LUCIANA YOSHIDA

Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Omissão do Poder Executivo

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. José Fernando Simão

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo-SP

2018

LUCIANA YOSHIDA

Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Omissão do Poder Executivo

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Fernando Simão.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo-SP

2018

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Yoshida, Luciana

Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Omissão do Poder Executivo / Luciana Yoshida ; orientador José Fernando Simão -- São Paulo, 2018.
237
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Omissão. 2. Responsabilidade civil por omissão. 3. Responsabilidade civil do Estado. 4. Responsabilidade civil do Estado por Omissão do Poder Executivo. I. Simão, José Fernando, orient. II. Título.

Nome: YOSHIDA, Luciana
Título: Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Omissão do Poder Executivo

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof.Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

À minha família
Yumiko, Milton, Lívia e Luli

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao meu orientador, professor José Fernando Simão, pela excelente orientação e especial atenção que me deu ao longo do mestrado, pelas valiosas lições e cuidadosas revisões dos capítulos, por estar sempre disponível para marcar reuniões e debater a evolução do trabalho, por disponibilizar a sua biblioteca particular e por ter possibilitado a minha ida à Faculdade de Lisboa para aprofundar minha pesquisa e enriquecer o trabalho.

Também gostaria de agradecer à minha família, aos meus pais e à minha irmã que sempre me apoiaram incondicionalmente em cada etapa da minha vida, me ensinaram a persistir diante de cada obstáculo e por serem os primeiros a celebrar minhas conquistas. Também agradeço a Luli, minha maior companheira de estudos.

Não poderia deixar de agradecer às minhas amigas Caroline Ezequiel, Heloisa Miura, Mayara Monreal, Aline Park e Raissa Belintani pelo auxílio com a revisão do trabalho, por terem me proporcionado momentos de diversão e relaxamento imprescindíveis nos momentos de maior stress, e, sobretudo, pelos longos anos de amizade.

RESUMO

Yoshida, Luciana. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Omissão do Poder Executivo.* 2018. 237 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A presente dissertação trata da responsabilidade civil extracontratual por omissão do Poder Executivo e tem o objetivo de focar a análise da responsabilidade civil na conduta omissiva. Iniciamos nosso estudo com um enfoque civilista, examinando o que se entende por omissão e quais requisitos devem ser observados para que ela adquira relevância jurídica e seja considerada causa do dano. Como a doutrina nacional não se debruçou profundamente sobre o tema da omissão e da responsabilidade por omissão, analisamos o que a doutrina estrangeira desenvolveu sobre o assunto, sobretudo a portuguesa. Em poucas palavras, a omissão não pode ser considerada simplesmente como sinônimo de abstenção ou inércia, devendo ser entendida como descumprimento de um dever jurídico de agir que era imposto ao agente e, sendo assim, também é necessário discutir quais são as fontes desse dever. Em seguida, analisamos as hipóteses de responsabilidade civil por omissão que podem ser encontradas no Código Civil de 2002, que são a responsabilidade por fato de outrem e responsabilidade pelo risco da atividade. Passamos então a nos debruçar sobre o exemplo mais recorrente de responsabilidade por omissão, a responsabilidade civil por omissão do Estado. Com relação ao tema, primeiramente, nos deparamos com uma divergência doutrinária a respeito de qual teoria, subjetiva ou objetiva, foi adotada pelo parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Após analisar todas as teorias defendidas, acompanhamos o entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência no sentido de que a análise do ato omissivo estatal ilícito não pode deixar de considerar o elemento culposo, de forma que somente poderia ser adotada a responsabilidade subjetiva nesse caso. No entanto, propomos adotar a classificação da omissão em omissão genérica e omissão específica, uma vez que a exigibilidade da conduta é diferente em cada categoria. Com o intuito de endereçarmos com mais particularidade os casos em que a omissão do Poder Executivo gera o seu dever de indenizar, examinamos esse assunto por meio da análise de precedentes das corte superiores, diante das hipóteses em que o Estado cria a situação de risco que propiciou o dano e das situações em que o dano foi causado por forças da natureza ou fato de terceiro. Esses são casos em que a omissão corresponde à violação de um dever de agir do Estado, sendo que no capítulo seguinte estudamos os casos em que a Administração Pública tem o poder discricionário de se omitir, trata-se, assim, de uma omissão legítima. Dessa forma, discorremos brevemente sobre a margem de discricionariedade da Administração Pública e a analisamos sob a atividade do poder de polícia e de regulação econômico-social, examinando um caso concreto relacionado a cada atividade. Por fim, encerramos a dissertação com o tema da responsabilidade por ato legítimo, buscando investigar se o particular que sofreu danos causados pela omissão estatal legítima encontra fundamentos no ordenamento nacional para ser indenizado.

Palavras-chave: direito civil. direito administrativo. omissão. responsabilidade civil por omissão, responsabilidade civil por omissão do Poder Executivo.

ABSTRACT

Yoshida, Luciana. Civil Liability due to the Omission of the Executive Branch. 2018. 237 f. Dissertation (Master) – Law School, University of Sao Paulo, Sao Paulo, 2018.

The present dissertation addresses civil liability due to the omission of the Executive Branch and aims to focus on liability for omission in tort law. We begin by adopting a private law approach in order to examine what is understood by 'omission' and which requirements must be satisfied for it to acquire legal relevance and be considered the source of the damage. Since national legal scholars have not yet properly investigated the subjects of omission and liability due to omission, we will examine the contributions provided by foreign scholars, especially Portuguese ones. In short, omission must not be taken as mere synonym of abstention or inertia, but as the infringement of a legal duty to act in a certain way. Consequently, it is also necessary to ask where this duty comes from. Thereafter, we analyze how the 2002 Civil Code regulates liability due to omission and liability due to the risk of the activity. Next, we focus on the most popular topic concerning civil liability due to the omission, which is civil liability for state's omission – being that there is no consensus whether the sixth paragraph of article 37 of the Federal Constitution has adopted an "objective"(without considering the element fault) or a "subjective" (considering the element fault) approach to the theme. After examining all proposed interpretations, we decide to follow the majority one, which establishes that the unlawfulness of a state omission cannot be assessed without considering the fault, a requirement for subject liability. Nevertheless, we suggest that omissions must be labeled as either generic or specific, given that the enforceability of the conduct is different in each category. We then turn to the analysis of how high courts have been addressing cases where the state creates the situation that results in the tort and where the tort is produced by natural forces or third parties – which correspond to the ones where the state has the duty to act. Following, we examine cases where the omission is encompassed by state discretion, and thus legitimate. Opportunely, we discuss how broad state discretion should be in cases involving police powers and socio-economic regulation. Finally, we end the dissertation wondering if a person could hold the state liable even in situations where its omission is legitimate.

Key-words: private law - public law – omission - liability for omission - liability for state omission.

