125).

Na verdade, o Estado foi percebido em duas formas diversas de atuação – pelos atos de império e pelos atos de gestão. No primeiro caso, o Estado era irresponsável, tendo em vista que procedia na qualidade de Estado, no exercício do seu poder soberano. Todas as suas prerrogativas e privilégios eram impostos unilateral e coercitivamente aos particulares. O segundo, pelo que atuava na gestão de seus negócios e na conservação e desenvolvimento do patrimônio público, igualava-se ao indivíduo diante do direito comum e se sujeitava à reparação dos danos que eventualmente causasse a outrem. (DI PIETRO, 2007, p. 597; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 187).

No entanto, como Di Pietro (2007, p. 598) contrapõe, a extrema dificuldade de enquadrar como atos de gestão quase todos os atos praticados pelo Estado fez a doutrina abandonar essa distinção, mas sem se desapegar da teoria civilista, “aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa”. Assim, pelo que assevera Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 188), algumas teorias surgiram para explicar esse fenômeno, teorias que fizeram parte do “processo de transição entre a responsabilidade civil com culpa e a objetivação da responsabilidade”.

Inicialmente, na primeira teoria subjetiva, a teoria da culpa civilística, a responsabilidade estatal era fundamentada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro, ou da responsabilidade indireta. Por isso, “estava calcada na ideia de seus agentes (servidores) ostentarem a condição de prepostos”, e dessa forma, “incidindo o Estado em culpa *in vigilando* ou *in eligendo*”, pela cuidadosa eleição e permanente vigilância. Após, na teoria da culpa administrativa, baseada na teoria do órgão, o agente público deixou de ser visto como preposto e foi encarado como parte própria do Estado, “pelo que, se gerar dano, o faz em nome da própria Administração, uma vez que é dela apenas instrumento”. Assim, a responsabilidade deixou de ser indireta, para ser direta e

aferida nos parâmetros da culpa *in comitendo* e *in omittendo*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 187).

Via-se naquele instante, a aplicação integral dos princípios da responsabilidade civil a todo tipo de atividade administrativa, de modo que o conceito de culpa era o mesmo do Direito Privado. No entanto, obrigar o Estado a responder pelos danos que seus servidores pudessem causar aos administrados, sob os princípios da culpa civil, parecia exigir muito, diante da dificuldade da prova do dano, da identificação do servidor causador e de sua atuação culposa ou dolosa.

Por esta razão, evoluiu-se da culpa individual para a culpa anônima, e passou-se a exigir apenas a prova de que a lesão foi decorrente da atividade pública, sem ser necessária a identificação do funcionário que a causou. Assim, a obrigação de indenizar ficou centrada na culpa do serviço ou na falta do serviço, “que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado”. Conseqüentemente, dispensável é a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 255).

Como Diniz (2006, p. 656), há quem enquadre a culpa administrativa no tronco comum das teorias da responsabilidade objetiva do Estado. No entanto, como assevera Mello (2007, p. 967), a responsabilidade por falta de serviço é responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa. Pois, sob a luz do binômio “falta de serviço” e “culpa da Administração”, exposto por Meirelles (2009, p. 657), há de se auferir uma responsabilidade subjetiva com base na culpa, na culpa do próprio Estado, do serviço que lhe cabia prestar de modo perfeito e não o fez.

Por fim, no último grau da evolução das teorias subjetivistas, ante a extrema dificuldade de provar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, admitiu-se a presunção da culpa em inúmeros casos de responsabilidade por falta de serviço. Aqui, ficava a vítima desobrigada da comprovação da culpa do Estado, ao passo que este poderia se isentar da obrigação de indenizar, se demonstrar que o serviço agiu regularmente, o que também não elide o caráter subjetivo dessa responsabilidade. (MELLO, 2007, p. 968).

Apesar do grande progresso que a teoria da culpa representa à teoria da irresponsabilidade, condicionar o pedido de indenização à prova de que o dano fora causado por culpa do Estado não estava nos anseios de justiça social. Além disso, como assevera Cretella Júnior (2002, p. 69), “é muito difícil construir uma teoria geral da responsabilidade por culpa, em direito administrativo”, pois a responsabilidade

civil do Estado “exige um sistema legislativo próprio e pressupõe para sua boa aplicação uma maleabilidade que não se pode encontrar na regra rígida do Código Civil”.

Assim, por Cavalieri Filho (2012, p. 254), foi na França, após a decisão proferida pelo Tribunal de Conflitos no Caso Blanco¹, em 1º de fevereiro de 1973, o berço da objetivação da responsabilidade do Estado – ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso. Na decisão proferida, pelo que compõe Di Pietro (2007, p. 598), “entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios de Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades dos serviços e a imposição de conciliar os direitos”.

3.1.3 Teorias objetivas

Deixada de lado a teoria da irresponsabilidade absoluta, abandonada a distinção entre os atos de império e os atos de gestão e rejeitada as impraticáveis teorias civilistas, a responsabilidade do Estado, modernamente, sujeita-se agora a termos de direito público, após de ter sido firmada a concepção do Direito Administrativo como ramo autônomo em relação ao direito privado, no já mencionado Caso Blanco, na França. (CRETELLA JÚNIOR, 2002).

Ampliando a proteção ao administrado, veio a ser admitida hipóteses de responsabilidade estritamente objetiva, ou seja, independente de aferição de culpa. Nesse sentido, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 192), três teorias objetivas foram concebidas – a teoria do risco administrativo, a do risco integral e a do risco social.

Pela teoria do risco administrativo, surge a obrigação de indenizar o dano de simples ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Assim, não se

¹ No ano de 1873, a menina Agnès Blanco teve as duas pernas amputadas em razão de lesões sofridas ao ser atropelada pelo vagão da Companhia Nacional da Manufatura de Fumo enquanto cruzava os trilhos que cortavam rua movimentada da cidade francesa de Bordeaux. O pai dela moveu ação de indenização por perdas e danos perante os tribunais judiciários sob o fundamento de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos ocasionados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes. Como na França existia um Tribunal Judiciário comum e um Tribunal Administrativo, que julgava litígios entre a Administração e os administrados, foi suscitado um conflito de atribuição. Ao fim, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia fosse resolvida pelo Tribunal Administrativo, tendo em vista se tratar de responsabilidade decorrente do funcionamento de um serviço público. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 29).

exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes, como ocorria na culpa administrativa, pois se exige apenas o fato do serviço – o nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. (MEIRELLES, 2007, p. 657).

Assim, pelo que fundamenta Gasparini (2012, p. 1128), “a culpa é inferida do fato lesivo, ou vale dizer, decorrente do risco que a atividade pública gera para os administrados”, ou como bem explica a doutrina:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. (DI PIETRO, 2007, p. 599).

Cumprido repetir que a responsabilidade objetiva do Estado se divide, conforme o seu fundamento, pois além de incidir a responsabilidade no caso de comportamentos ilícitos, comissivos ou omissivos, também pode ser exigida a reparação civil nos casos de danos que os membros da comunidade sofrem em decorrência da normal atividade do Estado. Neste caso, a responsabilidade civil está sob à luz do já mencionado princípio da igualdade, e naquele caso, pelo simples rompimento do princípio da legalidade.

Adverta-se que, mesmo que a vítima fique dispensada da prova da culpa da Administração ou de seus agentes, é imprescindível o nexo causal, ou como menciona Gasparini (2012, p. 1128), “a prova da lesão e de que esta foi causada pelo Estado”. Assim, o rigor dessa responsabilidade pode ser atenuado e até excluído, dependendo da situação, nos casos de exclusão do nexo causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro.

É no sentido de estar impedido o Estado de invocar as causas de excludente do nexo causal, que se diferencia a teoria do risco administrativo da teoria do risco integral. Para Meirelles (2009, 658), “a teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo”, e por essa forma radical, “a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”. Assim, para caracterizar a obrigação de indenizar, basta o simples envolvimento do Estado no evento, como por exemplo:

Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre uma via pública. (GASPARINI, 2012, p. 1128).

Por fim, Gagliano e Pamplona Filho (2009 p. 194) destacam a teoria do risco social, conhecida como responsabilidade sem risco. E continuam, como “o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade”, seria seu dever não deixar a vítima do evento danoso sem qualquer reparação, mesmo que o dano não lhe seja imputável, sem prejuízo do direito de regresso contra o real causador do prejuízo. Tal situação seria aplicada, por exemplo, aos casos em que são desconhecidos os autores dos delitos.

No entanto, parece razoável a inaplicabilidade dessa teoria, tendo em vista a precariedade das finanças públicas, pois “nunca se deve esquecer que cada vez que se amplia a responsabilidade do Estado, quanto mais o Estado tiver que indenizar, mais se onera a própria sociedade que sustenta a Administração com impostos cada vez mais extorsivos”. (VENOSA, 2012, p. 107).

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

Apesar de Di Pietro (2007, p. 600), Cavalieri Filho (2012, p. 258) e Mello (2007, p. 989) defenderem que no Brasil a teoria de irresponsabilidade não foi acolhida pelo Direito, mesmo que não houvesse normas legais expressas, há quem diga, como Gasparini (2012, p. 1138), que no período colonial, quando em nosso território vigoravam as leis portuguesas, eram aceitos os postulados da teoria da irresponsabilidade – “única compatível com o governo monárquico [vale dizer, absolutista] português da época”.

Deixada a questão de lado, no período imperial, a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, em seu art. 179, inciso XXIX, dispunha que “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos” (BRASIL, 1824). De outro modo, também havia

previsão constitucional, conforme art. 99², de que o Imperador gozava do privilégio irresponsabilidade.

Todavia, tais dispositivos, mesmo que não contivessem disposição que previssem a responsabilidade do Estado, conforme Mello (2007, p. 992), “jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradoras apenas da responsabilidade pessoal do agente”, pois “entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes”.

De maneira semelhante, já no período republicano, a então Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, em seu art. 82³, como assevera Gasparini (2007, p. 1139), também “não vedava a solidariedade do Estado na indenização do dano” causado pelo funcionário público pelos abusos e omissões que incorressem no exercício dos seus cargos. Por outro lado, havia leis ordinárias e decretos que tornavam expressa a responsabilidade da Fazenda Pública nos casos de danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços dos correios.

Tempo depois, o Código Civil de 1916 foi o primeiro dispositivo legal que tratou especificamente da responsabilidade civil do Estado:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (BRASIL, 1916).

Ficou acolhida pela jurisprudência, naquela época, conforme Di Pietro (2007, p.601), a tese da culpa civil, pois a “expressão *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei* conduzia à ideia de que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado respondesse”.

Mesmo que o teor do dispositivo indicasse claramente o caráter subjetivo da responsabilidade pública, alguns autores, como Rui Barbosa e Pedro Lessa, inspirados nas ideias francesas, valeram-se da equívoca redação para sustentar a tese da responsabilidade objetiva. Inclusive, o STF já esboçava nitidamente o

² Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma. (BRASIL, 1824).

