

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL

DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUAS EXCLUDENTES CLÁSSICAS. 2.1 Força maior. 2.2 Culpa da vítima ou de terceiro. 3 DUAS OUTRAS HIPÓTESES LIBERATÓRIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. 3.1 Não oficialidade da atuação do agente. 3.2 No caso de omissão própria, ausência de prova do dever específico de agir e da possibilidade de afastar o dano. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS FINAIS.

RESUMO: O presente estudo pretende promover breve reflexão sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado, com destaque para as causas excludentes clássicas do nexo causal e do dever de indenização: (a) força maior, (b) culpa da vítima e (c) fato de terceiro, analisando igualmente outras duas hipóteses liberatórias, a saber: (d) não oficialidade da atuação do agente e, no caso de omissão própria, (e) ausência de prova do dever específico de agir e da possibilidade de evitar o dano. Pesquisaram-se a jurisprudência e algumas obras de doutrinadores pátrios, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello e Rui Stoco, que constituem o marco teórico deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil objetiva do Estado. Excludentes clássicas do nexo causal. Outras hipóteses liberatórias.

¹ Advogado da União. Ex-chefe da Procuradoria da Advocacia-Geral da União em Ilhéus. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Rua Altino Serbeto de Barros, 269, Ap. 1602, CEP 41830-492, Salvador-BA. Tel. (71) 98838-2028. mondubi@yahoo.com.br.

CIVIL LIABILITY OBJECTIVE OF THE STATE

EXCLUDENTS OF CAUSAL NEXUS

ABSTRACT: The present study intends to promote a brief reflection on the civil liability objective of the State, emphasizing the classic excludents causes of the causal nexus and the obligation of indemnity: (a) force majeure, (b) guilt of the victim and (c) fact of third (d) non-officiality of the agent's performance, and, in the case of own omission, (e) absence of proof of the specific duty to act and the possibility of avoiding the damage. It was investigated the jurisprudence and some works of Brazilian indoctrinators, like Celso Antônio Bandeira de Mello and Rui Stoco, who constitute the theoretical framework of this work.

KEYWORDS: Civil Liability Objective Of The State. Classical excludents of causal nexus. Other liberating hypotheses.

INTRODUÇÃO

Segundo o art. 37, §6º, da Constituição Federal, “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Aqui o constituinte consagrou a garantia dos administrados a uma indenização compensatória pelo Estado por todo e qualquer dano – material ou moral – causado por ação ou omissão por parte de seus agentes, agindo em tal condição. É o que também consta do art. 43 do Código Civil.

Trata-se da responsabilidade civil do Estado, instituto de grande relevo para toda a Administração Pública, que se explica pela capilaridade de seus órgãos espelhada em sua forte presença na sociedade (via União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

De logo válido esclarecer que não será estudada aqui a responsabilidade contratual do Estado, a qual é subjetiva e pautada por regras avençadas entre as partes. Também não enfocaremos a omissão comum ou genérica que, de igual forma, reclama perquirição de ordem subjetiva². Em vez disso, vamos analisar apenas e tão-somente a responsabilidade extracontratual objetiva, cuja fonte maior de inspiração para todo o ordenamento está no art. 37, §6º, da Constituição Federal³.

A responsabilidade objetiva se caracteriza pela desnecessidade de o administrado ter de provar dolo ou culpa do Estado como pressuposto da indenização (o que se dá por ação ou omissão própria), bastando para tanto a demonstração do nexo causal. É o caso da teoria do risco administrativo, de longa data adotada no país, cujo dever de reparação por parte do poder público independe da demonstração de culpa pelo lesado. Fora desse figurino, estaríamos diante da responsabilidade civil baseada no risco integral, hipótese em que, mesmo ausente o nexo de causalidade, o dever de indenizar se impõe.