SUMÁRIO

Introdução 11

I. Responsabilidade civil extracontratual por omissão 17

1. Relevância jurídica da omissão 18
2. Nexo de causalidade 40
3. Causas excludentes de responsabilidade 50
4. Casos de responsabilização por omissão do agente 57
   4.1 Responsabilidade por fato de terceiro 57
   4.2. Responsabilidade pelo risco da atividade 63

II. Aspectos gerais sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado 72

5. Evolução da responsabilidade civil do Estado no Brasil 72
6. Elementos que compõem a responsabilidade civil extracontratual do Estado 78

III. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão 90

7. Caracterização da conduta omissiva estatal 90
8. Nexo de causalidade entre a conduta omissiva estatal e o dano 95
9. Teorias sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão 99
   9.1. Teoria da responsabilidade civil subjetiva do Estado por atos omissivos 100
   9.2. Teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado por atos omissivos 105
   9.3. Teoria defendida por Marçal Justen Filho 107
   9.4. Teorias do dever genérico e dever específico 109
   9.5. Teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal 113

IV. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão do Poder Executivo 117

10. Responsabilidade civil do Estado por criar as situações de risco que geraram o dano 118
11. Responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por forças da natureza e fato de terceiro 133
12. Responsabilidade civil do Estado por omissão do Poder Executivo - Poder discricionário da Administração 150

12.1. Poder discricionário da Administração e limites impostos pelo ordenamento jurídico 150
12.2. Atividade Administrativa: Poder de Polícia 160
12.3. Omissão no Poder de Polícia - caso da Boate Kiss 164
12.4. Atividade Administrativa: Regulação Econômico-social 177
12.5. Omissão na Regulação Econômico-Social – ANEEL e a aplicação da metodologia de reajuste tarifário anual das tarifas de energia elétrica 182
12.6. Responsabilidade do Estado em decorrência do poder discricionário – responsabilidade por atos legítimos 203

Conclusão 217

Referência Bibliográfica 227

INTRODUÇÃO

No sistema brasileiro, o texto constitucional bem como outros textos legais possuem disposições normativas que tratam da responsabilidade civil do Estado. O artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 43 do Código Civil de 2002 são os dispositivos que preveem a responsabilização da Administração Pública e das empresas, públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos, pelos atos de seus agentes. O Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 22, também estabelece que os prestadores de serviços públicos têm o dever de "fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos" e a obrigação de reparar os danos causados pelo descumprimento desse dever.

Ressaltamos que o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal não deixa dúvidas a respeito da natureza objetiva da responsabilidade civil da Administração Pública pelos danos causados por condutas positivas de seus agentes, devendo o Estado indenizar a vítima, independentemente de existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano.

Nesse sentido, não há discussão a respeito de a responsabilidade do Estado ser objetiva pela reparação dos danos causados por ator comissivos desde que: (a) o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, independente do título sob o qual ele presta o serviço; (b) a pessoa jurídica de direito privado esteja prestando serviço público, não exercendo atividade de natureza privada; (c) o dano causado a terceiro tenha decorrido da prestação do serviço público; e (d) o agente, quando causar o dano, esteja agindo no exercício de suas funções[1].

No entanto, por mais que a responsabilidade da Administração Pública por atos comissivos não provoque grande divergência entre a doutrina e a jurisprudência, o mesmo não pode ser dito com relação à responsabilidade do Estado pelos danos causados por atos omissivos.

A primeira vez que nos deparamos com o tema da responsabilidade civil do Estado por omissão do Poder Executivo foi ao desenvolver a tese de láurea, entregue em 2012, que teve como tema A Responsabilidade Civil das Instituições de Ensino nos Casos de *Bullying*. Na segunda parte da tese de láurea, analisamos a responsabilidade civil das

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.649-650.

instituições de ensino público diante do *bullying* sofrido pelos seus alunos, levando, portanto, à investigação da responsabilidade do Estado em razão de sua omissão ao dever de guarda e segurança dos alunos, ínsitos à atividade prestada.

Ao elaborarmos tal parte da tese de láurea verificamos que ainda havia, como apontamos acima, grande divergência sobre o assunto específico da responsabilidade do Estado por atos omissivos e percebemos que a análise completa do tema ainda demandava um estudo mais aprofundado do que o realizado na graduação. De fato, existem muitos aspectos do tema que merecem um estudo detalhado, bem como merece especial atenção o debate doutrinário e jurisprudencial desenvolvido sobre o assunto.

Dessa forma, o objetivo da presente dissertação é a análise da responsabilidade civil do Estado por danos causados por atos omissivos do Poder Executivo[2]. No entanto, pode ser questionado se tal tema não estaria mais relacionado à área de direito administrativo do que direito civil. Para justificar nossa escolha pela abordagem do assunto por meio do direito civil, recorremos à lição de Amaro Cavalcanti.

Referido autor, em sua obra Responsabilidade civil do Estado[3], ao se posicionar sobre qual campo do direito deveria reger a responsabilidade civil do Estado, se deveria ser o direito privado ou o direito público, aponta pontos importantes sobre a insuficiência de cada sistema.

Dentre as críticas feitas pelo autor ao regime privado, ressalta-se que o fundamento da responsabilidade do direito comum é diverso da responsabilidade do Estado, pois enquanto aquele tem como fundamento a igualdade de direito, "partindo, conseguintemente, do princípio que cada um é obrigado a repara quanto de prejuízo causar a outrem com o fato próprio", na relação com o Estado não há essa relação de igualdade do direito em todos os casos.

No entanto, o autor assevera que deixar somente a cargo do direito público reger tal matéria também se mostra insuficiente em razão da falta de dispositivos que regulem satisfatoriamente a responsabilidade do Estado, o que tem como resultado a aplicação por analogia de regras do direito privado para solucionar as questões que são levadas ao julgador. Para que a matéria seja suficientemente regulada, o autor propõe:

---

[2] Como o tema da responsabilidade civil do Estado por omissão é muito amplo, delimitamos o escopo do estudo para abranger somente os atos omissivos cometidos pelo Poder Executivo, de forma que não será analisada na dissertação a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

[3] CAVALCANTI, Amaro Bezerra. *Responsabilidade civil do Estado*. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. I.

> [...] ou *integrar* o cânon do direito privado, incluindo aí os casos de responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, mas sob condições especiais desta responsabilidade, certamente distintas, das condições da culpa subjetiva, exigidas no direito civil atual; ou então, e talvez com maior conveniência e acêrto, *formular um novo ramo especial do direito*, que viesse regular esta parte importantíssima da ordem jurídica.
> E porque não fazê-lo? Matéria de tamanha relevância não pode, nem deve ficar, no todo à inteligência, quase sempre vária, dos tribunais de justiça, queremos dizer, o *ajeitamento*, feito por *analogia* ou *interpretação*, mais ou menos feliz, das simples disposições gerais de direito como em geral tem acontecido.[4]

Reconhece, ainda, o autor que, independentemente do ramo do direito em que a responsabilidade do Estado seja tratada, é preciso aceitar que se está diante de uma relação mista, por apresentar tanto natureza pública quanto natureza privada: "*públicas*, enquanto se referem ao Estado ou aos funcionários, na qualidade de *representantes* do Estado; *privadas*, enquanto se referem ao valor de danos ou lesões de direito, pertencentes a indivíduos privados"[5].

Não pretendemos trazer uma proposta tão radical como a de Amaro Cavalcanti no sentido de se formular um novo ramo especial do direito, mas somente quisemos expor os argumentos e a proposta do autor, pois eles evidenciam que o tema da responsabilidade civil do Estado realmente exige uma aplicação conjunta do direito civil e direito administrativo[6], necessidade que se encontra presente mesmo diante das regras atuais.

Para que se possa compreender e aplicar corretamente a responsabilidade civil do Estado, é necessário, primeiramente, aprofundar o conhecimento no sistema de responsabilidade civil comum, assim como é preciso reconhecer a diferença existente entre a responsabilidade civil comum e a responsabilidade civil do Estado, além de todas as particularidades que decorrem da figura do Estado que, de modo algum, pode ser equiparado ao particular.

Assim, o foco da primeira parte do trabalho é o estudo da conduta omissiva como ensejadora da responsabilidade civil. A partir desse estudo será possível identificar quais são as características dos atos omissivos capazes de gerar a responsabilização do agente, quais condutas omissivas são relevantes para o direito, se a conduta omissiva pode ser tanto o ato lícito quanto ilícito e se ela é causa ou condição do evento danoso. Após a

---

[4]CAVALCANTI, Amaro Bezerra. *Responsabilidade civil do Estado*. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. I. p. 363.
[5] Ibid., p. 366.
[6] Nesse sentido: "Nenhuma posição radical há, nem pode haver, entre o direito público e o direito privado, que obste a que princípios e disposições, explícitas ou implícitas, de um e de outro, se combinem, se harmonizem, ou se completem recìprocamente, constituindo um *ramo especial* do direito, que regule, dentro do domínio próprio, estas relações jurídicas de natureza manifestamente mista, que se dão entre o Estado e os indivíduos, quanto às lesões causado pelo primeiro aos direitos dos segundos". Ibid., p. 366.

análise da conduta em si, também será de grande importância a investigação sobre o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano causado.