³ Art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos. (BRASIL, 1981).

alcance a teoria do risco administrativo em algumas decisões judiciais, o que leva a concluir que a objetivação da responsabilidade chegou primeiramente à jurisprudência para após alcançar o texto legal. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 259).

No entanto, antes mesmo da adoção da responsabilidade civil objetiva pelo Direito Brasileiro, as duas Constituições seguintes, a de 1934 (art. 171) e a de 1937 (art. 158) igualmente⁴ acolheram o princípio da responsabilidade solidária, até então não disposto expressamente.

Foi somente em 1946, com o advento de uma nova Constituição, que se adotou expressamente a teoria da responsabilidade objetiva:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único: Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes. (BRASIL, 1934).

Como se nota, o artigo não fazia nenhuma referência à culpa do funcionário como condição da responsabilidade do Estado. A ideia de culpa surgia apenas no seu parágrafo único, no caso de ação regressiva do ente público contra o seu servidor. Desse modo, uma vez aceita a teoria objetiva, ao Estado não era mais imposta nenhuma outra forma de responsabilidade. Tanto é que as Constituições de 1967 (art. 105) e de 1969 (art. 107), mesmo tendo sido outorgadas no regime militar, mantiveram as disposições da Constituição anterior, com a ressalva de que a ação regressiva também caberia nos casos de dolo do funcionário⁵. Assim, pelo que assevera Cavalieri Filho (2012, p. 260), desde 1946 que “a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas, tão somente, da relação de causalidade”.

Atualmente, a responsabilidade civil do Estado, à luz da teoria objetiva, opera-se nos termos do § 6º do art. 37 da CF de 1988:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

⁴ Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. (BRASIL, 1934, 1937).

⁵ As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único: Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo. (BRASIL, 1967. 1969).

agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

Paralelamente, em 2002, o Código Civil também tratou do assunto, no art. 43, “não trazendo nenhuma inovação, mesmo porque [...] esta matéria é hoje tratada em nível constitucional”: (GONÇALVES, 2012, p 150).

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002).

O fato de o Código Civil ter incluído a palavra *interno*, como dito, não significa nenhuma inovação para Gonçalves (2012, p. 150). Além disso, para Cavalieri Filho (2012, p. 601), está atrasado em relação à norma constitucional, pois “não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”. E como conclui Mello (2007, p. 994), toda vez que o Código Civil se atreve a referir da esfera do direito público, incorre em alguma impropriedade ou omissão.

3.2.1 Teoria adotada pela Constituição Federal

Da análise do § 6º do art. 37 da CF, revela-se que o Estado só responde objetivamente pelos “danos que seus agentes [...] causarem” (BRASIL, 1988). Assim, pelo que assevera Cavalieri Filho (2012, p. 261), constitucionalmente, “condicionou-se a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente de sua atividade administrativa, isso é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano”.

Assim, como o dispositivo constitucional não dispensa o requisito também objetivo de nexos de causalidade entre a ação ou omissão atribuída aos seus agentes e o dano causado a terceiros, tem-se que foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser mitigada, e até excluída, se, por exemplo, provada a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, pela simples quebra do nexos de causalidade.

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano, só do ato lesivo e injusto praticado à vítima pela Administração. Não se

exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. (MEIRELLES, 2009, 657).

No entanto, ainda nota-se certa confusão doutrinária a respeito de qual teoria teria sido adotada pelo sistema jurídico brasileiro – a do risco integral ou a do risco administrativo. Para Gonçalves (2012, p. 151), essa confusão é mais de ordem semântica, pois assim explica:

[...] todos compartilham do entendimento de que as regras constitucionais impuseram a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, não significando, contudo, que tal responsabilidade subsista em qualquer circunstância, mas podendo ser excluída em caso de culpa da vítima ou força maior.

Assim, por inaplicabilidade da teoria do risco integral – a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo que priva o Estado do propósito de eximir-se da reparação quando o dano deflui do comportamento da vítima – as causas que excluem o nexo causal também excluirão a responsabilidade objetiva do Estado. São as hipóteses, já mencionadas, de caso fortuito, de força maior, de culpa exclusiva da vítima e de fato de terceiro.

Ainda sobre o nexo de causalidade, a sua verificação opera-se nos mesmos termos gerais de responsabilidade civil, ou seja, pela teoria dos danos diretos e imediatos. Assim, como se fala em prejuízo causado pelo agente público, pelo que assevera Diniz (2006, p. 648), importante é saber distinguir causa e condição – “causa é o evento que produz um efeito, e condição, o acontecimento cuja ausência permite a produção do efeito, não gera o efeito, mas sua presença é impeditiva dele”. De modo que, somente serão consideradas as causas direta e imediatamente ligadas ao dano.

Ademais, com relação às causas do evento danoso, há quem diga não ser possível falar em culpa concorrente no caso de responsabilidade objetiva, tendo em vista que não se entra na discussão da culpa. No entanto, Cavalieri Filho (2012, p. 264) salienta que, na verdade, não há uma concorrência de culpas e sim de causas e conclui que “se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, de tal sorte que todas concorram adequada e eficientemente para o resultado, devem ser consideradas na determinação da responsabilidade ressarcitória do Estado”. É por isso que, para Di Pietro (2007, p. 603), quando a culpa da vítima for concorrente

com a do poder público, a responsabilidade do Estado é atenuada, pois se reparte com a da vítima.

Igualmente merece atenção a utilização do vocábulo *agente*, o qual, segundo Meirelles (2009, p. 661), no sentido genérico de servidor público, abrange, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. Nesse sentido, fica assente que “do gari [...] ao Presidente da República, todo e qualquer servidor estatal compromete, quando agindo nessa qualidade, a responsabilidade civil por dano a terceiro”. (GONÇALVES, 2012, p. 154).

De outro modo, não se exige que o agente tenha agido no exercício de suas funções, basta que seja simplesmente na qualidade de agente público. Assim, “sempre que a condição do agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito”, responde o Estado pela obrigação do ressarcimento. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 261).

Daí, que acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos por próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público. (MELLO, 2007, p. 973).

Nesse sentido, o STF (BRASIL, 2004)⁶ entendeu que não há de se falar em responsabilidade civil do Estado no caso do policial militar que, em período de folga, e em razão de desentendimento sentimental com a mulher com a quem mantinha relacionamento amoroso, utilizou-se de arma da corporação para desferir-lhe tiros. Aqui o autor do disparo não se encontrava na qualidade de agente público.

É por isso que se fala na chamada relação orgânica, ou relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Ou seja, como melhor explica Mello (2007, p. 972), “não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade”. Assim, o que o agente queira, em qualidade funcional, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal.

Prosseguindo com a análise do dispositivo constitucional, estabeleceu-se a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por servidores a todas as

⁶ Recurso Extraordinário nº 363.423/SP.

peças jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. (BRASIL, 1988).

Desse modo, abrange o § 6º do art. 37 da CF a responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal, Municípios e autarquias; dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo; das empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades privadas, quando no exercício de serviço público e por dano diretamente causado pela execução desse serviço, para cuja caracterização exclui-se o critério subjetivo. (GONÇALVES, 2012, p. 154).

Na verdade, a norma constitucional pôs fim às divergências doutrinárias sobre a incidência da responsabilidade objetiva às entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, como as fundações governamentais de direito privado, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as permissionárias e concessionárias de serviços públicos. Assim, por derradeiro, são excluídas as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada, às quais se aplicará a responsabilidade disciplinada pelo direito privado ou pelo Direito Consumerista.

A questão é assim, porque, para Meirelles (2009, p. 661), não é justo e jurídico que a simples delegação de um serviço originariamente público a entidades de direito privado descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente.

Vê-se que a responsabilidade das concessionárias e permissionárias, ao situar-se ao lado e nos mesmos critérios e princípios da responsabilidade do Estado, é concebida como direta. Assim, como atua no lugar do Estado no exercício de atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, deve responder pelos danos que vier a causar a terceiro.

No entanto, como assevera Mello (2007, p. 730), “os danos resultantes de atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço, ainda que realizado de modo faltoso, acarretam, no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária e complementar do poder concedente”. Isso porque, segundo Cahali (apud, GONÇALVES, 2012, p. 155), a falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de suas atividades é presumida. E continua, a responsabilidade passa a ser direta e solidária, desde que “demonstrado

que a falha na escolha ou na fiscalização da concessionária possa ser identificada como a causa do evento danoso”.

Isso por que não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente – ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano. (DI PIETRO, 2007, p. 427).

Por fim, a última observação a se fazer está relacionada ao vocábulo *terceiros*. Relacionado a isso, Gonçalves (2012, p. 155) entende que o dispositivo constitucional “não faz qualquer distinção sobre a qualificação do sujeito passivo do dano”, ou seja, nas palavras de Gasparini (2012, p. 1143), “não se permite que se faça qualquer distinção entre usuários e não usuários do serviço [...], pois todos, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado”.

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2012, p. 266) complementa que “terceiro indica alguém estranho à Administração Pública, alguém com o qual o Estado não tem vínculo jurídico preexistente”. Por isso, o dispositivo se refere apenas a responsabilidade extracontratual do Estado, deixando de lado, conseqüentemente, os casos de responsabilidade contratual, “porque aquele que contrata com o Estado não é terceiro; já mantém vínculo jurídico com a Administração, pelo que ocorrendo inadimplemento estatal, a responsabilidade deverá ser apurada com base nas regras que regem o contrato”.

3.2.2 Direito de regresso

Pelo que se viu o Estado, responderá objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem. Desse modo, para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública, via judiciário, e demonstre o nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano. No entanto, o dispositivo constitucional assegura o direito a regresso contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Direito de regresso ou direito regressivo é o poder-dever que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador de dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve que adiantar à vítima de ação ou omissão, decorrente do mau funcionamento do serviço público, por dolo ou culpa do agente. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 321).

Assim, mesmo que responda objetivamente e seja condenado a ressarcir dano causado a terceiro por ato lesivo de funcionário que agiu com culpa ou dolo, o Estado tem ação regressiva contra este. De modo que, nas relações entre Estado e o agente público, a responsabilidade é subjetiva em razão do direito de regresso contra este se basear na culpa, e nas relações entre o lesado e o Estado, a responsabilidade continuará sendo objetiva. (DINIZ, 2006, p. 647).

No entanto, não é qualquer culpa que serve de pressuposto à ação regressiva do Estado contra o servidor público causador do evento danoso, pois, diante da aplicação analógica do § 1º do art. 462 da CLT⁷, entende-se ser necessária a comprovação de dolo ou culpa grave do agente estatal. Seria culpa grave aquela que muito se assemelha do dolo, ou seja, aquela conduta que viola seriamente o dever de diligência exigível em situações normais.

Nesse sentido o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2013)⁸ entendeu que o agente público não pode ser compelido a ressarcir o erário, de forma regressiva, em relação aos danos causados a veículo envolvido em acidente de trânsito, tendo em vista que “sua conduta, apesar de culposa, não pode ser delimitada como manifesta”, de modo que não excede o âmbito dos riscos que são inerentes às atividades desenvolvidas pelo Estado.