Como exemplos de responsabilidade civil por risco integral, que por dispensar o nexo causal, deve contar com previsão legal expressa, temos o dever de reparação imposto em se tratando de danos decorrentes de atentados terroristas (Lei nº 10.309/2001 e Lei nº 10.744/2003), bem assim das mortes dos militares que serviram à época do terremoto no Haiti (Lei nº 12.257/2010). Nesses casos, ainda que os danos venham de terceiros, de caso fortuito e força maior, o poder público, por questão de política legislativa, assumiu excepcionalmente o dever de indenização. E mesmo aqui não há uma causalidade sem fim. É que existe, na expressão de Hans Kelsen⁴, “um ponto terminal de imputação”, que é o dever de indenizar estipulado na forma da lei.

² Nas palavras de Carvalho Filho, “a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissa, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo, Atlas, 25 ed. 2012, p. 561.

³ “A responsabilidade no exercício da função administrativa decorre diretamente do texto constitucional [...] ainda que o novo código civil normatize a respeito, a matéria não é própria do Direito Civil (o conteúdo prevalece sobre a forma, a codificação na Lei Civil não lhe confere substância civil) e, mais, a aplicação do Código Civil depende de um juízo em conformidade e adequação com a constituição.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, 98.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 101.

Na primeira parte, fazendo um recorte ainda maior no tema, o presente artigo tem como objetivo estudar, com respeito à causalidade, as excludentes clássicas da responsabilidade civil objetiva do Estado, a saber: a força maior, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Com efeito, como já decidiu o TRF1ª Região,⁵ “a responsabilidade objetiva constitucionalmente prevista a recair sobre o ente público será elidida no caso de comprovação de culpa exclusiva de terceiro, entre outras excludentes, tendo em vista que se trata de responsabilização advinda do risco da administração e não pelo risco integral”.

Nessa perspectiva, destacaremos o conceito de responsabilidade civil e o que significa nexa causal, abordando algumas de suas excludentes.

Ainda com respeito à causalidade, regra geral antepasso mínimo da responsabilidade civil objetiva, pretendemos, na parte final do texto, examinar também duas situações que, se confirmadas no caso concreto, acabam desconfigurando a obrigação do Estado de indenizar, a evidenciar que o rol das excludentes clássicas é apenas exemplificativo.

A primeira situação liberatória, em se tratando de ato comissivo, acontecerá se inexistir relação entre o ato de agente público e o dano. A segunda, em se tratando de omissão própria, se restar inexistente o dever específico de agir por parte do Estado.

Tentaremos alcançar os objetivos aqui expostos consultando a jurisprudência dos nossos tribunais e pesquisando obras de doutrinadores pátrios, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello e Rui Stoco, dentre outros.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUAS EXCLUDENTES CLÁSSICAS

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Apelação Cível nº 0001380-74.2006.4.01.3301**, Brasília, DF, de 01 fev.2016. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/index.xhtml> Acesso em: 20 nov.2018.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, entende-se por responsabilidade civil ou responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, o dever “que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Na mesma linha, ensina Marçal Justen Filho⁷, quando aponta que “a responsabilidade civil do Estado, genericamente considerada, consiste no dever de recompor os prejuízos acarretados a terceiros, em virtude de condutas infringentes da ordem jurídica”.

Como corolário desses conceitos, temos condições de pontuar que o Estado deve responder, em regra, pecuniariamente pelos danos causados à esfera patrimonial ou moral das pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, ou seja, a Administração deve promover a recomposição dos danos causados, restituindo aquilo que usurpou do administrado ou aquilo que este último deixou de ganhar.

Ademais, podemos concluir também que esses danos podem resultar de ação ou omissão de seus agentes, e isto, salvo em algumas situações, independentemente da licitude ou ilicitude de sua conduta; e finalmente que tais gravames à esfera patrimonial do administrado podem decorrer tanto de situações materiais (ex.: nivelamento de uma rua) quanto de situações jurídicas (ex.: um ato normativo proibindo circulação de veículos numa avenida).