Em seguida, a pesquisa passará a ser voltada para a responsabilidade civil do Estado. Então, em primeiro lugar, serão examinados os aspectos gerais da responsabilidade extracontratual do Estado para identificação dos fundamentos necessários para o desenvolvimento do principal tema da dissertação, a responsabilidade extracontratual do Estado por atos omissivos do Poder Executivo.

Analisados esses pontos, passaremos ao estudo das correntes doutrinárias existentes sobre o tema. A divergência se desenvolve, sobretudo, a partir da análise do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal que não prevê expressamente a responsabilidade objetiva do Estado para os atos omissivos estatais, mas apenas para os comissivos ("§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, (...)"). O artigo 43 do Código Civil segue mesma linha, não trazendo tal determinação expressa em sua redação ("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").

Dentre os doutrinadores que se filiam à corrente subjetivista em caso de omissão do Estado, podemos citar Rui Stoco, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Essa corrente defende que o Estado poderá ser responsabilizado objetivamente pelos danos causados pelos atos comissivos de seus agentes, ao passo que, se o dano for causado por ato omissivo, a natureza da responsabilidade será outra, devendo o Estado responder subjetivamente pelo dano.

Em contraposição a essa corrente estão os defensores da corrente objetivista. Dentre os autores que defendem a responsabilidade objetiva do Estado tanto nos casos de conduta comissiva quanto omissiva, podemos citar, Gustavo Tepedino, Yussef Said Cahali, Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos e Hely Lopes Meirelles. Tal corrente fundamenta o seu ponto de vista a partir da análise do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, concluindo que em nenhum momento é mencionado que deverá ser conferido tratamento diverso à conduta omissiva estatal.

Além disso, iremos tratar à parte algumas teses que não se enquadram perfeitamente em nenhuma das correntes doutrinárias mencionadas acima, como por exemplo a defendida por Sérgio Cavalieri Filho. Esse autor afirma que o artigo

constitucional deve ser aplicado tanto aos atos comissivos quanto a determinados atos omissivos do Estado. O autor defende que a omissão pode ser dividida entre os atos omissivos genéricos e os atos omissivos específicos. Para os primeiros, deve ser aplicada a teoria subjetivista, ao passo que para os atos omissivos específicos deve ser adotada a teoria objetivista. [7]

Após a análise dos pontos de vista dos doutrinadores tanto de direito administrativo como de direito civil, passaremos ao exame da jurisprudência, que também não é pacífica em relação à aplicação da teoria subjetiva ou objetiva no caso de omissão estatal, podendo ser encontrados acórdãos que defendem qualquer uma das teorias. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, identificou que a Primeira Turma do Egrégio Tribunal entende que o Estado deve ser objetivamente responsabilizado nos casos de omissão, enquanto que a Segunda Turma do Egrégio Tribunal apresenta acórdãos que "se inclinam na direção da tese objetivista, mas que, ao cabo da análise, dão guarida à teoria subjetivista em sua plenitude"[8].

A próxima parte do estudo passa a ser voltada propriamente para os atos omissivos do Poder Executivo, dos deveres que lhe são impostos e da conduta exigível em duas situações: a primeira é aquela em que o Estado cria a situação de risco que propiciou o surgimento do dano, é o caso de depósito e uso de material bélico em áreas de treinamento militar, ou quando o Estado tem o dever de vigilância sobre pessoas perigosas, como presos. Nesses casos, a responsabilidade do Estado funda-se em um dever específico imposto ao poder público; e a segunda situação diz respeito ao dano criado por forças da natureza ou fato de terceiro, mas que, em razão de dever imposto ao Estado, normalmente, de caráter genérico, cabia a ele ter agido para impedir o dano. Em razão da ampla gama de situações que podem surgir em qualquer uma das situação, restringimos nossa análise aos casos mais recorrentes analisados pelos tribunais superiores.

Em tais casos analisados, a omissão do Estado sempre correspondia a um ilícito, uma vez que ela representava a violação de um dever de agir. No entanto, quando analisamos as diversas atividades estatais nos deparamos com situações em que o administrador tem margem de discricionariedade para atuar, de forma que ele pode escolher não atuar ou se omitir em determinada situação. Assim, a omissão estatal também pode ser resultado da discricionariedade do agente e, portanto, um ato legítimo.

---

[7] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 268.
[8] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas da Responsabilidade civil do Estado*. FREITAS, Juarez (org). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49-50.

Assim, realizamos breve análise sobre o poder discricionário da Administração e os limites que o ordenamento impõe a tal atuação. Em seguida, analisamos o tema sob o enfoque de duas atividades administrativas: o poder de polícia e a regulação econômico-social. Após apanhado superficial da doutrina a respeito do conceito e das atividades que estão compreendidas em cada uma delas, examinamos um caso concreto relacionado a cada atividade. No caso do poder de polícia estudamos a tragédia do Boate Kiss e no caso da regulação econômico-social analisamos um caso em que foi discutida a falha da Agência Nacional de Energia Elétrica ao definir a metodologia de cálculo das tarifas de energia elétrica que ganhou repercussão em 2008.

Por fim, nos debruçamos sobre o tema da responsabilidade por atos legítimos e analisamos se os danos causados a particular em razão de uma omissão legítima da Administração Pública são passíveis de serem indenizados e quais são os fundamentos para tal indenização. Encerramos o item retomando o caso da ANEEL com o intuito de verificar se os consumidores poderiam pleitear indenização pelos valores que as concessionárias de distribuição lhe deixaram de repassar com fundamento na omissão legítima da agência.

I. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL POR OMISSÃO

A responsabilidade civil extracontratual por omissão não é um tema analisado com tanta profundidade pelos juristas brasileiros quanto os demais temas de responsabilidade civil. No entanto, não são somente os juristas brasileiros que têm negligenciado o tema, mas também os juristas de outros países, como se pode verificar, no trecho abaixo transcrito retirado da introdução do livro *Omissão e dever de agir em Direito Civil* do autor português Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho:

> O estudo da omissão enquanto pressuposto da responsabilidade civil não tem sido alvo de grande atenção pelos civilistas, designadamente pelos civilistas portugueses. Algumas páginas nos manuais do Direito das Obrigações, praticamente a isso se tem resumido a produção de nossa doutrina sobre o tema.[9]

O estudo da conduta omissiva apresenta grandes desafios justamente, porque, ao contrário da responsabilidade civil por ação, em que a conduta comissiva é facilmente identificada dentro do nexo de causalidade, a omissão corresponde a uma conduta de inércia ou ao não fazer, sendo considerada como causa do dano justamente pelo sujeito não ter interrompido o nexo de causalidade.

No Código Civil de 1916, o sistema de responsabilidade civil tinha como regra a responsabilidade subjetiva, em que era preciso provar a culpa do agente para que ele fosse responsabilizado. Com o Código Civil de 2002, foram admitidas diversas regras[10] que preveem a aplicação da responsabilidade objetiva, em que se dispensa a prova de culpa do agente, mas a regra geral de responsabilidade continuou a ser da responsabilidade subjetiva.

A cláusula geral de responsabilidade está prevista no caput do artigo 927 do Código Civil de 2002, enquanto que seu parágrafo único prevê, de forma geral, os casos em que será aplicada a responsabilidade objetiva.

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente

[9] NUNES DE CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha. *Omissão e dever de agir em Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1999. p. 9.