No entanto, o entrave da questão não reside na ação regressiva do Estado em relação ao agente material do dano, mas justamente na possibilidade de ajuizamento da ação diretamente contra o agente público, mesmo diante da lacuna constitucional, e na possibilidade dada ao Estado, quando acionado sozinho, de chamar o agente público a integrar a solidariedade passiva.

Em que pese, segundo Meirelles (2009, p. 666), ter o legislador constituinte bem separado as responsabilidades – “o Estado indeniza a vítima, o agente indeniza o Estado, regressivamente”, diante da inegável responsabilidade solidária entre o Estado e aquele agente público que tenha agido com culpa, por Mello (2007, p. 999), a “vítima pode propor ação de indenização contra o agente, contra o Estado, ou contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de dolo

⁷ Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. § 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado. (BRASIL, 1943).

⁸ Apelação Cível nº 2011.019029-3, de Criciúma.

ou culpa”. Por derradeiro, para que o funcionário seja demandado no pólo passivo, necessária se faz a demonstração da culpa ou dolo para a responsabilização deste.

Nesse sentido, Gonçalves (2012, p. 163) concorda com o entendimento jurisprudencial construído de que tal prerrogativa dada ao lesado visa simplesmente a sua proteção:

[...] visou apenas facilitar a composição do dano à vítima, que pode acionar o Estado independentemente de culpa do funcionário, não tendo, portanto em mira impedir ação direta contra este, se se preferir arcar com o ônus da demonstração da culpa do servidor, para afastar os percalços da execução contra o Estado. (GONÇALVES, 2012, p. 163).

Nesse sentido, os tribunais superiores, o STJ e o STF, já firmaram o entendimento semelhante de que “inexiste a vedação legal ao litisconsórcio entre o ente estatal e os agentes públicos causadores do dano em ação de indenização por responsabilidade civil do Estado” (BRASIL, 2008)⁹, na medida em que como a Constituição Federal prevê o direito regressivo ao Estado contra o funcionário responsável pelo dano “não impede que este último seja acionado conjuntamente com aquelas, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo” (BRASIL, 1985)¹⁰.

Superada uma questão, parte-se à admissibilidade da denunciação da lide do agente causador do dano. Tal instituto, um tipo de intervenção de terceiro forçada, regulada pelo art. 70, inciso III, do CPC¹¹, está condicionada à possibilidade do condenado regredir contra outrem. Assim, considerando a previsão constitucional expressa do direito regressivo do Estado contra o agente material, teoricamente não haveria problemas na sua aplicação. Inclusive Diniz (2006, p. 647) chega a defender a aplicabilidade do Código de Processo Civil, em especial da denunciação da lide, à responsabilidade estatal.

No entanto, para Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 200), “soa estranho que, respondendo o Estado objetivamente, deva ser aberta a discussão para o elemento da culpa, no que diz respeito à ação regressiva contra o agente público”. Em resumo, Zancaner (1981, p. 64 apud MELLO, 2007, p. 999) sustenta o descabimento da denunciação da lide por trazer prejuízos ao lesado, pois

⁹ Recurso Especial nº 997.761/MG.

¹⁰ Agravo de Instrumento nº 106.483/DF.

¹¹ Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória: [...] III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda. (BRASIL, 1973).

“procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito ao lesado”.

A divergência jurisprudencial é evidente sobre tal assunto, de modo que há decisões em ambos os sentidos, inclusive no sentido de permitir o ingresso do funcionário através da denúncia da lide promovida pelo Estado, como se extrai da decisão do STJ (BRASIL, 2013)¹², que entendeu ser facultativa a denúncia à lide na ação de indenização fundada na responsabilidade extracontratual do Estado.

No entanto, a faculdade de denúncia da lide deve ser enfrentada com extrema cautela, como assim fez aquele próprio tribunal em outra decisão:

Com efeito, a denúncia à lide do servidor público nos casos de indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado não deve ser considerada como obrigatória, pois impõe ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional. **Haveria em um mesmo processo, além da discussão sobre a responsabilidade objetiva referente à lide originária, a necessidade da verificação da responsabilidade subjetiva entre o ente público e o agente causador do dano, a qual é desnecessária e irrelevante para o eventual ressarcimento do particular.** Ademais, o direito de regresso do ente público em relação ao servidor, nos casos de dolo ou culpa, é assegurado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual permanece inalterado ainda que inadmitida a denúncia da lide. (BRASIL, 2009, grifo nosso)¹³.

Assim, ao magistrado é prudente avaliar se a denúncia da lide do real causador do dano ocasionará prejuízo à vítima, haja vista a possibilidade de serem afetadas a celeridade ou a economia processual ao inserir em discussão na lide a questão subjetiva da responsabilidade civil.

3.2.3 Responsabilidade civil por omissão do Estado

Considerando que, nas palavras de Gonçalves (2012, p. 157), “não apenas a ação produz danos, omitindo-se o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração”, a doutrina passou a se questionar se a responsabilidade objetiva a que refere o art. 37, §6º, da CF, abrange somente a conduta comissiva do Estado ou também a omissiva.

¹² Recurso Especial nº 1.292.728/SC.

¹³ Recurso Especial nº 1.089.955/RJ.

E como bem assevera Cavalieri Filho (2012, p. 287), a questão não é pacífica, pois a seu respeito existem pelo menos três correntes distintas – uma sustenta ser objetiva a responsabilidade da Administração, sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado, outra que sustenta ser subjetiva e a última, a daquele autor, que sustenta uma corrente intermediária.

Sem adentrar demasiadamente no mérito da discussão, Meirelles (2009, p. 662), Di Pietro (2007, p. 595) e Gonçalves (2012, p. 160) afirmam que não só por ação, mas também por omissão, pode ocorrer o dano suscetível de reparação civil nos moldes objetivos por parte do Estado.

De modo genérico, Meirelles (2009, p. 662) assevera que a responsabilidade do Poder Público que cobre o risco da ação e da omissão do servidor se assenta na teoria da responsabilidade objetiva da Administração, ou seja, na responsabilidade sem culpa e nos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.

Já Gonçalves (2012, p. 160) tem defendido que a atividade administrativa a que alude o art. 37, §6º, da CF, abrange tanto a conduta comissiva como a omissiva, porém “desde que a omissão seja a causa direta e imediata do dano”. Dessa feita, o autor (2012, p. 158) se utiliza do argumento que o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano percebido por terceiro, pode ser visto como causa e não simples condição. Assim, em cada caso concreto, deveria se examinar se o evento danoso teve como causa a omissão grave do representante do Estado.

Nesse caso, Meirelles (2009, p. 662) diz incidir a responsabilidade civil objetiva quando “a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância”. Como alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos.

Contrários a esse entendimento estão Mello (2007, p. 976), Diniz (2006, p. 649) e Gasparini (2012, p. 1141), pois, nas palavras do primeiro, “quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva”.

Mello (2007, p. 977) sustenta que nos casos de omissão, se o Estado não agiu, não pode, portanto, ser ele o autor do dano, de modo que somente seria

obrigado a indenizar os prejuízos resultantes de eventos que teria o dever de impedir. Por essas razões, diz ser a responsabilidade estatal por ato omissivo decorrente necessariamente de comportamento ilícito, ou seja, proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar norma (dolo), ora modalidades de responsabilidade subjetiva.

De modo diverso ao que já fundamentou Gonçalves (2012, p. 158), para Mello (2007, p. 978), a omissão ou deficiência haveria de ser condição do dano e não causa, de modo que causa é o fator que positivamente gera o resultado e condição o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

Nessa teoria, nota-se a aplicabilidade da teoria da culpa administrativa, pois a configuração da responsabilidade estatal decorre da culpa do serviço, ou melhor, da falta do serviço, sem que seja preciso a identificação de uma culpa individual. Assim, a responsabilidade por omissão só pode decorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço – que não funciona, funciona mal ou com atraso, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo. (DINIZ, 2006, p. 650).

Há de se notar que, nas palavras ainda de Mello (2007, p. 979), na hipótese de dano por falta de serviço, fala-se em uma presunção relativa da culpa do Poder Público, “sem o que o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria”. Há uma verdadeira inversão do ônus da prova, de tal sorte que cabe ao Estado provar que sua omissão não decorreu de negligência, imprudência, imperícia ou dolo.

Em determinado ponto, Mello (2007, p. 974) chega a concordar com Gonçalves (2012, p. 158), no sentido de que, no caso de “mau funcionamento do serviço público em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano” estaria configurada conduta comissiva, inegavelmente, analisada à luz da responsabilidade objetiva. Desse modo, estaria abarcada pela teoria subjetiva apenas “a conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) de dano”.

As teorias de ambas as partes, apesar de não parecer, convergem em um único sentido – utilização da teoria objetiva para justificar a incidência de responsabilidade civil do Estado nos casos em que a omissão de seus agentes foi causa direta e imediata do dano, e a teoria subjetiva nos casos em que a omissão

não seja tão grave, ou seja, embora o Estado tivesse o dever de impedir o resultado danoso, a falta do serviço serve apenas como condição, juntamente com outra(s), do evento danoso.

Por fim, para Gasparini (2012, p. 1131) e Diniz (2006, p. 650), sob a luz da teoria subjetiva, tem-se admitido pela jurisprudência a responsabilidade do Estado, por exemplo, na morte do preso levado a cabo por outro detento. E semelhantemente no exemplo dado por Mello (2007, p. 978):

Se o Poder Público despoja os internos em certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida, não se pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum ou alguns detentos a respeito dos quais omitiu-se na adoção de igual cautela.

Divergências a parte, Cavalieri Filho (2012, p. 267) sustenta que a questão nodal da responsabilidade civil objetiva por omissão é distinguir a omissão genérica e omissão específica, de modo que, segundo ele, “não ser [é] correto dizer sempre que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica”:

[...] a **omissão específica** pressupõe um dever especial de agir do Estado, que se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado. [...] Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública [...]

[...] a **omissão genérica** tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; [...] e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268, grifo do autor).

Como se vê, para Cavalieri Filho (2012, p. 269), em caso de omissão genérica, faz emergir a responsabilidade subjetiva, de modo que o lesado tem o ônus de provar que a falta de serviço concorreu para o dano, ou melhor, que o dano poderia não ter ocorrido se houvesse uma conduta positiva do Poder Público. Por outro lado, em caso de omissão específica, será hábil para a responsabilização do Estado a simples demonstração de que o dano decorreu de sua omissão. E conclui assim:

Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a

agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente pra a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu de sua omissão. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 269).

E para Cavalieri Filho (2012, p. 269), aqueles mesmos exemplos, são os que os Tribunais têm reconhecido a omissão específica – quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do não impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público. Já os casos de omissão genérica se restringem aos casos, por exemplo, de “queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta de serviço” e do adolescente que, “após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível”.