Nexo causal, como trabalhado na doutrina, é o elemento referência entre o fato e o dano. Em outras palavras, é o liame ou relação de causa e efeito entre o fato danoso e o agente causador ou que deveria evitá-lo; ou seja, se o fato

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 967.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 1217.

aconteceu e o poder público foi a causa do problema ou pelo menos deveria impedi-lo, diz-se que houve o nexo causal.

A força maior, que a doutrina classifica como o evento natural irresistível, afigura-se como causa excludente do nexo causal.

E a primeira causa excludente do nexo causal e, por conseguinte, da responsabilidade civil do Estado que vamos estudar aqui, é exatamente a força maior.

2.1 FORÇA MAIOR

De início, importante esclarecer que o caso fortuito, acidente provocado por causa desconhecida, em que pese a maioria da doutrina e da jurisprudência o enxergue como elemento excludente do nexo causal⁸, alguns dos mais respeitados administrativistas do país assim não entendem, como se pode ver na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹, para quem “a força maior – acontecimento natural irresistível -, de regra, é causa bastante para eximir o Estado de responder”, ressaltando, todavia, o mestre paulista que “o mesmo [sic] não sucederá necessariamente ante os casos fortuitos. Se alguma técnica, de razão inapreensível, implica omissão de um comportamento possível, a impossibilidade de descobri-la, por seu caráter acidental, não elide o defeito [...] do serviço devido pelo Estado”.

⁸ Essa é, por todos, a posição de (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1240), que coloca o caso fortuito como uma das hipóteses de exclusão, assim como também entendeu o Supremo Tribunal Federal no seguinte acórdão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 385.943**, Brasília, DF, de 18 fev.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608263>>. Acesso em: 20 set.2017.

⁹ MELLO, op. cit., p. 949.

No magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, “já na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão [...]”.

No mesmo sentido a opinião de Rui Stoco¹¹, “de fato, sendo o caso fortuito um acidente decorrente de causa desconhecida, não tem o condão de elidir o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano produzido.” Não é outra a posição de Edmir Neto de Araújo¹², para quem “no caso fortuito, em que a causa permanece desconhecida, diferentemente do que sucede na força maior, inexistente a possibilidade exoneratória quando a responsabilidade é fundada no risco.”

Assim, descartado o caso fortuito como causa unânime bastante para eximir a responsabilidade do poder público, passemos a tratar da força maior, sobre a qual, com relação aos efeitos, parece não pairar dúvida.

Nas palavras de Rui Stoco, ainda na mesma página citada, “por sua inevitabilidade a força maior – acontecimento natural irresistível – é, via de regra, causa suficiente para eximir a responsabilidade da Administração.”

A força maior constitui, portanto, causa idônea para livrar o Estado da responsabilidade civil que lhe for imputada, já que tem o condão de quebrar o nexo de causalidade entre o fato danoso e o serviço público.

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, em passagem da obra já aludida, que “nos casos ora cogitados (de responsabilidade objetiva), eventual invocação de força maior – força da natureza irresistível – é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido”.

E ali resume o doutrinador: “se foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado”.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 507.

¹¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1014.

¹² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 782

¹³ MELLO, op. cit., p. 949.

Em outros termos, não há que se cogitar de indenização pelos danos eventualmente causados aos administrados, se restar comprovado que o Estado não teve relação com a eclosão do resultado danoso, sendo tal dano resultante de evento irresistível da natureza, como no exemplo de um raio ou outro fenômeno natural, a não ser que se prove omissão da Administração em afastar tais consequências.

2.2 CULPA DA VÍTIMA OU DE TERCEIRO

É perfeitamente possível que um determinado fato jurígeno de um pedido de indenização ao fim e ao cabo decorra muitas vezes de situação provocada pela própria vítima ou por terceiro, seja por dolo, seja por culpa, sendo esta última nas modalidades imprudência, negligência e imperícia. Em qualquer dos casos, não há que se falar em indenização por parte do Estado.