[10] Como é o caso, por exemplo, do artigo 933 do Código Civil que responsabiliza, independentemente de culpa, os pais pelos atos de seus filhos menores, o tutor e o curador pelos atos do tutelado ou do curatelado, o empregador pelos atos de seus empregados e os donos de hotéis e estabelecimentos semelhantes pelos atos de seus hóspedes.

> desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O *caput* do artigo 927 do Código Civil prevê que o agente que comete ato ilícito deve repará-lo e faz remissão aos artigos 186 e 187 do Código Civil, sendo que o objeto do nosso estudo, a conduta omissiva, está prevista no artigo 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".

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho afirmam que do artigo 186 do Código Civil pode-se extrair (a) um elemento formal, pois a expressão "aquele que, por ação e omissão voluntária" indica a violação a um dever jurídico; (b) um elemento subjetivo, a culpa, indicada pelo trecho "negligência ou imprudência"; e (c) um elemento causal-material, que corresponde ao nexo de causalidade entre o ato e dano, indicado no trecho "violar direito e causar dano a outrem".[11]

A seguir, analisaremos os dois pressupostos da responsabilidade civil, a conduta e o nexo de causalidade. O dano não será estudado, pois entendemos que esses dois aspectos (conduta e nexo de causalidade) são os que trazem maior dificuldade no estudo da responsabilidade civil por omissão.

1. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA OMISSÃO

A palavra omissão é invariavelmente substituída pelas palavras inércia, abstenção ou é considerada como simples oposição de ação. Quando se fala em omissão ou que uma pessoa foi omissa, pode-se considerar que já está implícito que cabia ou se esperava dela uma ação, "aquilo que moral ou juridicamente se devia fazer" [12].

Porém, para o Direito não são relevantes as omissões de obrigações meramente morais, mas sim as omissões de obrigações que têm relevância jurídica. É dessa forma que os dicionários jurídicos definem a omissão, como o ato de se abster de um dever que lhe era imposto pela lei[13].

---

[11] DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. *13*. p. 61.
[12] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; Ferreira, Marina Baird (Coord). Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 1506.
[13] OMISSÃO. S.f. (Lat. *omissio*) Dir. Civ. e Pen. Ato ou efeito de não fazer, alguém, aquilo a que juridicamente está obrigado, e de que resulta, ou pode resultar, prejuízo para terceiro ou para a sociedade. Cognatos: omitir (v.), omissivo (adj.), que envolve omissão; omisso (adj. e s. m.), negligente, faltoso, autor

A definição de De Plácido e Silva sobre omissão é bem interessante por revelar as diferentes facetas do termo, temos, por exemplo, a omissão intencional (negligência), a omissão imposta (abstenção), a omissão da lei (lacuna). Contudo, o mais interessante é considerar que a omissão não é um fato, "muito ao contrário, revela *o que não aconteceu*"[14].

Os dicionários jurídicos de Portugal ainda trazem a distinção entre omissão pura e comissão por omissão e também fazem um paralelo no sentido de que, enquanto a ação viola um dever de não agir, a omissão viola um dever de agir[15].

Quando se fala em omissão, faz-se referência à omissão de uma determinada ação, sendo que a conduta omissiva adquire relevância jurídica a partir do momento em que se esperava da pessoa a ação em decorrência de um dever de agir que lhe era imposto pelo Direito.

No entanto, é incorreto concluir que a omissão somente é relevante juridicamente quando se trata de ato ilícito, pois mesmo a omissão lícita é relevante para o Direito, uma vez que a obrigação de não fazer se trata de uma omissão lícita e pode ser objeto de contrato entre as partes e, com relação à responsabilidade civil, podemos citar como exemplo, os casos em que a omissão constitui violação a um dever jurídico, mas está

---

de alcance de valores públicos; omissor ou omissório (adj.), que determina omissão. CC. art. 186; CP, 13 §2º; 121 §4º; 135, 269; LCP, 66. CPC, arts. 464 (II); 535 (I). SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 605.

[14] **OMISSÃO**. Do latim *omissio*, de *omittere* (omitir, deixar, abandonar), exprime a ausência de alguma coisa. É, assim, *o que não se fez*, *o que se deixou de fazer*, *o que foi desprezado* ou *não foi mencionado.*
Na linguagem técnico-jurídica, a omissão é a *inexistência*. É um *ato negativo* ou a *ausência do fato*. É o *silêncio*, anotado pela *falta de menção*. É a *lacuna*. A *omissão intencional*, relativa a certos fatos que não deveriam ser esquecidos é a *negligência*. E quando a *omissão* é imposta, assume o aspecto *abstenção*, embora, a rigor, os dois vocábulos tenham sentido próprio, pois que a *omissão* é mais esquecimento ou *falta de menção*, acerca do fato ou de qualquer coisa que não se fez, ou a que não se aludiu. A omissão não é um fato. Muito ao contrário, revela *o que não aconteceu*. Não é pois um acontecimento, embora se diga um *ato negativo*, em distinção ao que se fez, que é *ato positivo*. No sentido penal, no entanto, a *omissão* pode ser *causa de crime*, quando este se gera do que não se fez, quando se era obrigado a fazer. É *omissão ao dever jurídico* ou a *falta* que se comete em *não dizer* ou *não fazer* alguma coisa. Quando a omissão se refere *à falta de menção*, é a lacuna ou o silêncio. Assim é a omissão da lei ou o caso de lei omissa. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 28 ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Glaucia Carvalho. Rio de Janeiro: 2009. p. 978.

[15] **Omissão** – traduz-se em deixar de fazer alguma coisa, em deixar de se levar a cabo uma certa actividade que num dado caso se esperava (Eduardo Correia, *Dir. Criminal*, 1963, I – 201). Pressuposto de sua existência é a possibilidade de querer (*ob. cit*., 267). Ele pode aparecer como um simples deixar de levar a cabo uma certa actividade e é então *omissão pura*, mas pode aparecer referida à realização de um evento e é o caso de *comissão por omissão* (ob. cit., 269).
Omissão – enquanto que a acção se origina numa vontade positiva, a omissão origina-se numa vontade negativa. Enquanto a acção viola, eventualmente, um dever de não agir, a omissão viola um dever de agir; dever de agir consiste na exigência de uma mais extensa e intensa solidariedade social, impondo a tarefa de socorro ou auxílio aos outros para evitar a ofensa a bens jurídicos alheios (...)FRANCO, João Melo e ANTUNES MARTINS, António Herlander. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos* (na doutrina e na jurisprudência) 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 627.

presente uma causa de justificação (como o ato praticado em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, conforme disposto no inciso I do artigo 188[16]).

Portanto, não se pode concluir que toda omissão relevante juridicamente é ilícita. Da mesma forma que não é somente a omissão ilícita que gera o dever de indenizar, em casos excepcionais até o ato lícito enseja a responsabilização do agente, como por exemplo, a hipótese do artigo 188, II analisado em conjunto com o artigo 929 e 930 do Código Civil.[17]

São poucos os autores que tecem considerações relevantes sobre a conduta omissiva, pois muitos deles tratam da omissão junto com a ação ou se referem à omissão simplesmente como uma não-ação ou mera abstenção do agente.

Dentre os doutrinadores franceses, René Savatier[18] ensina que a regra referente à omissão é inversa à regra aplicável à ação danosa. Enquanto que a ação é considerada, em princípio, ilícita, a regra da omissão é considerá-la, inicialmente, lícita, com exceção dos casos em que há o dever de prestar auxílio a outrem[19]. Entende, ainda, que toda vez que uma ação seja o único meio de evitar um dano a outrem, aquele que conscientemente se abstém e permite deliberadamente que o dano, que ele poderia ter evitado, se concretize, deve ser considerado civilmente responsável[20].