Neste último caso, o STJ (BRASIL, 2003) entendeu que a imprudência da vítima e a negligência do Estado configuram uma espécie de culpa concorrente, quando “paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposo de ambos”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 44).

A negligência do Estado nesse caso, para Mello (2007, p. 977), toma forma “em razão do comportamento inferior ao padrão legal exigível”. Assim, para o autor, apesar de não haver um conceito do padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito, é possível que a eficiência do Estado seja “apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso”. Com base nisso, naquele caso o STJ (BRASIL, 2003)¹⁴ decidiu:

Ao mesmo tempo em que se exige da vítima, em tais circunstâncias, prudência e discernimento – já que pelo senso comum não se deve mergulhar em local desconhecido –, imperioso reconhecer, também, que, ao franquear a entrada de visitantes em balneário público, sejam eles menores ou não, deve o Estado proporcionar satisfatórias condições de segurança, mormente nos finais de semana, quando, certamente, a frequência ao local é mais intensa e aumenta a possibilidade de acidentes.

¹⁴ Recurso Especial nº 418.713/SP.

O STF, em recorrentes decisões, vem se abstendo de analisar a questão da responsabilidade civil do Estado por omissão de seus agentes quando demandado a rever decisão de instância inferior. Conforme os diversos precedentes daquela Corte, os tribunais de origem decidem a incidência da responsabilidade civil do Estado com base no acervo probatório existente nos autos, de modo que o reexame importaria choque com a sua súmula nº 279 – “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. (BRASIL, 1963).

Logo, como consignado na decisão agravada, firmar entendimento diverso do que decidiu o acórdão do Tribunal de origem e entender pela responsabilidade civil do Estado demandaria o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. (BRASIL, 2013)¹⁵.

Em outro caso semelhante de omissão do Poder Público, o STF, ao ser demandado mediante recurso extraordinário sustentado na violação do art. 37, § 6º, da CF, para rever decisão da Nona Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, entendeu novamente que para ultrapassar o entendimento da Corte de origem seria necessário o reexame das provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário, em razão da incidência da Súmula nº 279 daquela Corte. (BRASIL, 2013).

No entanto, em decisão proferida em outro agravo regimental interposto pelo também Estado do Rio Grande do Sul, concordou com o acórdão proferido pelo tribunal daquele Estado, no sentido de incidir responsabilidade civil objetiva nos casos de omissão específica do Estado, ou seja, quando a falta de agir do ente público é causa direta e imediata de um dano, no caso, em razão das agressões físicas a aluno praticadas por seu colega. Entendeu nestes termos o STF (BRASIL, 2013)¹⁶:

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexos causal entre o dano e a omissão do Poder Público.

¹⁵ Agravo Regimental nº 741.288/RS.

¹⁶ Agravo Regimental nº 697.326/RS.

Nota-se a concordância do STF ao que assevera Cavalieri Filho (2012, p. 268), no sentido de que a responsabilidade civil do Estado é objetiva quando se tratar de omissão específica de seus agentes, ou seja, quando sua omissão é causa direta e imediata para a existência do dano.

Apesar de reiteradamente¹⁷ também alegar que a análise dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado demandaria incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que não lhe é permitido com base na sua Súmula nº 7¹⁸, recentemente o STJ tem firmado entendimento diverso ao do STF, no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado por omissão:

A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano. (BRASIL, 2012)¹⁹.

O desalinho na doutrina e da jurisprudência não apresenta muito sentido, pois, ao que se parece, tenta-se conceituar coisas aparentemente iguais que convergem em um único sentido – a necessidade de dois requisitos para a caracterização da responsabilidade civil do Estado por omissão. São eles: (1) a prova da omissão, que o Estado tinha o dever especial de agir e desse modo não o fez e (2) o nexó causal direto e imediato (causa ou consequência) entre o comportamento omissivo do Estado e o dano percebido por terceiro. Inclusive, sobre as duas teorias, Stoco (2004, p. 961) dispõe de forma semelhante:

Dessume-se, portanto, que a distinção entre as duas teorias reside nos fundamentos que as sustentam, devendo-se reconhecer que a responsabilidade do Estado poderá ser objetiva ou subjetiva, dependendo da hipótese configurada, já que para a maioria dos autores, [...] há abrigo jurídico para as duas teorias [...]

Por último, deixada de lado a questão conceitual dos termos, ao menos no que tange aos danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, há entendimentos doutrinários comuns no sentido da utilização da teoria da culpa

¹⁷ Já houve decisão em sentido contrário no Recurso Especial nº 418.713/SP – “não se trata de resolver a matéria probatória, mas sim de aferir a controvérsia à luz de questão precipuamente de direito, já que averiguar eventual responsabilidade do Estado de São Paulo pela lesão suportada pelo recorrente é questão eminentemente de direito, e não de fato”. (BRASIL, 2003).

¹⁸ A pretensão de simples exame de prova não enseja recurso especial. (BRASIL, 1990).

¹⁹ Recurso Especial nº 1.210.064/SP.

administrativa para explicar a responsabilidade subjetiva do Estado diante da omissão do seu dever legal de agir nesses casos. Assim o são para Gasparini (2012, p. 1129), Di Pietro (2007, p. 603), Cavalieri Filho (2012, p. 286), Mello (2007, p. 989) e Meirelles (2009, p. 663).

[...] em todos os Estados acontecem ou estão presentes as teorias da culpa administrativa e do risco administrativo, desprezadas a da irresponsabilidade e do risco integral. Aquela, a culpa administrativa, aplica-se, por exemplo, para responsabilizar o Estado por danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, em que o Estado indeniza se tiver se omitido e comportamentos que lhe são impostos por leis; quando há o dever legal de agir e o Estado se omite. Esta, a do risco administrativo, nos demais casos, ou seja, onde há uma ação do Estado. (GASPARINI, 2012, p. 1129).

Apesar do dispositivo constitucional não ter adotado a teoria do risco integral, o que exime o Estado de responder nas hipóteses de caso fortuito e força maior, os danos causados por estas situações podem gerar responsabilidade à Administração se provada a sua omissão genérica, ou seja, se sua atuação deficiente concorreu decisivamente para o evento danoso. Assim, levando-se em conta o alto grau de previsibilidade que o Estado tem, ou deva ter, sobre esses fenômenos, que passa ser responsável quando deixar de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis para evitar alguns acontecimentos. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 286).

Razoável que se responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providência cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. (MELLO, 2007, p. 979).

Portanto, conclui-se, nas palavras de Mello (2007, p. 989), que a teoria da responsabilidade subjetiva deve ser aplicada quando “o Estado, devendo evitar o dano, evitável, omite-se, faltando ao dever legal de agir com a diligência, prudência e perícia capazes de empecer a lesão produzida por terceiro ou por fato da natureza”.

Por derradeiro, para a jurisprudência do STF, diante da indispensável prova do nexo de causalidade para o reconhecimento da responsabilidade objetiva, é inequívoca a inexistência do nexo de causalidade entre o dano decorrente do

assalto por uma quadrilha de que participou um dos evadidos da prisão há cerca de 21 meses do fato e da omissão da autoridade pública. (BRASIL, 1992)²⁰.

²⁰ Recurso Extraordinário nº 130.764/PR.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO

Após enfrentar os aspectos que permeiam a responsabilidade civil de um modo geral e as particularidades da responsabilidade civil do Estado quando este, em razão da conduta de seus agentes, causar danos a terceiros, passar-se-á a analisar a incidência da responsabilidade civil estatal em razão da ofensa ao direito à integridade física do preso. Primeiramente, tecendo comentários sobre a aplicabilidade desses direitos aos presos durante a execução penal e após verificando em que circunstâncias a infração da norma jurídica nesse sentido, tanto por conduta comissiva, quando por conduta omissiva dos agentes estatais, pode constituir dano de ordem moral e/ou patrimonial ensejador de responsabilidade civil.

4.1 DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO NA EXECUÇÃO PENAL

Como já foi mencionado, paralelamente à responsabilidade civil, a responsabilidade penal também importa na violação de um dever jurídico – na infração da lei de um modo geral. No entanto, aqui, para Gonçalves (2012, p. 42), o agente infringe uma norma de direito público em que o interesse lesado é o da sociedade, ou como prefere Diniz (2006, p. 23), há uma lesão aos deveres de cidadão com a ordem social pela violação da norma penal que acarreta a submissão pessoal do agente a uma pena.

É o Direito Penal, ramo do direito público formado por um corpo de leis – o Código Penal e a legislação penal complementar – que se dedica a proteger bens jurídicos vitais para a sociedade ao reprimir os delitos, culminando e aplicando penas. Assim, é por isso que a responsabilidade penal corresponde ao dever jurídico – submissão pessoal a uma pena – imposto à quem, desde que imputável, cometera uma ação delituosa.

Diante do cometimento de um crime, fato típico e antijurídico, nasce exclusivamente ao Estado o direito de punir, termo traduzido da expressão em Latim, *jus puniendi*. Exclusivamente, porque a adequação do fato à norma típica só pode ser realizada pelo Estado, por intermédio da atividade jurisdicional, ou melhor, somente o Estado “detém o monopólio da aplicação da lei penal ao caso concreto,

fazendo valer o seu poder-dever de punir quando um crime é cometido, evitando-se, com isso, a vingança privada e a insatisfação social”. (NUCCI, 2008, p. 17).

Na verdade, são os próprios procedimentos do Direito Processual Penal que legitimam o direito de punir estatal, pois este é o ramo do Direito voltado a regular e limitar a atividade jurisdicional do Estado no exercício exclusivo do direito de punir. Segundo Nucci (2008, p. 77), este é um sistema tendente a “regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto”.

Todo esse sistema que harmoniza o preceito típico e o preceito sancionar das figuras típicas penais, para Nucci (2008, p. 77), tem o fim de cercear os abusos cometidos pelo Estado, que não são poucos, de modo que não se faz justiça com equilíbrio e imparcialidade sem freios à atividade persecutória estatal.

Pelo exposto, e pela imensa proximidade com os direitos e garantias humanas fundamentais, que o Sistema Penal pretende se constituir em um sistema equilibrado entre a força estatal e o direito individual de cada pessoa, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate. Tanto é que é impensável constituir um Estado Democrático de Direito, que adota como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, em que a lei penal se aplica independentemente da atividade jurisdicional do Estado, sem o devido processo penal para a imposição da pena.

Nesse sentido, não seria lógico assegurar a imparcialidade da atividade jurisdicional apenas no julgamento da acusação no processo de conhecimento e não garantir na execução da sanção penal, quando a pena se materializa ao final do processo penal.

A execução penal é um processo cuja finalidade é a realização da pretensão punitiva, pois envolve questões tendentes à efetivação da sanção punitiva estatal. Desse modo, assevera Nucci, (2008, p. 1002) que “trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária”.

Assim, para Beneti (1996, p. 3) a execução penal caracteriza-se, no Brasil, pela jurisdicionalidade, ora inequivocadamente firmada pela LEP – Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984 – que trata da execução da sentença penal

propriamente condenatória e da execução de sentença impositiva de medida de segurança, denominada sentença absolutória imprópria.