É que mesmo em se tratando de responsabilidade civil objetiva, fundada que é na teoria do risco administrativo, não remanesce dúvida de que ela pode ser reduzida ou excluída por culpa da vítima.

Não é outro o magistério do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁴ “quando, em casos de acidente de automóveis, demonstra-se que a culpa não foi do Estado, mas do motorista do veículo particular que conduzia imprudentemente, [...] a culpa da vítima deve ser causa bastante para elidir a responsabilidade estatal.”

E continua afirmando na mesma página: “deveras, o que se haverá demonstrado, nesta hipótese, é que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o nexa causal.”

¹⁴ MELLO, op. cit., p. 906.

Assim sendo, restando comprovada a culpa exclusiva da vítima ou a responsabilidade de terceiro, entendendo o fato de terceiro como algo que rompe o liame ou o nexo causal imputado ao Estado, exatamente porque o dano não foi provocado pelo Estado, mas por um terceiro, não se pode impor ao poder público qualquer espécie de condenação.

De anotar, por importante, uma situação que poderá ocorrer quando em foco tais discussões no âmbito dos tribunais: o julgador de um lado não reconhece a culpa exclusiva da vítima, mas de outro lado reconhece sua culpa concorrente como causa do resultado danoso. Nesse caso, podemos ter ora o abrandamento ora a exclusão da responsabilidade civil imputada, a depender da situação concreta.

O abrandamento da indenização ocorrerá se restar comprovado que houve a culpa tanto da vítima quanto do Estado.

A exclusão total da responsabilidade por quebra do nexo causal dar-se-á se restar comprovado que a culpa foi apenas da vítima ou de terceiro.

Sobre a exclusão total da responsabilidade, alerta Diogo Figueiredo de Moreira Neto¹⁵ que “a responsabilidade patrimonial do Estado, fundada no risco administrativo, cede ante a prova de culpa da vítima, concorrente ou excludente [...]”

Aqui percebemos a doutrina chancelando uma redução da indenização a ser paga pelo Estado (quando houver culpa concorrente) e até a exclusão da responsabilidade civil nos casos de culpa exclusiva da vítima.

Mas há, também, duas outras hipóteses que diretamente tocam essa questão da quebra de causalidade, uma vez que, se restarem ausentes nos casos de ação ou omissão, vão desconstruir a responsabilidade estatal objetiva.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 746.

3 DUAS OUTRAS HIPÓTESES LIBERATÓRIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Nesta parte do texto, vamos tratar sobre outras duas hipóteses liberatórias, a saber: não oficialidade da atuação do agente e, no caso de omissão própria, ausência de prova do dever específico de agir e da possibilidade de evitar o dano.

3.1 NÃO OFICIALIDADE DA ATUAÇÃO DO AGENTE

A primeira das hipóteses liberatórias de indenização, e ela trabalha no campo dos atos comissivos, diz respeito à necessidade de uma relação entre o agente público e o dano imputado ao Estado.

Isto se percebe na redação do art. 37, §6º, da Constituição Federal, quando textualmente dispõe que as entidades de direito público e empresas privadas prestadoras de serviços públicos “[...] responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros[...].”

Descarta-se de logo cogitarmos da aplicação da responsabilidade objetiva ali prevista com relação a entidades estatais não prestadoras de serviços públicos, que é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, p. ex.) que exercem atividade econômica e militam “livremente” no mercado, competindo em igualdade de condições com as demais empresas privadas.

De igual forma, também ficarão de fora desse regime jurídico da responsabilidade objetiva, os atos praticados por aqueles agentes públicos que não agem nessa qualidade.

Aqui se faz necessário emitir uma palavra sobre o termo agente público.

No ensino de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶, a expressão “agente público” “é a mais ampla [...] para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”, caminhando na mesma linha a professora Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁷, para quem “agente público” é a pessoa física que, vinculando-se juridicamente a uma pessoa pública, dispõe de competência legalmente estabelecida para o desempenho de função estatal em caráter permanente ou transitório.”