Henri Mazeud e Leon Mazeud ressalvam que, se à primeira vista parece fácil distinguir a *faute d'action* da *faute d'abstention*, não é uma tarefa simples estabelecer um critério de diferenciação entre a ação e omissão, pois dependendo do ângulo em que se analisa a conduta do agente, tal conduta pode ser considerada tanto positiva como negativa[21].

---

[16] "Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente."

[17] "Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.
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.
Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)."

[18] SAVATIER, René. *Traité de Responsabilité Civile em Droit Français*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1939. t. 1.

[19] Ibid. p. 56.

[20] Ibid. p. 61.

[21] MAZEUD, Henri. MAZEUD, Leon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4. ed. Paris: Librairie Du Recueil Sirey. 1947. t. 1. p. 502.

Os autores defendem a necessidade de distinguir as condutas omissivas em omissão de uma ação e omissão pura e simples, conforme proposto por René Demogue[22]. Entendem que haveria omissão da ação nos casos em que o autor do dano, ao realizar determinada atividade, não observa todas as precauções necessárias para que sua atividade não cause danos a terceiros. Citam como exemplo de omissão da ação, o motorista que causa um acidente por não ter acendido os faróis do veículo. O dano foi causado pela omissão do motorista de não acender os faróis, mas se trata de uma omissão associada ao exercício de uma atividade. Os autores afirmam que não se contesta a responsabilidade do agente nesses casos, uma vez que o dano foi causado pela sua negligência em observar todas as precauções devidas ao exercer uma atividade.

Por outro lado, haveria a omissão pura e simples nos casos em que o omitente simplesmente permitiu que um dano se concretizasse, mas não contribuiu para o evento que causou o dano. São esses casos que geram maior divergência, pois, segundo os autores, há doutrinadores que não reconhecem a existência da responsabilidade por omissão[23]. Dentre os quais, podemos citar René Demogue, que entende que, a princípio, a omissão pura e simples não ensejaria a responsabilização do agente, pois a conduta omissiva não seria ilícita.

Portanto, a regra seria considerar que a omissão pura e simples não gera a obrigação de indenizar, porém, os Mazeud admitem como exceção a essa regra quando a lei determinasse a obrigação de realizar determinada ação[24]. Eles também buscam ampliar o campo de aplicação da 'exceção' ao defender que a omissão gera a responsabilização do agente não somente nos casos em que a lei prevê o dever de agir, mas em todas as situações em que há um dever jurídico de agir.[25]

Planiol defende que somente há *faute par omission* se houver o dever de agir, no entanto, considera que se não houver tal dever, mas o agente se omitiu com o objetivo de prejudicar outrem, poderá ser responsabilizado pelo dano[26]. Os Mazeud criticam esse posicionamento afirmando que o Código Penal francês, ao determinar que há a obrigação

---

[22] DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général. I – Source des Obligation*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923. t. 3. p. 438.

[23] MAZEUD, Henri. MAZEUD, Leon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4. ed. Paris: Librairie Du Recueil Sirey. 1947. t. 1. p. 512.

[24] Nesse sentido: "Quand la omission peut-elle constituer une faute? Elle ne le peut lorsqu'il y avait obligation d'agir. Sinon, il n'y aurrait pas atteinte au droit d'autrui". DEMOGUE, op. cit., p. 434.

[25] De acordo com os Mazeud, recorreu-se à figura do dever jurídico para que ficasse claro que as obrigações meramente morais não poderiam gerar a responsabilidade do omitente. MAZEUD, Henri. MAZEUD, Leon. op. cit., p. 513.

[26] PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil.* rev. por Georges Ripert. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. t. 2. P. 325.

de socorrer alguém em perigo, admitiu um vasto campo ao qual se poderia aplicar a exceção à regra, ou seja, em que se poderia afirmar que a lei impõe um dever genérico de agir[27].

Além disso, entendem que a resposta dada pelo autor não responde à pergunta original, no sentido de saber em quais casos a omissão pura e simples ensejaria a responsabilização do agente, mas apenas substitui um questionamento por outro, na medida em que permanece a pergunta de em quais casos há obrigação de se indenizar pela omissão. Os Mazeud defendem que a questão pode ser resolvida simplesmente por meio da análise da *faute*, definindo tal conceito como o erro de conduta que não seria cometido pelo indivíduo prudente que estivesse diante das mesmas condições externas que o agente se encontrava no momento em que ocorreu o dano. [28]

Dessa forma, o juiz deveria comparar qual seria a conduta que um homem prudente adotaria se estivesse na mesma situação que o omitente. Defendem, portanto, que a mesma regra aplicada à responsabilidade por ação deve ser aplicada à responsabilidade por omissão. Os Mazeud compreendem que esse entendimento acaba abrangendo muito mais casos em que, a princípio, não existiria a obrigação de indenizar, admitindo que há a responsabilidade do omitente mesmo diante da simples omissão de um dever derivado de uma cortesia (*devoir de courtoisie*) ou de uma gentileza (*acte d'obligeance*).[29]

No entanto, reconhecem que não seriam todos os casos em que a omissão geraria a responsabilidade do omitente. Isso porque, enquanto o médico não seria responsabilizado se houvesse se recusado a tratar uma pessoa que ninguém lhe informou que estava correndo sérios riscos de morrer, caberia a sua responsabilização pela morte do paciente se ele se recusasse a impedir o sangramento de uma artéria. Por meio dos exemplos fornecidos, pode-se concluir que os autores entendem que seria cabível a responsabilização pelo dano se o omitente soubesse que seus atos poderiam causar danos à vítima e mesmo assim optasse por não realizar a ação. Por fim, os autores concluem que ficaria a critério do julgador decidir em cada caso se há *faute* ou não do omitente.[30]

No que diz respeito à omissão que é relevante para o Direito, também é interessante mencionar a lição do português Fernando Pessoa Jorge. O autor afirma que para conduta omissiva ser considerada ato ilícito e, assim, ensejar a responsabilidade civil do omitente,

---

[27] MAZEUD, Henri. MAZEUD, Leon. Traité *Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* 4. ed. Paris: Librairie Du Recueil Sirey. 1947. t. 1. p. 513.
[28] Ibid., p. 514.
[29] Ibid., p. 514.
[30] Ibid., p. 515-516.

deve atender três pressupostos: "*possibilidade de ter cumprido, ausência de causas de justificação e lesão de um direito subjetivo ou de um interesse legalmente tutelado*"[31].

Assim, o primeiro pressuposto é a possibilidade de ter realizado conduta, i.e., a inexistência de qualquer barreira que impedisse o agente de ter adotado a conduta, como no caso de força maior, caso fortuito ou fato de terceiro ou fato da vítima.

Existindo a possibilidade ter cumprido o dever, passa-se à análise do segundo pressuposto, a ausência de causas de justificação:

> Denominam-se *causas de justificação ou causas de exclusão da ilicitude as circunstâncias que tornam lícita (ou justa) a omissão do comportamento que, não existindo elas, seria devido*.[32]

Diante de uma causa de justificação, o caráter não é ilícito, não podendo, assim, o omitente ser responsabilizado, o que acaba diferenciando as causas de justificação das causas de isenção de responsabilidade (em que há ato ilícito, culpa do omitente e danos à vítima, mas a lei escolheu isentar o responsável).[33]

O autor lista como uma das causas de justificação o cumprimento de (outro) dever: quando o agente se encontra diante de mais de uma obrigação e não pode cumprir todas. No entanto, a existência de diversas obrigações não pode ter decorrido de conduta do agente, como por exemplo, ter prometido vender a mesma coisa a pessoas diferentes. Além disso, não é qualquer dever que justificaria o cumprimento de outro, de modo que "o cumprimento do dever mais forte justifica o inadimplemento do dever mais fraco, enquanto que o cumprimento deste não justifica a violação daquele"[34]. Por dever mais forte entende-se aquele dever de maior valor ou importância relativa, analisada de acordo com as circunstâncias do caso concreto[35].