Em que pese ser, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, com a estrita observância das garantias próprias do Estado de Direito, a execução penal é uma atividade de natureza complexa, pois envolve ainda atividade administrativa. Sem cogitar que o processo de execução penal se distancie da atuação do Poder Judiciário, Grinover (1987, p. 7) afirma que não se deve desconhecer que dessa atividade participem dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais. Nucci (2008, p 1004) conclui o assunto expondo o seguinte:

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento.

Dessa maneira, cumpre esclarecer que compete privativamente à União legislar sobre a matéria de execução penal, enquanto a matéria concernir à esfera penal ou processual penal (art. 22, inciso I, da CF)¹. Por outro lado, se a matéria envolver direito penitenciário vinculada à organização e funcionamento de estabelecimentos prisionais – normas de assistência ao preso ou ao egresso, órgãos auxiliares da execução penal, entre outros temas correlatos – a competência legislativa é concorrente entre a União e os Estados e Distrito Federal (art. 24, inciso I, da CF)². Nesse último ponto, no âmbito da legislação concorrente, no entanto, cabe à União legislar as normas gerais e aos Estados e o Distrito Federal a legislação suplementar.

É discutida ainda pela doutrina a questão da autonomia do chamado Direito Penitenciário, também denominado de Direito da Execução Penal. Inicialmente, para Mirabete (2008, p. 21), o Direito Penitenciário surgiu com o

¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (BRASIL, 1988).

² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (BRASIL, 1988).

desenvolvimento da instituição prisional no século XVII, quando “a prisão era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera de sentença, bem como os doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes”. Sobre essa época, a doutrina aponta algumas características peculiares:

Durante largo espaço de tempo, entendeu-se existir uma relação especial de poder entre a administração penitenciária e o preso, caracterizada pela intensa dependência jurídica deste àquela, submetendo-se este automaticamente às normas que a administração poderia livremente emitir e que estavam voltadas a regular situações internas, seguindo um hiato de legalidade, uma relação duramente hierarquizada, na qual não se reconhecia ao preso nenhum direito subjetivo exigível em face da administração, mas apenas favores ou concessões de caráter puramente doméstico [...]. (FRANCO, 1986, p. 100 apud BENETI, 1996, p. 7).

Foi somente quando a pena privativa de liberdade se institucionalizou como principal sanção penal que a prisão passou a ser, fundamentalmente, o local da execução das penas. Situação esta que, de um modo geral, fez surgir as primeiras reflexões sobre a organização das casas de detenção e sobre as condições de vida dos detentos. (MIRABETE, 2008, p. 21).

Por derradeiro, o assunto enfraqueceu-se do caráter de Direito Penitenciário e assumiu sua vocação para se tornar em Direito da Execução Penal. Tanto é que, para Nucci (2008, p. 1004), a insuficiência da denominação Direito Penitenciário é nítida diante da LEP, ordenamento que cuida de temas muito mais abrangentes que a simples execução de penas privativas de liberdade em presídios, tais como indulto, anistia, liberdade condicional, dentre outros.

A autonomia da Direito da Execução Penal teria surgido, segundo Miotto (1975, p. 63 apud MIRABETE, 2008, p. 21), ao se compor em um “conjunto de normas jurídicas relativas ao tratamento do preso e ao modo de execução da pena privativa de liberdade, abrangendo, por conseguinte, o regulamento penitenciário”, de modo que, sistematicamente, o Código Penal e o de Processo Penal não são lugares adequados para um regulamento da execução das penas privativas de liberdade.

No entanto, em que pese essa autonomia do Direito da Execução Penal, exercido por jurisdição especializada exigível do Estado, não há como dissociar esse ramo do Direito do Direito Constitucional, do Penal e do Processo Penal, tendo em vista que esses ordenamentos jurídicos também consagram regras características

da execução penal, como garantias fundamentais dos presos, institutos de individualização da pena e princípios ao procedimento da execução.

A relevância do estudo da Execução Penal toma corpo na medida em que se vislumbra a finalidade multifacetada da pena. Além dos evidentes aspectos retributivo e preventivo, a penalização do condenado pretende a sua reintegração à sociedade mediante educação e correção. Isso é o que se extrai da redação do art. 1º da LEP, que dispõe ser o objetivo da execução penal “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. (BRASIL, 1984).

Na verdade, o fato da pena estar ligada à ideia de humanização além dos limites da punição, segundo Mirabete (2008, p. 25), nos termos de “uma política de educação e assistência ao preso, que lhe facilite, se assim o desejar, o acesso aos meios capazes de permitir-lhe o retorno à sociedade em condições de convivência normal”, tornando-o apto a uma nova convivência na sociedade, converge com o conceito de Direito Penal alicerçado em uma política criminal que tem como uma de suas prioridades a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, essa assistência e ajuda na intenção de permitir ao apenado o seu retorno e reintegração à sociedade, para Mirabete (2008, p. 118) é, de certo modo, resultado do movimento geral de defesa de uma série de direitos da pessoa humana, tendo em vista que “o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade”.

Nesse sentido, Fragoso (1980, p. 31) defende que se deve “ultrapassar o entendimento desumano, que tem estado mais ou menos implícito no sistema, de que a perda da liberdade para o preso acarreta necessariamente a supressão de seus direitos fundamentais”, como a integridade física, de modo que, para Beneti (1996, p. 11), “não se pode permitir a infringência de nenhum dos direitos e garantias individuais de ninguém, mormente por intermédio da sanção penal”, ou nas palavras de Mirabete (2007, p. 130), “como qualquer dos direitos humanos, os direitos do preso são invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis”.

Assim, apesar do preso estar privado de sua liberdade e de uma série de outros direitos conexos, para Nucci (2008, p. 1088) devem ser conservados todos os seus direitos individuais não afetados pela sentença condenatória, como integridade física, patrimônio, honra, liberdade de crença e culto, entre outros. Tanto é que tal

disposição é duplamente protegida pelo art. 3º da LEP e pelo art. 38 do Código Penal, os quais preceituam, respectivamente que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 1984) e que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade” (BRASIL, 1940).

Por derradeiro, o art. 41 da LEP veio a constituir uma série de direitos específicos aos presos durante o cumprimento da pena privativa de liberdade:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 1984).

A principal questão deste assunto refere-se àqueles direitos humanos fundamentais mais importantes – a vida, a saúde, a integridade corporal e a dignidade humana, tidos assim por Mirabete (2008, p. 119), por servirem de suporte a uma gama de direitos. Estes assumiram especial destaque no nosso ordenamento jurídico, principalmente em nível constitucional, uma vez que, diante da redação do inciso XLIX do art. 5º da CF, ficou “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. (BRASIL, 1988).

Aqui, a Constituição Federal de 1988 recepcionou o que até então já era previsto em nível legal, pelo art. 40 da LEP³ e pelo art. 38 do CP⁴. No entanto, foi mais longe:

[...] ao proclamar o respeito à integridade física e moral dos presos, em que pese a natureza das relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Penitenciária e os sentenciados a penas privativas de liberdade, [...] [a Constituição Federal consagrou] a conservação por parte dos presos de todos os direitos fundamentais reconhecido à pessoa livre, com exceção, obviamente, dos incompatíveis com a condição peculiar de preso, [...]. (MORAES, 2003, p. 337).

Além disso, foi editada a Resolução nº 14 em 11/11/1994 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Esta reiterou o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana em seu artigo 3º, ao assegurar a qualquer pessoa presa “o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal”. (BRASIL, 1994).

Por ser um direito essencial da pessoa, o direito à integridade física é um bem amplamente tutelado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, aquela qualidade inerente de cada ser humano que se faz merecedor de uma série de direitos e garantias fundamentais que lhe ofereça condições mínimas de existência e que lhe assegure de qualquer ato degradante e desumano, de tudo daquilo que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Segundo Paganelli (1997), este é “um direito da personalidade que consiste no direito que cada um tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios”, de modo que “não se reduz à simples incolumidade anatômica e externa do corpo humano, [...] é abrangido também pelo direito à saúde”. Assim, Capez (2004, p. 128, grifo nosso), ao conceituar o crime de lesão corporal, tece comentários sobre a integridade física e saúde fisiológica:

A **integridade física** diz respeito à alteração anatômica, interna ou externa, do corpo humano, geralmente produzida por violência física e mecânica; por exemplo: produzir ferimentos no corpo, amputar membros, furar os olhos etc., não se exigindo, porém o derramamento de sangue. A **saúde fisiológica** do corpo humano diz respeito ao equilíbrio funcional do organismo, cuja lesão normalmente não produz alteração anatômica, ou seja, dano, mas apenas perturbação de sua normalidade funcional que

³ Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. (BRASIL, 1984).

⁴ Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (BRASIL, 1940).

produz ofensa à saúde; por exemplo, ingerir substância que altere o funcionamento normal do organismo.

Há de se concluir com isso que existem diversos outros direitos de personalidade inculcados sob a denominação de direito à integridade física, entre o direito à integridade corporal, direito à saúde, e até o direito à vida. Sim, porque o direito à vida na medida em que se refere à própria existência do indivíduo, corresponde à integridade corporal no seu grau máximo.

De volta à questão da execução penal, cumpre salientar que, na medida em que o art. 42 da LEP⁵ assegura aos presos provisórios o mesmo tratamento dispensado àqueles definitivamente condenados, principalmente no que se refere à seção dos direitos, o vocábulo preso passa a ter duplo sentido e não abrange apenas aquelas pessoas sujeitas ao cumprimento de pena privativa de liberdade. Assim, preso é aquele submetido à prisão de modo geral, cujo conceito se extrai da doutrina:

[...] a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (CAPEZ, 2012, p. 301).

Com relação aos internados, contra quem que foi aplicada medida de segurança por sentença penal absolutória em razão da inimputabilidade a ser cumprida em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, por força do já mencionado artigo 3º da LEP, também são “assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 1984). De tal forma que devem ser tratados dignamente e também ter sua integridade física e psíquica garantidos.

Sendo assim, mesmo que tenha sido imposto taxativamente a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos presos, de onde deriva o dever do Estado pela guarda e vigilância dos seus presos, o texto legal apresenta sinais de não efetividade. Segundo Mirabete (2008, p. 118), “ninguém ignora que os presos, em todos os tempos e lugares, sempre foram vítimas de excessos e discriminações quando submetidos aos cuidados de guardas ou carcereiros de

⁵ Art. 42. Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção. (BRASIL, 1984).

presídios, violando-se assim aqueles direitos englobados na rubrica de direitos humanos”.

Desrespeitos estes que são externalizados nos atos de tortura, nos homicídios praticados ora por agentes estatais, ora por outros prisioneiros, e até nas condições subumanas a que são submetidos certos presos, como há de se constar no relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre a Casa de Custódia de Viana/ES:

O estado de deterioração dos edifícios é digno de nota. Como não há qualquer controle sobre os presos, partes dos pavilhões, em sucessivos períodos, foram sendo destruídas. Não há luz elétrica. Não há chuveiros. A água é fornecida somente ao final do dia. Durante a noite, os pavilhões são iluminados com holofotes direcionados das muralhas. O estado de higiene é de causar nojo. Colônias de moscas, mosquitos, insetos e ratos são visualizáveis por quaisquer visitantes. Restos de alimentos são encontráveis em meio ao pátio. Larvas foram fotografadas em várias áreas do presídio. (CNPCC, 2009, p. 2 apud GOMES, 2011).