Para a última autora citada, não se compreendem nessa expressão “agentes públicos” as pessoas que, embora atuem em regime de colaboração com a Administração Pública, são apenas pessoas físicas no exercício ou a serviço de pessoas jurídicas públicas, como previu, por exemplo, o constituinte, no art. 5º, inciso LXIX¹⁸, deixando claramente de fora os particulares¹⁹ que, de alguma forma, colaboram **com**, mas não atuam **como Estado**, não perdendo em nenhum momento aquela condição.

Indo um pouco mais além e trazendo uma explicação mais consentânea com o assunto em pauta, a professora Fernanda Marinela²⁰ vai dizer que o termo “agente” engloba “todo aquele que exerce função pública e que, nessa qualidade, causar danos a terceiros, não importa se é servidor público ou não, não importa se presta serviço em pessoa pública ou pessoa privada, e também independe do tipo de regime jurídico a que se submete.”²¹

¹⁶ MELLO, op. cit., p. 226.

¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 59.

¹⁸ “Art. 5º, LXIX, da CF/88 – “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹⁹ Segundo o Prof. Israel Nunes Silva, não se pode confundir “Agente Público com toda e qualquer pessoa física contratada pelo Estado. Imagine-se, por exemplo, que um técnico em informática é contratado por determinado órgão da administração pública, mediante regular processo licitatório, para realizar manutenção em equipamentos de informática pertencentes ao referido órgão. No exemplo citado, o técnico em informática não se torna um Agente Público apenas pelo fato de prestar serviços ao Estado.” SILVA, Israel Nunes. **Os servidores públicos na Constituição**. Aspectos Doutrinários, Legislativos e Jurisprudenciais. Editora Nelpa. São Paulo, 2009, p. 14.

²⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 1033.

²¹ E esse conceito, segundo julgou o STJ, aplica-se inclusive para ato de empregados terceirizados. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 904.127**, de acórdão do Tribunal de Justiça

Não basta, contudo, que o autor da conduta seja agente público para assim atrair a responsabilidade estatal. Há que se demonstrar que o agente se utilizou do cargo, da função ou da atividade administrativa para de alguma forma levar a efeito o ato gravoso. Em outras palavras, há que se verificar a oficialidade da atividade causadora da lesão.

Nesse sentido manifestou-se a primeira Turma do Supremo Tribunal Federal,²² sede em que negou pedido de indenização formulado pela esposa de um policial que, num conflito conjugal em seu período de folga, lhe desferiu alguns tiros com a arma da corporação.

A Corte entendeu inaplicável à hipótese a responsabilidade objetiva, averbando que o “Estado não pode responder por dano causado por alguém que não é seu agente ou que, embora o seja, não esteja, quando da prática do ato que deu causa ao dano, no desempenho das atribuições do seu cargo, função ou emprego público”.

Inexistente, portanto, a relação de causa e efeito, em que pese tenhamos um dano e um agente público causador, não há razão para indenizar por parte do Estado, podendo o agente arcar normalmente por seus atos de acordo com o regime privado de responsabilização civil²³.

Em suma, não é qualquer ato do agente ligado ao Estado que vinculará este último à obrigação de ressarcimento pelos prejuízos causados ao administrado.

do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, de 03 out.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4198159&num_registro=200602580066&data=20081003&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 19 set.2017.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363423**, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, de 16 nov.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515169>>. Acesso em 20 set.2017.

²³ “O §6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 327.904**, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, de 15 ago.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260882>>. Acesso em: 20 set.2017.

3.2 NO CASO DE OMISSÃO PRÓPRIA, A AUSÊNCIA DE PROVA DO DEVER ESPECÍFICO DE AGIR E DA POSSIBILIDADE DE AFASTAR O DANO

A segunda hipótese a fazer ruir o nexo causal, desconfigurando a possibilidade de indenização com base na responsabilidade objetiva, é quando inexistente, no caso da omissão imputada, o dever específico de agir pelo poder público, e quando, mesmo este presente, restar demonstrada a inafastabilidade do prejuízo.