Se verifica a segunda causa de justificação no caso em que o cumprimento do dever é contrário ao dever de obediência, que existe nos casos em que "a ordem for dada dentro

---

[31] PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Lisboa: Almedina, 1995. p. 103.
[32] Ibid., p. 153.
[33] Ibid., p. 161.
[34] Ibid., p. 174.
[35] Para ilustrar o seu ponto, o autor cita o seguinte exemplo: "O locatário de duas coisas móveis de valor muito diverso, pertencentes a locadores diferentes, não podendo salvar ambas de um incêndio casual, justifica-se perante o locador da coisa de menor valor se optou, como devia, por salvar a mais valiosa. Também fica justificado o devedor que, deslocando-se no seu automóvel para cumprir a obrigação, não o faz a tempo por ter de socorrer um ferido que encontrou na via pública". Ibid., p. 174-175.

dos limites e condições que, nos temos dos preceitos aplicáveis ao caso, definem o próprio poder de direção"[36].

As demais causas de justificação são o exercício de um direito[37], devendo ser observado o limite de tal exercício, e três meios para afastar um perigo: a ação direta[38], a legítima defesa[39] e o estado de necessidade[40], de forma que o autor ressalta que o caráter preventivo é mais visível nas duas últimas figuras do que na ação direta. Porém, a partir do momento em que a ação direta visa a evitar perigo maior, como a impossibilidade prática de recuperar a coisa, ela também assume caráter preventivo.[41] Por fim, a última causa de justificação é o consentimento do ofendido[42], uma vez que o seu consentimento retira a ilicitude do ato.

Com os dois pressupostos listados acima, possibilidade de ter cumprido o dever e ausência de causa de justificação, o autor quis delimitar as omissões ilícitas, sendo que o último pressuposto, lesão de um direito subjetivo ou de um interesse legalmente tutelado, delimita os atos que geram a obrigação de indenizar.

---

[36] PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Lisboa: Almedina, 1995. p. 183.

[37] "**Artigo 334.º (Abuso de direito)**
É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.**"**

[38] "**Artigo 336.º - (Acção directa)**
1. É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a acção directa for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo.
2. A acção directa pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro acto análogo.
3. A acção directa não é lícita, quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar.

[39] "**Artigo 337.º - (Legítima defesa)**
1. Considera-se justificado o acto destinado a afastar qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão.
2. O acto considera-se igualmente justificado, ainda que haja excesso de legítima defesa, se o excesso for devido a perturbação ou medo não culposo do agente.

[40] "**Artigo 339.º - (Estado de necessidade)**
1. É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.
2. O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade."

[41] PESSOA, op. cit., p. 211-212.

[42] "**Artigo 340.º - (Consentimento do lesado)**
1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.
2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.
3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível."

> Assim, para que certo comportamento, que representa a omissão de um dever, possa qualificar-se de ilícito *para qualquer efeito*, é necessário, além do aspecto subjetivo da culpabilidade, que a conduta devida seja possível e não ocorra nenhum causa de justificação; mas, para que um comportamento, que reúna esses requisitos, possa *dar lugar a responsabilidade civil*, é ainda preciso que o *dever violado seja de certo tipo* e se verifiquem prejuízos.[43]

O artigo 483 do Código Civil Português estabeleceu que devem ser indenizados danos resultantes da violação de direitos subjetivos bem como de "disposição legal destinada a proteger interesses alheios"[44].

Fernando Pessoa Jorge explica que a violação de disposição legal visa a proteger interesses de um determinado grupo de pessoas e não estabelecer a indenização de interesses reflexamente tutelados. O autor utiliza como exemplo uma lei que impõe pesada tributação a um produto, podendo a lei ter sido definida por diversos motivos, como a maior arrecadação de tributo ou a proteção da indústria nacional. Enquanto no primeiro caso, a proteção de interesses particulares é reflexa, no segundo caso, há a proteção direta aos produtores nacionais[45]. Em outras palavras, "só quando o fim da lei é proteger os interesses de certa categoria de cidadãos é que se integra a previsão do artigo 483º, n. I (...)"[46].

Apesar de os doutrinadores brasileiros não terem se debruçado tão profundamente sobre o tema como os doutrinadores portugueses e franceses o fizeram, há lições valiosas que merecem ser analisadas. Dentre as quais podemos mencionar a de Rui Stoco, que define a omissão como conduta negativa que "surge porque alguém não realizou determinada ação quando deveria fazê-lo. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma"[47].

De acordo com Heleno Claudio Fragoso, a "omissão, em consequência, não é mero não fazer, mas sim, não fazer algo que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo direito e que lhe era possível submeter a seu poder de realização"[48].

---

[43] PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Lisboa: Almedina, 1995. p. 288.

[44] "**Artigo 483. (Princípio geral)**
1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação"

[45] PESSOA JORGE, op. cit., p. 305.

[46] Ibid., p. 305.

[47] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 154.

[48] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 228.

No mesmo sentido, ensina Igor Volpato Bedone que a conduta omissiva é importante para mostrar que ela não é sinônimo de abstenção, é mais do que isso, pois a omissão *"não significa 'não fazer nada', mas sim 'não fazer algo'"*[49], sendo que tal conduta se torna relevante nos casos em que existia uma expectativa a respeito da existência desse *algo*, o que torna a falta de ação indevida.

José de Aguiar Dias, com base na lição de Marcos R. Cohin, considera equivocado usar omissão como sinônimo de abstenção ou de inércia, pois o termo é mais amplo e complexo do que essas condutas, sendo que seu correto sinônimo seria a negligência (de certas regras):

> Omissão e abstenção usam-se abusivamente como sinônimos, não obstante sua bem perceptível diferença. Omissão é negligência, o esquecimento das regras de proceder, no desenvolvimento da atividade. A abstenção é a inatividade. Genericamente encarada a omissão pressupõe a iniciativa. A abstenção a exclui. O mesmo se dá com relação à omissão e inércia. Ambos os conceitos exprimem o procedimento negativo, mas a omissão tem significado mais amplo e mais complexo. Em essência, é culpa. Mas há traços distintivos delas.[50]

Por fim, Sérgio Cavalieri Filho afirma que a omissão fisicamente é uma conduta incapaz de gerar danos a alguém, "porque do nada, nada provém". Mas a conduta omissiva adquire relevância jurídica a partir do momento em que ela se traduz no descumprimento de um dever jurídico de agir.

Diante das definições acima, podemos concluir que a omissão relevante juridicamente não se trata da mera abstenção ou inércia do agente, mas corresponde ao descumprimento de um dever jurídico de agir que era imposto ao agente em determinada situação. A presença do dever de agir, para surgimento da responsabilização do agente, é obrigatória, pois "se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, consequentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça"[51].

Constatada a necessidade de existência do dever jurídico de agir para que a omissão seja ilícita, o cerne da análise muda, então, para o dever de agir e o surgimento desse dever. Para a análise das fontes do dever de agir, consideramos necessário examinar a doutrina portuguesa. Isso porque tal tema foi objeto de grande debate doutrinário, uma vez que o Código Civil português além de possuir artigo específico que trata sobre a omissão, expressamente elencou as fontes do dever de agir.

---

[49] BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. *Revista de Direito Pri*vado. n. 47. jul./set. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 252.
[50] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P.122-123.
[51] DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. *13*. p. 63.