Assim, não há como negar a ingerência estatal diante do desrespeito a determinados limites no exercício do poder de punir, excessos que, por infringirem uma norma jurídica, podem constituir dano de ordem moral ou patrimonial ao preso. Tanto é que são inúmeros os casos na jurisprudência de vítimas que buscam no Poder Judiciário a reparação civil dos danos causados sob a alegação de desrespeito à integridade física dos presos.

Desse modo, passar-se-á a analisar a incidência da responsabilidade civil do Estado em recompor os danos decorrentes da ofensa, por ato comissivo ou omissivo de seus agentes, a esse direito.

4.2 CONDOTA COMISSIVA DOS AGENTES PÚBLICOS

A questão nodal de qualquer tipo de responsabilidade civil é a existência de todos os pressupostos fundamentais configuradores do dever de indenizar – a conduta humana omissiva ou comissiva, a culpa ou o dolo do agente, a relação de causalidade e o dano. No entanto, um desses requisitos, o elemento subjetivo da culpa, no sentido amplo da palavra, pode não ser considerado elemento indispensável da obrigação de reparação do dano. Assim o é na modalidade objetiva da responsabilidade civil.

Sendo assim, com relação à responsabilidade civil do Estado, a Constituição Federal consagrou a aplicação da responsabilidade essencialmente objetiva lastreada na teoria do risco administrativo. De modo que, apesar de não se exigir a averiguação do dolo ou da culpa do agente público, tão menos a culpa ou falta do serviço, é imprescindível que haja nexos causal entre o dano e o ato do funcionário público.

Isso, diante da adoção da teoria do risco administrativo pelo ordenamento jurídico brasileiro, que empenhou que a responsabilidade civil do Estado fosse condicionada ao dano decorrente apenas de sua atividade administrativa, ou seja, às hipóteses em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. De tal forma que a responsabilidade estatal pode ser mitigada ou excluída se for provada a inexistência ou quebra do nexos causal por caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.

Talvez esta questão, a demonstração do nexos de causalidade entre o fato lesivo e o dano, seja o principal entrave da questão da responsabilidade civil, pois, apesar do ordenamento jurídico ter adotado a teoria dos danos decorrentes de causa direta e imediata, muitas vezes, é problemático chegar a conclusão de, no concurso de várias causas, qual delas foi deflagradora primária do dano.

Em que pesem as divergências a respeito de que o Estado continuaria responsável objetivamente, ou não, diante dos danos causados por condutas omissivas de seus agentes públicos, não resta dúvida de que essa foi mesmo a teoria adotada no caso de condutas comissivas, pois segundo Mello (2007, p. 974), “a própria noção de Estado de Direito postula essa solução”.

Para Cretella Júnior (2002, p. 194), na medida em que se acha ligado de maneira estreita à ideia de ação, o serviço público é formado pelo “conjunto de atos que convergem para um fim, em cuja base está o interesse coletivo”. No entanto, muitas vezes o ato positivo do agente projeta-se para o mundo circunvizinho e vem a lesar a esfera juridicamente protegida de terceiro.

Sendo assim, segundo Cavalieri Filho (2012, p. 25), a conduta comissiva “consiste, pois, na ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada a alguém e assim por diante”.

No entanto, mesmo que o Estado esteja obrigado a abster-se da prática de atos que possam lesar terceiros, de modo que a perda de qualquer situação

juridicamente protegida constitui ato ilícito, que, pelo princípio da legalidade, é hábil para reclamar o patrimônio jurídico afetado, haverá hipóteses em que essa conduta comissiva será legítima, lícita. São os casos em que o Estado, ao querer satisfazer o interesse público, acaba, por via indireta, atingindo bem jurídico protegido, cujo dano, pelo princípio da igualdade, também deverá ser reparável.

Sendo assim, adentrando na questão dos presos, ficou assente que ao Estado, na figura dos seus agentes públicos, é imposta a obrigação de respeito à integridade física, de modo que, a violação desse dever jurídico pode constituir dano de ordem patrimonial e/ou moral.

Dano patrimonial porque pode afetar duplamente o patrimônio da vítima, diminuindo efetivamente a sua quantia ou frustrando a expectativa de ganho de lucro. E dano moral porque, segundo Cavalieri Filho (2012, p. 93), pode lhe “causar dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”, pela simples violação de direitos da personalidade, como a dignidade. Além disso, há de se entender que o dano moral possa estar incutido no próprio fato ofensivo ou na gravidade do ilícito em si.

Várias são as hipóteses em que o comportamento comissivo do Estado lesa juridicamente os direitos dos presos, no entanto, o caso mais comum é o do preso que sofre atos de tortura e espancamentos. Para esses casos, é impossível entender outra solução, senão a de responsabilizar o Estado por essa conduta criminosa do agente público.

E dessa exata forma fez o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2002)⁶, após ficar cabalmente demonstrado no processo, através de documentos anexados aos autos que comprovam as lesões corporais, que preso sofrera prática de tortura dentro do estabelecimento prisional:

O Estado tem a incumbência de assegurar a integridade física e a saúde dos detentos que ocupam seus estabelecimentos prisionais, o que importa, por consequência, na sua responsabilidade pela reparação integral dos danos resultantes de sevícias praticadas por policiais ou carcereiros.

Ademais, a prática de tortura, numa das condutas definidas pelo artigo 1º, §1 da Lei 9.455/77 – aquela de “quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de

⁶ Apelação Cível nº 1999.008586-4, de Blumenau.

segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal” (BRASIL, 1997), constitui crime e, além da responsabilidade civil, também enseja na responsabilidade penal.

No entanto, as agressões dos agentes estatais a pessoas presas não importa em absoluto o dever de indenizar ao Estado, pela razão de aqui ter sido adotada a teoria objetiva pautada no risco administrativo, que exonera a responsabilidade do Estado quando o próprio lesado for o causador do dano.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina eximiu o Estado de pagar indenização por danos morais a preso em flagrante. Apesar de ter ficado demonstrado no processo que o preso realmente se encontrava “bastante ferido”, ficou assente que tal ofensa decorreu da reiterada conduta de resistência à prisão, inclusive, com agressões aos próprios policiais militares. Assim, concluiu-se que o agente agiu não só em legítima defesa, mas também no estrito cumprimento do dever legal de preservação da ordem pública. Além disso, há de se falar que “foi a atitude do apelante a causa para ter sido agredido pelo agente público, motivo pelo qual não cabe ao Estado qualquer dever indenizatório”. (SANTA CATARINA, 2008)⁷.

Outra questão que merece destaque é sobre o uso de algemas, cujo assunto é objeto da Súmula Vinculante nº 11 editada em 2008 pelo STF:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2008).

Depreende-se que o STF⁸ firmou o seguinte entendimento:

[...] o uso de algemas, por se tratar de medida coercitiva excepcional, é restrita aos casos de a) resistência à prisão, b) fundado receio de fuga ou c) perigo à integridade física do preso e/ou de terceiros, sob pena de responsabilização civil, disciplinar e penal do agente público coator, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2009).

Assim, o uso de algemas indevidamente justificado ou fora das hipóteses previstas na súmula vinculante configura dano moral ensejador de reparação diante do ato abusivo e ilegal dos agentes públicos na concretização do poder de polícia.

⁷ Apelação Cível nº 2008.001197-3, de São Miguel do Oeste.

⁸ Recurso Especial nº 112.579-9/RS.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2010)⁹ já condenou o Poder Público ao pagamento de indenização a título de danos morais à pessoa presa lesionada em razão do uso indevido e abusivo de algemas quando conduzida para a delegacia, após ter sido presa em flagrante. Mesmo que tivesse ocorrido resistência do lesado à abordagem policial, o que ficou controverso no processo, a comprovada lesão no punho em razão do uso de algemas, que deve ter sido colocada de forma justa demais, provocando dor, desconforto, e machucando de forma desnecessária, configura excesso no procedimento utilizado pelos policiais e caracteriza o abuso cometido por eles, ensejando o dever de indenizar.

Ainda com relação à conduta comissiva que viola o direito à integridade física dos presos, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2009)¹⁰ entendeu legítima a atuação dos policiais militares em motim realizado pelos detentos da Penitenciária Agrícola de Chapecó, episódio que resultou em três mortes, além de diversos outros detentos feridos. Baseou-se a decisão no sentido de que os policiais militares agiram no estrito cumprimento do dever legal, no sentido de que sua função é resguardar a segurança interna e externa. Assim, não há razão da indenização pelo homicídio de um dos presos que participava de motim em que foram rendidos agentes penitenciários com o uso de armas brancas e de fogo.

Por tudo que se expôs, quando um agente público, no exercício das suas funções ou em razão dele, faz o que não deveria fazer, exercendo uma conduta comissiva que e viola o direito à integridade física de um preso, deve o Estado ressarcir-lo pelos danos experimentados por isso.

4.3 CONDUTA OMISSIVA DOS AGENTES PÚBLICOS

A partir do pensamento de que o Estado causa danos a terceiros, não só por ato comissivo, mas também por ato omissivo, quando deixa de fazer algo que tinha o dever de fazer, a principal discussão a respeito da responsabilidade civil do Estado por ofensa à integridade física dos presos toma forma. Principalmente em razão da divergência que se firmou em torno de qual teoria, a objetiva ou a subjetiva,

⁹ Apelação Cível nº 2009.060676-8, da Capital.

¹⁰ Apelação Cível nº 2007.014066-6, de Campo Erê.

teria sido adotada nos casos em que o agente público tenha se omitido no exercício de suas funções.

A omissão do Estado que produz o dano, como assevera Mello (2007, p. 974), constitui no “evento alheio ao Estado [que] causa dano que o Poder Público tinha o dever de evitar”. Nesse mesmo sentido está Cretella Júnior (2002, p. 195), para o qual “o agente público pode [...] permitir que o dano se efetive, em virtude de sua inércia inoperante no caminho do fato gerador que, estranho ou peculiar à Administração, atua de modo eficiente, consubstanciando-se no acidente danoso”. E continua:

A omissão configura a culpa *in omittendo* e a culpa *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente, às vezes imprudente e até imperito. Negligente se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental. (CRETELLA JÚNIOR apud GONÇALVES, 2012, p.

Talvez seja a ideia de que a conduta omissiva dos agentes públicos caracterize necessariamente o mau funcionamento do serviço público, qualidade inculcada na teoria da culpa administrativa e típica da responsabilidade civil subjetiva, que alguns autores insistem em admitir o caráter subjetivo em qualquer hipótese de omissão estatal. No entanto, como se verá adiante, o essencial em matéria de responsabilidade civil do Estado por omissão é verificar a abrangência do dever imposto ao Poder Público de evitar o resultado, de modo que somente depois será verificado se o requisito subjetivo fará parte da discussão, ou não, juntamente com o nexo causal.