Entram em cena aqui dois conceitos doutrinários²⁴ importantes à compreensão do assunto:

- (i) omissão própria ou específica, que se verifica quando o Estado falha no dever legal e especial de proteção para evitar o dano (adiante se verá que a culpa desta inação tem presunção relativa),
- (ii) e a omissão imprópria ou genérica, que ocorre quando o Estado descumpre o dever geral de evitar o resultado.

Na omissão própria, a consequência da omissão ensejadora do dano é pautada pelo regime jurídico da responsabilidade objetiva, que independe de análise da culpa *a priori*, diferente da omissão imprópria, fundada que é na responsabilidade subjetiva e no binômio obrigação de agir-possibilidade de agir, a demandar respectiva demonstração pela vítima.

²⁴ Segundo JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1232, “As hipóteses de dano derivado de omissão podem ser diferenciadas em dois grandes grupos. Existem os casos em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). E há os casos em que a norma proscreeve certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio).”

Entre outros exemplos de omissão imprópria, também conhecida como omissão genérica, a exigir produção de prova de falhas ou ausência do serviço, temos os casos de assaltos em via pública e os acidentes em rodovias por excesso de velocidade, onde ao lesado não cabe presumir violação direta a dever de cuidado pelo Estado, cobrando-lhe indenização apenas a esse título. Neste caso, a vítima deve provar a omissão culposa do poder público.

No caso da omissão própria, que se equipara a uma conduta comissiva, dispensando, por conta disso, a demonstração da culpa pelo lesado, se restar esclarecido pela Administração que ela não tinha o dever legal e específico de agir²⁵, mas apenas uma obrigação sem conteúdo determinado, e que, além disso, conforme veremos agora, o fato era inescapável, impossível fazer emergir dos danos ocorridos uma reparação calcada na responsabilidade civil objetiva.

É o que aconteceria, por exemplo, se, em que pese o dever individualizado de custódia e cuidado do Estado, houvesse um suicídio dentro de um hospital público, sem que o paciente e a família evidenciassem aos médicos qualquer sinal nesse sentido.

Ou seja, mesmo em se tratando de obrigação específica de proteção, que é o caso da omissão própria, não parece correto dizer estar o poder público sujeito a responder, de modo automático, por toda e qualquer ação danosa ocorrida em suas cercanias, hipótese em que se consagraria a responsabilidade por risco integral, o que via de regra não é possível no país.

E essa compreensão fica mais clara quando observamos o caso envolvendo uma ação indenizatória pela morte de um detento provocada por outro, oportunidade em que, em tese firmada em sede de *Repercussão Geral*, a nossa Suprema Corte²⁶ anotou (sem grifos no original) que “é dever do Estado

²⁵ Segundo Reinaldo Couto, “toda omissão relevante surge de uma relação imputacional, ou seja, a norma jurídica impõe dever jurídico ao agente de evitar o resultado danoso. Não há relação de causalidade entre a omissão e o dano, pois aquela não é a causa direta deste. A omissão relevante é a ausência de ação quando o ordenamento jurídico impõe o dever de agir.” COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 520.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 841.526**, de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, de 30 mar.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em 20 set.2017.

e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal),” alertando, contudo, que “O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado *quando possível a atuação estatal* no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva [...]”.

E continua dizendo “que *nos casos em que não é possível* ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), *rompe-se o nexo de causalidade*, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem e a opinio doctorum* a teoria do risco integral.”

No fragmento do mesmo acórdão, assim arremata o tribunal: “a responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova *causa impeditiva da sua atuação protetiva* do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.”

Assim, em se tratando de danos por omissão, a inexistência de um dever jurídico e individualizado de agir ou, ainda que presente tal dever, reste constatado um evento danoso de etiologia inevitável pela Administração, como entendeu o pretório excelso, outro caminho o julgador não terá senão declarar excluídos o nexo causal e a responsabilidade objetiva do Estado.