Primeiramente, para definir a omissão, Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho busca analisar a conduta isoladamente. Defende que a conduta omissiva em si não possui relevância, sendo o evento que qualifica a omissão e lhe atribui significado. Assim, a conduta omissiva deixa de ser vista sob um mero conceito mecanicista de comportamento, como forma de movimento corpóreo, e passa a ser considerada como uma conduta com relevância social. Portanto, a omissão, como modalidade de comportamento jurídico, é conceituada, dessa forma, como a "abstenção voluntária de uma acção socialmente esperada"[52], sendo que o evento é responsável por atribuir a expectativa de uma ação. A partir do momento em que tal comportamento viola um dever jurídico de agir, a conduta se torna ilícita e surge o dever de indenizar[53].

De acordo com o artigo 486 do Código Civil português[54], a omissão gera a responsabilização do agente nos casos em que o dever de adotar postura contrária era imposto por lei ou pelo negócio jurídico:

> Artigo 486.
> (Omissões)
> As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido."

Apesar de o artigo 486 elencar expressamente a lei e o negócio jurídico como fontes do dever de agir, os doutrinadores portugueses ressaltam que essas duas fontes são insuficientes para abarcar todos os casos de responsabilização do agente, pois a lei e o negócio jurídico não conseguem acompanhar a dinamicidade das relações sociais e, portanto, não conseguem fornecer uma resposta adequada aos novos casos que surgem perante os tribunais.

Além disso, ao contrário do que ocorre com a ação, os autores citados abaixo entendem que, para que a conduta omissiva gere a obrigação de indenizar, devem ser analisados outros requisitos além da violação do dever de agir.

Mário Júlio Almeida Costa aponta que o artigo 486 elenca como pressupostos para a responsabilidade do agente por omissão, além dos "requisitos legais", a existência do dever jurídico de praticar o ato omitido.

O autor aponta que o dever de agir é aquele imposto pela lei ou pelo negócio jurídico, no entanto, faz a ressalva de que mesmo os negócios jurídicos nulos podem gerar

---

[52] NUNES DE CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha. *Omissão e dever de agir em Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1999. p.128.
[53] Ibid. p. 136.
[54] Decreto-lei nº 47.334/1966 atualizado até Lei nº 150/2015.

o dever de agir. Como por exemplo, o dever do professor de natação de zelar pela integridade física de seu aluno, salvando-o de um afogamento. Tal dever decorreria do contrato, ainda que fosse nulo, mas também da posição em que o professor se encontrava, por ser o único que naquele momento poderia salvar o aluno, sem riscos pessoais. A partir do exemplo, o autor também ressalta que o dever do direito civil também pode ter origem no direito penal:

> Sempre que na esfera deste ramo jurídico impenda sobre o omitente o dever de agir – isto é, ele esteja investido na posição de <garante> pela não verificação do resultado danoso –, entende-se que também no plano civilístico se terá de afirmar a existência de conteúdo idêntico, que o responsabiliza caso o dano efetivamente se produza[55].

João de Matos Antunes Varela defende que a omissão é antijurídica se forem preenchidos dois requisitos: existência do dever de agir, imposto por lei ou pelo negócio jurídico, e a "certeza ou grande probabilidade" de o ato do agente ter impedido o dano. Portanto, além do dever de agir, também deve ser avaliada a possibilidade de o ato ter evitado a concretização do dano.[56]

No entanto, Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho critica esse último requisito defendido por Antunes Varela, a possibilidade de evitar o dano, por afirmar que ele está compreendido no nexo de causalidade e não na ilicitude.

Com relação ao dever imposto pela lei, Antunes Varela distingue os casos de omissão pura, em que a norma impõe diretamente um dever de agir, tutelando o próprio ato omissivo, e os casos de comissão por omissão, em que a norma visa a evitar que determinado resultado ocorra, impondo, assim, indiretamente o dever de agir de evitá-lo, tutelando, nesse caso, um valor ou interesse jurídico. Traz, assim, a distinção utilizada pelos penalistas com relação aos crimes omissivos para o direito civil.

António Menezes Cordeiro defende que "a omissão, em si, não existe", sendo que a omissão somente pode ser considerada "fato" nos casos em que existir o dever de praticar o ato. O autor critica a falta de clareza do artigo 486 do Código Civil português e afirma que a omissão pode ensejar a responsabilidade civil diante da inobservância dos deveres de cautela e de tráfego:

> Ficam-nos fundamentalmente:

---

[55] ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações.* 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1998. p. 486.
[56] VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das Obrigações*.10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011. v. 1. p. 212.

> - as situações de negligência, nos quais o bem protegido é atingido não por uma (verdadeira) acção destinada a, directa, necessária ou eventualmente, atingi-la (dolo), mas pela inobservância de certos deveres de cautela que se impusessem;
> - os deveres do tráfego, isto é, os deveres que protegem certos bens delicados ou que impedem sobre quem tenha o controlo de fontes de perigo.
>
> No primeiro caso, a omissão é determinada pela violação, por um agente, de um direito subjectivo ou de uma norma de proteção (483º /1); no segundo, temos uma construção derivada da responsabilidade aquiliana e que pode integrar a denominada 'terceira via'[57].

Com relação aos deveres de tráfego, o autor esclarece que eles têm o papel de prevenção do perigo e derivam do artigo 483º/1 do Código Civil português[58]. Tais deveres surgem quando alguém cria uma situação de perigo, cabendo, então, a ela tomar todas as medidas necessárias para impedir o dano.

Afirma que "o conteúdo dos deveres de tráfego é multifacetado, dependendo do caso concreto"[59], citando como exemplos: "dever de aviso e proibição de acesso ao local de perigo", "dever de formação profissional" e o "dever de avisar e pedir auxílio, em tempo útil, às autoridades competentes" [60]. Já os casos previstos na lei são a responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem, a responsabilidade pelos danos causados por edifícios ou outras obras, a responsabilidade pelos danos causados por coisas ou animais e a responsabilidade pelos danos causados por atividades perigosas.

No entanto, o autor ressalta que tais deveres podem surgir das mais variadas circunstâncias, não possuindo nem sujeitos nem conteúdo pré-determinados, sendo este o motivo pelo qual cabe ao responsável provar o cumprimento de seu dever.

> Eles [deveres] antes nascem e desaparecem ao sabor das muitas circunstâncias que podem acompanhar cada uma das situações em presença. E justamente por essa sua natureza caleidoscópica, torna-se impossível, ao lesado, fazer a prova da sua existência, do seu conteúdo e do incumprimento culposo. Donde a inversão

---

[57] A respeito da mencionada "terceira via" cabe transcrever os esclarecimentos do autor: "I. O confronto entre as responsabilidades aquiliana e obrigacional leva a referenciar a teoria denominada, entre nós, terceira via. (…) Como tratar as situações de responsabilidade por proximidade negocial ou similar nos institutos da *culpa in contrahendo*, da violação positiva do contrato, da subsistência da obrigação sem dever de prestar principal e da *culpa post pactum finitum*? (…). II. Para responder a essa pergunta, o Prof. Canaris teve um intuição: haveria, em todos esses casos, uma vinculação especial, traduzida num dever de protecção unitário, de base legal. A sua violação situar-se-ia entre as responsabilidades obrigacional e aquiliana (a terceira pista), embora o regime fosse, no essencial, o da primeira." CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. vol - Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010. t. 3. p. 401.

[58] "Artigo 483.º
(Princípio geral)
1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.
2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei".

[59] CORDEIRO, António Menezes. op.cit. p. 574.

[60] Ibid. p. 574.