Com relação aos presos, pelo que já foi exposto, não se duvida mais que é imposta aos agentes públicos a obrigação de respeito a sua integridade física. E é dessa obrigação que deriva o dever geral do Estado pela guarda e vigilância de quem foi submetido à prisão, conforme defende Stoco (2007, 1166):

O preso, a partir da sua prisão ou detenção é submetido à guarda e vigilância e responsabilidade da autoridade policial, ou da administração penitenciária, que assume o dever de guarda e vigilância e se obriga a tomar medidas tendentes à preservação da integridade física daquele, protegendo-o de violências contra ele praticadas [...]

Portanto, pessoas recolhidas em prisões, ou em quaisquer outros recintos, como delegacias, viaturas, hospitais de custódia e tratamento, desde que sob a tutela do Estado, possuem o direito subjetivo de serem protegidas pelos órgãos públicos, cuja atuação será exercida para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer ainda de pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, agredirem fisicamente os presos. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 236).

Antes de adentrar-se nas hipóteses em que são discutidas a incidência da responsabilidade civil do Estado que, por conduta omissiva, tenha dado causa à violação da integridade física de presos, há de se reafirmar que, conforme já mencionado, para o STF “o consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente” (BRASIL, 2002)¹¹.

Sobre a questão da morte de pessoas presas sob a custódia do Estado, mesmo que tenham cometido suicídio, o entendimento que está consolidado no STF é aquele que busca responsabilizar o Estado sob as peculiaridades da responsabilidade objetiva, ainda que não haja culpa do agente público e seja hipótese de conduta omissiva. Em agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário, o entendimento desse tribunal foi nesse sentido:

Inicialmente, verifico que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte que firmou o entendimento de que o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo então a responsabilidade civil objetiva, em razão de sua **conduta omissiva**, motivo pelo qual é devida a indenização decorrente da morte do detento, ainda que em caso de suicídio. (BRASIL, 2012, grifo do autor)¹²

A responsabilidade civil do Estado decorre do dever objetivo em zelar pela integridade física do preso, de modo que deva exercer constante e eficiente vigilância para resguardar esse direito. Por essa razão, o nexos causal decorre da ligação lógica que há entre o dever constitucional de assegurar o respeito à integridade física e fato gerador do acidente danoso, no caso o suicido daquele que estava sob custódia do Estado. O nexos causal é tão certo nesses casos que, a

¹¹ Recurso Extraordinário nº 215.981/RJ.

¹² Agravo Regimental nº 700.927/GO.

simples alegação de resultado produzido pela vítima que veio a ceifar a própria vida não tem o condão de eximir o Estado dessa responsabilidade indenizatória.

Ainda, para o STF (BRASIL, 2006)¹³, nesses mesmos argumentos é o caso de morte de preso ocasionada por outro detento, ou seja, na hipótese em que o dano não foi causado por um agente público, e sim causado por um ato comissivo de terceiro que só foi levado a termo em razão da omissão do Poder Público no sentido de ter evitado a ofensa a sua integridade física. Nesse caso em específico, o nexo causal restou configurado não apenas pelo simples dever de vigilância a assegurar o seu direito a integridade corporal, mas também por permitir que outro detento, inimigo do apenado, portasse ilicitamente faca ou estilete.

Na medida em que o dano ocorre somente pela conduta omissiva do Estado, também aqui a culpa da vítima, no caso de ter contribuído para seu homicídio¹⁴, e o fato de terceiro, não têm o condão de afastar o nexo causal.

Apesar de a conduta omissiva ser atribuída ao serviço público de forma genérica, de modo que concorre com outras condições para o evento danoso, percebe-se que há uma tendência em encarar o dever de zelar pela integridade física como omissão específica, naquela ideia de Cavalieri Filho (2012, p. 268), quando se tem a omissão como causa direta e imediata.

Por outro lado, a incidência da responsabilidade objetiva, nesses casos, pode ser entendida, pela ideia de Mello (2007, p. 981), por constituírem esses danos dependentes de uma situação pelo Estado diretamente propiciatória. Assim, como o Estado, por ato comissivo seu, cria uma situação, que apesar de necessária à sociedade, propícia a emergência de danos previsíveis e evitáveis, deve ser responsabilizado objetivamente pelo risco a que expõe terceiros. O caso mais comum é este, o de guarda de pessoas e coisas perigosas – dos presos que estão sob cautela em presídios.

A previsibilidade e a evitabilidade da agressão à integridade física e à vida de um detento são ainda mais evidentes quando presentes circunstâncias que levam necessariamente à concretização do evento danoso. Como é o caso do preso (BRASIL, 2002)¹⁵ que cometera suicídio após ter apresentado sinais de desequilíbrio

¹³ Agravo de Instrumento nº 457.780/RS.

¹⁴ Conforme Agravo Regimental nº 577.908/GO – “escolheu o fim trágico de sua breve existência, infringiu o rígido código de ética da cadeia, tendo denunciado o plano de fuga de seus companheiros presidiários”. (BRASIL, 2008).

¹⁵ Recurso Extraordinário nº 215.981/RJ.

mental e da intenção de por em risco sua própria integridade física, e do preso (BRASIL, 2011)¹⁶ que fora vítima de homicídio após prova cabal de seu iminente assassinato. Nesses casos é irrefutável a omissão da Administração Pública em zelar pela integridade das pessoas presas.

Quanto ao STJ, há similitude com a jurisprudência consolidada pelo STF na questão do homicídio de preso perpetrado por companheiro de carceragem, pois decidiu que “a responsabilidade do Estado quanto à integridade física das pessoas sob sua custódia é objetiva, conforme jurisprudência consolidada tanto nesta Corte quanto no Supremo Tribunal Federal”. (BRASIL, 2013)¹⁷.

Na mesma linha de pensamento do STF, o STJ (BRASIL, 2013)¹⁸ já reformou decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que não condenou o Poder Público em caso de morte, por suicídio, de detento no interior de estabelecimento prisional por entender havia quebra do nexo da causalidade (culpa exclusiva da vítima). O STJ baseou-se a decisão no pressuposto de que o Estado tem o dever de proteger os detentos, inclusive de atos contra si mesmos.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pelo menos no que se refere ao detento que mata outro detento, suas decisões estão de acordo com as do STF e STJ¹⁹.

No entanto, nos casos em que o próprio detento comete suicídio, apesar de ter adotado a teoria da responsabilidade objetiva em recentíssima decisão²⁰, já houve entendimento que incide a modalidade de responsabilidade subjetiva, por constituir hipótese de omissão genérica em que se perfaz o nexo causal entre a prisão e o suicídio praticado por vontade exclusiva do detento apenas quando

¹⁶ Decisão Monocrática em Recurso Extraordinário nº 566.040/GO.

¹⁷ Agravo Regimental nº 346.952/PE.

¹⁸ Embargos Declaratórios nº 1.305.259/SC.

¹⁹ Conforme Apelação Cível nº 2012.009630-7, da Capital - “Cumpra ao Estado assegurar ‘aos presos o respeito à integridade física e moral’ (CF, art. 5º, XLIX). Por isso, ‘se um detento se fere, mutila ou mata outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada detento está sempre sujeito e exposto a situações agudas de risco, inerente e próprio do ambiente das prisões onde convivem pessoas de alta periculosidade e, porque no ócio e confinados, estão sempre exacerbados e inquietos’ (Celso Antônio Bandeira de Mello). Responde ele pela reparação dos danos, materiais e moral, suportados pelos familiares do detento assassinado. Não é necessário perquirir a culpa dos seus agentes, pois a ‘responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado’”. (SANTA CATARINA, 2013).

²⁰ Conforme Apelação Cível nº 2012.064393-1, de Seara, julgada em 29/10/2013 – “havendo uma omissão específica, o Estado deve responder objetivamente pelos danos dela advindos. Logo, se o prejuízo é consequência direta da inércia da Administração frente a um dever individualizado de agir e, por conseguinte, de impedir a consecução de um resultado a que, de forma concreta, deveria evitar, aplica-se a teoria objetiva, que prescinde da análise da culpa”. (BRASIL, 2013).

evidenciado a culpa do agente público, no sentido de ter se omitido e, conseqüentemente, não ter adotado procedimentos razoáveis que a situação demandasse. Nestes termos:

O suicídio de detento não gera ao Poder Público, por si só, o dever de indenizar os danos materiais e morais reclamados por seus dependentes. Inexistentes elementos probatórios de que o 'de cujus' necessitava de cuidados especiais e não demonstrado que houve omissão específica ou culpa em uma de suas modalidades, resta afastada a responsabilidade do Estado, ante o fato exclusivo da vítima. (SANTA CATARINA, 2012)²¹

Por outro lado, na medida em que a omissão Estatal no sentido de preservar a integridade física dos presos não se resume apenas à simples incolumidade física do corpo humano, abrange também o direito à saúde, já foi discutida perante o STJ a questão da precariedade das condições carcerárias insalubres a quais muitos presos estão submetidos.

Na decisão foram rompidos os limites da discussão em torno da clássica idéia denexo causal, e adentrou-se na própria ilogicidade da decisão favorável à indenização, pois “a situação do sistema prisional é grave e merece solução global, não apenas pontual”. Assim, apesar de não se negar a “necessidade de se ter uma melhora urgente no sistema prisional”, esta deverá ser feita por meio de “construções e reformas, e não no pagamento de pecuniário aos apenados. (BRASIL, 2010)²². Nesse teor foi o acórdão:

Numa palavra, em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários. A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros.

A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

²¹ Apelação Cível nº 2012.039195-3, de Orleans.

²² Recurso Especial nº 962.934/MS.

Assim, diante de tudo que se analisou, pelos menos no que se refere à morte de presos perpetrada por seu companheiro de cela, os danos causados geram indiscutivelmente a responsabilidade civil objetiva, uma vez que se trata de hipótese de omissão específica do Estado em zelar pela integridade física do preso, de modo que o nexo de causalidade se perfectibiliza desse dever legal e do fato gerador do dano, o homicídio.

Já no que se refere ao suicídio do preso, ao se analisar a responsabilidade civil do Estado, é plausível que exista certa discussão, não só em torno da culpa exclusiva da vítima que levou a cabo a própria vida, como também na incidência de critérios subjetivos em razão de omissão genérica, no sentido de que se o suicídio era previsível e evitável, somente a omissão em adotar procedimentos razoáveis que a situação exigisse poderia levar a responsabilização do Estado.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil consiste, pois, na imposição de medidas que obrigam alguém a reparar o dano, tanto material, quanto moral, causado a terceiros, em razão da violação de uma obrigação primária – o dever jurídico indeterminado de não lesar ninguém.