Finalmente, importante registrar ainda que – em se tratando de responsabilidade objetiva por ação ou omissão específica - o ônus de provar as hipóteses excludentes do nexo causal e por consequência da responsabilidade civil, é do Estado acionado para tanto, ficando com o suposto lesado a incumbência de demonstrar a ocorrência do dano e seu liame com o poder público, que é o nexo causal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se, portanto, ao analisarmos os danos decorrentes de ação ou omissão específica, que a responsabilidade civil objetiva do Estado comporta limites e abrandamentos. Nesses casos, a responsabilidade objetiva do Estado se caracteriza pela desnecessidade do administrado ter de provar dolo ou culpa de seus prepostos como pressuposto da indenização, bastando para tanto a demonstração do nexo causal, este entendido como o liame ou relação de causa e efeito entre o fato danoso e seu agente causador/omisso.

Para ver concretizada tal responsabilidade civil objetiva do Estado, importa apenas que o administrado prove a existência do dano e sua relação com uma ação ou inação do agente estatal, recaindo sobre a vítima a incumbência de demonstrar esses pressupostos aludidos (dano e nexo causal).

Esse nexo causal, como vimos, pode ser quebrado se restar comprovado pelo Estado – e essa incumbência deve recair de fato sobre seus ombros – que o dano ocorreu por:

- (a) força maior;
- (b) culpa da vítima;
- (c) fato de terceiro ou, conforme destacado neste artigo,
- (d) pela ausência de relação de oficialidade entre o agente e o dano;
- (e) pela ausência do dever específico de cuidado e, mesmo este presente, quando o dano se revelar inevitável.

Numa síntese apertada, ao lesado cumpre apontar o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão especial do agente, e ao poder público, sua desconstrução ou abrandamento, este se verificada a culpa concorrente da vítima.

Ainda sobre a força maior, culpa da vítima e fato de terceiro, tal significa dizer que se o evento danoso foi provocado por tais situações, logo não foi provocado pelo Estado. Em outras palavras, no exemplo da força maior, não há

que se cogitar de indenização pelos danos eventualmente causados aos administrados, se restar comprovado que o Estado não teve relação com a eclosão do ato danoso, sendo tal dano resultante de evento irresistível da natureza, como no exemplo de um raio ou outro fenômeno climático, a não ser que se demonstre omissão do poder público no sentido de evitar tais consequências.

Esse raciocínio, conforme posição recentemente firmada em sede de repercussão geral pelo STF, não se aplica somente aos gravames provocados por força maior, culpa da vítima ou de terceiro, mas também, em se tratando de omissão própria, quando a Administração provar que não tinha o dever especial de agir e que, além disso, seus representantes nada poderiam fazer para impedir o resultado, tanto mais porque ao Estado, sob pena de adotar-se a teoria do risco integral, não se pode impor o dever de indenização por danos incontrolláveis que ele obviamente não cometeu, ou a tanto não ensejou.

REFERÊNCIAS FINAIS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo, Atlas, 25 ed. 2012.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Belo Horizonte: Editora Forum. 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva. 1999.

SILVA, Israel Nunes. **Os servidores públicos na Constituição**. Aspectos Doutrinários, Legislativos e Jurisprudenciais. Editora Nelpa. São Paulo, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 385.943**, Brasília, DF, de 18 fev.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608263>>. Acesso em: 20 set.2017.

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Apelação Cível nº 0001380-74.2006.4.01.3301**, Brasília, DF, de 01 fev.2016. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/index.xhtml> Acesso em: 20 nov.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 904.127**, de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, de 03 out.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4198159&num_registro=200602580066&data=20081003&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 19 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363423**, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, de 16 nov.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515169>>. Acesso em 20 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 327.904**, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, de 15 ago.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260882>>. Acesso em: 20 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 841.526**, de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, de 30 mar.2016. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em 20 set.2017.