Geralmente, para que seja imposta a obrigação de reparar o dano causado a alguém, são necessários os pressupostos fundamentais configuradores da responsabilidade civil subjetiva. Além dos típicos pressupostos indispensáveis à responsabilidade civil – conduta humana omissiva ou comissiva, relação de causalidade e dano – é necessário o elemento subjetivo da conduta humana, ou seja, exige-se a prova de que o causador do dano tenha agido em dolo ou em culpa na modalidade da negligência, da imprudência ou da imperícia.

No entanto, apesar de o atual Código Civil ter adotado a teoria da responsabilidade subjetiva como regra geral, regulou-se inúmeros casos em que a modalidade da responsabilidade civil aplicada é a objetiva, aquela que se satisfaz apenas com a demonstração da relação de causalidade entre o dano e a conduta humana. Nesses casos, é dispensável a análise do elemento subjetivo da conduta humana, referente à vontade do causador do dano, ou seja, a sua culpa, em sentido amplo da palavra.

Um destes casos refere-se à responsabilidade civil do Estado, pois a atividade estatal, assim como as demais atividades, ao lançar mão da peculiar posição jurídica superior em relação aos administrados, também causa danos. Assim, pelo que dispõe o §6º do art. 37 da CF, o Estado, na figura das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, responde objetivamente pelos danos que seus agentes causarem nessa qualidade.

Sendo assim, mesmo que não haja a averiguação da culpa do agente estatal ou da falta do serviço, é indispensável a aferição da relação de causalidade entre o dano e a conduta humana do funcionário público. Na verdade, empenhou-se que o Estado deve ser responsabilizado civilmente apenas pelos danos decorrentes de sua atividade, de tal forma que a responsabilidade estatal pode ser mitigada ou excluída se for provada a inexistência ou quebra do nexos causal por caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro. Aqui somente cabe ao Estado invocar as causas excludentes do nexos causal para afastar a sua obrigação

indenizatória, porque a Constituição Federal adotou a responsabilidade civil objetiva, sob a luz do risco administrativo.

Feitas as considerações finais a respeito da responsabilidade civil de um modo geral e, especificamente, da relacionada à atividade do Estado, é incontestável que aos presos, em razão das garantias próprias do Estado Democrático de Direito, entre elas o princípio da dignidade da pessoa humana, é assegurada uma série de direitos não atingidos pela privação da liberdade. Entre eles, e principalmente, o respeito a sua integridade física – direito de suma importância, uma vez que se relaciona intimamente com os demais direitos humanos fundamentais.

Sendo assim, com base nos indicativos do estudo, conclui-se que não há discussão em torno dos casos de violação comissiva do direito à integridade física dos presos em que se aplica a teoria da responsabilidade civil objetiva. Desse modo, não há outra saída senão responsabilizar o Estado e obrigá-lo a indenizar os danos causados pela conduta criminosa do agente público que pratica atos de tortura e espancamentos dos presos ou que utiliza indevidamente algemas e causa lesões. A responsabilidade civil do Estado aqui se fundamenta em razão da perfectibilização do nexo causal entre o dano e a conduta do agente público que, no exercício da atividade pública ou em razão da sua qualidade, viola a integridade física do preso.

Por outro lado, resistem divergentes posicionamentos sobre a possibilidade de o Estado continuar respondendo objetivamente nos casos em que o agente público tenha se omitido no exercício de suas funções. Mesmo que seja plausível a utilização da teoria de Cavalieri Filho (2012, p. 268) sobre a omissão genérica e a omissão específica como determinantes à sujeição do Estado à responsabilidade objetiva ou subjetiva, as discussões acerca do assunto não seriam exauridas, pois ainda assim seria admissível certa discricionariedade ao magistrado na determinação de quais hipóteses constituiriam omissão específica e omissão genérica.

Esclarecido isso, nos casos de ofensa à integridade física dos presos por conduta omissiva, quando o Estado, possuidor do dever de guarda e vigilância dos presos, omite-se e permite que um fato gerador ofenda a integridade física dos presos, a mais recente jurisprudência tem aplicado as regras de responsabilidade objetiva, por entender que esta também seja hipótese de omissão específica, na

medida em que o Estado deve exercer constante e eficiente vigilância para resguardar o direito à integridade física dos presos.

Nesse caso, nexu causal decorre de mera ligação lógica entre o dever constitucional de assegurar o respeito à integridade física e fato gerador do acidente danoso. A existência do nexu causal parece ser tão indiscutível que não se admite a alegação de culpa exclusiva da vítima, na hipótese de suicídio, e tão menos a de fato de terceiro, no caso homicídio perpetrado por outro preso.

No entanto, quando o preso comete suicídio, mesmo que haja entendimento de que esta omissão seja específica por ter o Estado o especial dever de zelar pela integridade física dos presos, ainda reside razão no entendimento de esta seja apenas uma omissão genérica.

Desse modo, em que pese a recentíssima decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, entende-se plausível aquele entendimento de que, pelo menos no caso de suicídio de preso, a responsabilidade civil do Estado por omissão de seus agentes deva ser pautada na teoria subjetiva.

Na verdade a questão aqui vai muito além da incidência do elemento subjetivo da conduta humana, é preciso que haja uma flexibilização da análise do nexu causal, que em primeiro momento poderia ser rompido por constituir este um ato voluntário de exclusiva responsabilidade da vítima.

De outro modo, não se deve, em absoluto, tomar por base o dever legal de zelar pela integridade física dos presos. A relação de causalidade deve partir de uma possível omissão na adoção de medidas razoáveis que uma situação específica pudesse exigir. Nesse sentido, ao Estado somente deveria incidir a responsabilidade indenizatória quando (a) o suicídio era previsível diante do incontestável comportamento do preso e quando (b) nenhum cuidado especial fora tomado no sentido de evitar esse resultado.

Por tudo isso, nota-se que há uma tendência em querer responsabilizar o Estado por todos e quaisquer casos em que a integridade física dos presos é violada, o que, por ampliar cada vez mais a incidência da responsabilidade, oneraria demasiadamente a sociedade, responsável pela manutenção da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 26 out. 2013.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Fixa as regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cnpscp/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={3F19373B-3AD2-4381-A3AE-DE18FD7DD67D}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 24 out. 2013.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. **Lei nº 5.869, 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. **Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997.** Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 210.501/SP.** Relator: Min. Sidnei Benti. Brasília, DF, 16 de outubro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201520797&dt_publicacao=31/10/2012>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. _____. **Agravo Regimental nº 346.952/PE.** Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 15 de outubro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201301580151&dt_publicacao=23/10/2013>. Acesso em: 02 nov. 2013.

_____. _____. **Embargos Declaratórios nº 1.305.259/SC.** Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 15 de agosto de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201200345086&dt_publicacao=22/08/2013>. Acesso em: 02 nov. 2013.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 46.525/MT.** Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 21 de março de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501278851&dt_publicacao=10/04/2006>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.089.955/RJ.** Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, DF, 03 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802054644&dt_publicacao=24/11/2009>. Acesso em: 27 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.210.064/SP.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 08 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001487670&dt_publicacao=31/08/2012>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.292.728/SC.** Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 15 de agosto de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102767786&dt_publicacao=02/10/2013>. Acesso em: 27 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Especial nº 112.579-9/RS.** Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 1º de dezembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901339814&dt_publicacao=11/12/2009>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Especial nº 418.713/SP.** Relator: Min. Franciulli Netto. Brasília, DF, 20 de maio de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200271290&dt_publicacao=08/09/2003>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Especial nº 962.934/MS.** Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 13 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701453286&dt_publicacao=04/05/2011>. Acesso em: 02 nov. 2013.

_____. _____. **Recurso Especial nº 997.761/MG.** Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF, 10 de junho de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702442957&dt_publicacao=23/06/2008>. Acesso em: 27 out. 2013.

_____. _____. Súmula nº 07. A pretensão de simples exame de prova não enseja recurso especial. Brasília, DF, 28 de junho de 1990. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum:** compacto. 7 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. _____. Súmula nº 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Brasília, DF, 12 de março de 1992. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum:** compacto. 7 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. _____. Súmula nº 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF, 1º de setembro de 2009. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum**: compacto. 7 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 106.483/DF**. Relator. Min. Rafael Mayer. Brasília, DF, 26 de novembro de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=272733>>. Acesso em: 27 out. 2013.

_____. _____. **Agravo de Instrumento nº 457.780/RS**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=406592>>. Acesso em: 31 out. 2013.

_____. _____. **Agravo Regimental nº 577.908/GO**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 30 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=564403>>. Acesso em: 31 out. 2013.

_____. _____. **Agravo Regimental nº 697.326/RS**. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 05 de março de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3692940>>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. _____. **Agravo Regimental nº 700.927/GO**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765255>>. Acesso em: 31 out. 2013.

_____. _____. **Agravo Regimental nº 741.288/RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 03 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4530864>>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 130.764/PR**. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 12 de maio de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 215.981/RJ**. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 08 de abril de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=246430>>. Acesso em: 31 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 363.423/SP**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 16 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515169>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 566.040/GO**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28566040%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 31 out. 2013.

_____. _____. Súmula nº 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum**: compacto. 7 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. _____. Súmula Vinculante nº 11. Uso de algemas. Brasília, DF, 13 de agosto de 2008. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum**: compacto. 7 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JUNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 20. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Carolinna Bridi. O "jus puniendi" e a dignidade humana do preso: o desrespeito à Lei de Execução Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2988, set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19930>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

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

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal**: lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**: teoria da ciência e prática da pesquisa. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**: livro didático. 2. ed. rev. e atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. rev. e atual. até 31 de março de 2004. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAGANELLI, Wilson. A eutanásia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 21, 19 nov. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1861>>. Acesso em: 31 out. 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1999.008586-4, de Blumenau**. Relator: Des. Luiz César Medeiros. Florianópolis, 17 de junho de 2002. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=19990085864>>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. _____. **Apelação Cível nº 2007.014066-6, de Campo Erê**. Relator: Des. Jaime Ramos. Florianópolis, 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20070140666>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

_____. _____. **Apelação Cível nº 2008.001197-3, de São Miguel do Oeste**. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Florianópolis, 04 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20080011973>>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. _____. **Apelação Cível nº 2009.060676-8, da Capital.** Relator: Des. Ricardo Roesler. Florianópolis, 09 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPR OC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20090606768>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. _____. **Apelação Cível nº 2011.019029-3, de Criciúma.** Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Florianópolis, 09 de abril de 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPR OC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110190293>>. Acesso em 08 nov. 2013.

_____. _____. **Apelação Cível nº 2012.009630-7, da Capital.** Relator: Des. Newton Trisotto. Florianópolis, 20 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPR OC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20120096307>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

_____. _____. **Apelação Cível nº 2012.039195-3, de Orleans.** Relator: Des. João Henrique Blasi. Florianópolis, 31 de julho de 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPR OC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20120391953>>. Acesso em: 06 out. 2012.

_____. _____. **Apelação Cível nº 2012.064393-1, de Seara.** Relator: Des. Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPR OC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20120643931>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil:** com comentários ao Código Civil de 2002. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tratado de responsabilidade civil:** doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 4.