> do ónus: é ao lesante que compete fazer a prova de sua correcta execução ou, na linguagem tradicional usada no Código Vaz Serra: da sua ausência de "culpa".[61]

Ainda no mesmo tema, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde ensina que o dever geral de cuidado é comportamento imposto a todos que vivem em sociedade que "por sua vez, se concretiza em deveres de conduta activa ou omissiva – ditos deveres no tráfego – destinados a prevenir, conduzir ou remover perigos que se podem concretizar em eventos lesivos.[62]

Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria, citando Larenz, afirma que a responsabilidade por omissão não impõe um dever geral de proteger terceiros de danos, por este ser um dever bastante amplo e gerar grande ônus ao agente, mas há o dever de impedir o dano nos casos em que a lei ou o contrato imponham a obrigação de cuidar de terceiro. O autor defende que o dever de agir também pode advir da lei penal, uma vez que o artigo 486 do Código Civil português, ao elencar as fontes do dever de agir, faz referência à lei de forma genérica, não fazendo restrição apenas às leis do âmbito civil. Considera, ainda, como umas das fontes do dever de agir, a ingerência, segundo a qual o sujeito que gera a situação de perigo fica obrigado a removê-lo, sendo considerado garante do bem ameaçado pela situação que ele criou.

Com relação ao dever jurídico de agir, Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho defende que, ao contrário do que ocorre com a ação que se torna ilícita ao violar direitos ou interesses juridicamente protegidos de terceiro, a omissão somente seria considerada ilícita se, além de violar direitos ou interesses, ao sujeito fosse imposto o dever jurídico de agir. Após analisar as teorias dos autores portugueses mencionados acima, o autor conclui que o artigo 486 do Código Civil português elenca como fontes formais do dever de agir a lei e o negócio jurídico.

No entanto, reconhece que seu posicionamento possui inconsistências, pois há situações em que o dever jurídico não está previsto nem na lei nem no negócio jurídico, mas é patente que o agente deveria ser responsabilizado por seu ato omissivo. Para esses casos, Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho recorre ao princípio do abuso do direito para fundamentar o dever de agir e fornecer uma solução adequada ao caso. O artigo 334 do Código Civil português define que há abuso do direito nos casos em que o titular

---

[61] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. vol - Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010. t. 3. p. 588.
[62] MASCARENHAS ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de. Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego. Coimbra: Almedina, 2015. p. 36.

"exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito".

> Pois pensamos que aqueles casos em que mais flagrantemente repugnaria admitir a inexistência de um dever jurídico de agir, que são fundamentalmente aqueles em que o omitente poderia facilmente e sem risco para si ou para outrem (ou outro motivo atendível), ter removido o perigo para um dado bem jurídico, são casos que merecem a qualificação de abuso de liberdade.
> [...] como os casos extremos (em que repugnaria fortemente admitir a inexistência de um dever de agir) são casos qualificáveis como casos de abuso de liberdade por parte do omitente, de acordo com a regra geral para a figura do abuso do direito (no sentido amplo de prerrogativa privada), devem ser tratado como situações em que a liberdade não existe. [63]

Assim, o autor considera a ingerência como fonte do dever de agir, mas não como fonte formal do dever, uma vez que o artigo 486 não traz expressamente seu conceito. Mas defende que a ingerência ainda assim pode ser considerada como uma das fontes do dever de agir, pois ao fazer menção aos deveres impostos pela "lei", o artigo 486 do Código Civil português acaba, indiretamente, abarcando o conceito de ingerência que está previsto na lei penal.

Nas próprias palavras do autor "só faz sentido falar em **ingerência como fonte do dever de agir**, se a situação de perigo foi ilícita e culposamente criada pelo sujeito"[64]. Mas isso não significa dizer que nas demais situações, em que a situação de perigo não foi ilícita ou culposa, não exista o dever de agir. Nesses casos, a fonte do dever de agir não seria a ingerência, mas a proximidade, pois a vítima está em uma situação de perigo criada pelo agente e este tem a possibilidade de salvá-la sem que isso lhe apresente risco.[65]

A respeito da situação em que o risco é criado pelo omitente, Vaz Serra ensina que os deveres de tráfego impõem uma séria de precauções a serem tomadas pelo agente ao praticar sua atividade. Eles são impostos ao proprietário do prédio, condutor de veículo, dono de um negócio, de modo que eles devem pautar seus atos sempre visando minimizar o risco aos demais[66]. Sendo que também podem surgir em razão de deveres especiais de vigilância (por conta da exploração de uma atividade, como o transporte de coisas) ou um

---

[63] NUNES DE CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha. *Omissão e dever de agir em Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1999. p. 219-222.
[64] Ibid. p. 226.
[65] Ibid. p. 226-227.
[66] VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Obrigação de Indenização (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização). Direito da Abstenção e de Remoção*. Boletim do Ministério da Justiça. Nº 83 e 84. Lisboa, 1959. p. 109-110.

dever geral de vigilância ("que há-de desenvolver a pessoa responsável pelo cumprimento, quando encarrega a terceiros as medidas de proteção par segurança do tráfego" [67]).

No que diz respeito ao dever geral de agir para evitar um dano, Vaz Serra defende que surge o dever se o agente era a única pessoa capaz de evitar o dano[68]. Em seguida, traz a seguinte indagação: "Deverá, além disto, admitir-se um dever jurídico de ajudar os outros?"[69] Ao qual responde que existiria a obrigação de indenizar se o omitente sabia do perigo que a vítima estava exposta, mas não impediu a realização do dano sem ter qualquer justificativa para abstenção:

> Portanto, só quando o perigo grave, de quem outrem estivesse ameaçado, se achasse presente no espírito daquele, de cuja abstenção se trata, e este não tivesse agido apesar de não ter motivo algum sério para isso – seria de admitir a responsabilidade civil[70].

No entanto, o autor ressalta que, nessas hipóteses, o omitente não pode ser integralmente responsabilizado pelos danos, pois eles resultaram de um fato, sendo que a omissão apenas não impediu que eles se concretizassem. Assim, caberia ao juiz definir o valor da indenização, de acordo com o perigo imposto à vítima, a intensidade do dever de agir, a culpa do omitente, dentre outros.

> Mas a responsabilidade em tais casos parece também que não deve ir rigorosamente ao ponto de abranger todos os danos causados pelo facto que, devido à omissão, se não evitou. Esse facto é que, em rigor, causou os danos; a omissão apenas fez com que estes não tivesse sido evitados.[71]

O último autor português que gostaríamos de mencionar é Luiz da Cunha Gonçalves, pois entendemos que ele traz uma distinção didática e clara a respeito do dever de agir. O autor responde à indagação: "Mas, qual é o sentido exacto da expressão <<dever jurídico>>?"[72] dividindo a omissão em três tipos: abstenção pura e simples, omissão de deveres profissionais ou nos serviços público e omissão na ação.

Com relação ao primeiro tipo, em que não era imposta qualquer obrigação ao omitente (como no exemplo do motorista que observa outro motorista com problemas em

---

[67] VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Obrigação de Indenização (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização). Direito da Abstenção e de Remoção*. Boletim do Ministério da Justiça. Nº 83 e 84. Lisboa, 1959. p. 111.

[68] Para ilustrar seu ponto, o autor cita o exemplo de um homem ou cachorro que entram na casa de outrem e lá ficam presos, pois o dono da casa ou terceiro não os libertou mesmo sabendo que se encontravam presos. Ibid., p. 112.

[69] Ibid., p. 113.

[70] Ibid., p. 112.

[71] Ibid., p. 121.

[72] CUNHA GONÇALVES, Luiz. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1937. V. XII. p. 407.

seu automóvel, mas continua sua viagem sem ajudá-lo[73]), a subdivide entre "*omissão pura e simples prevista na lei* e *omissão pura e simples não-prevista na lei*"[74]. O autor defende que não restam dúvidas de que na *omissão pura e simples prevista na lei,* o omitente será responsabilizado pelos danos causados por sua omissão. No entanto, o mesmo não ocorrerá em todas as situações do segundo caso e critica quem defende uma obrigação de agir baseada nos bons costumes, moral e razão:

> Os bons costumes, a moral, a razão não tem, nesta matéria, fôrça de obrigar perante os tribunais ordinários. De contrário, seria exigível a responsabilidade, também, pela abstenção dum acto de beneficência, benevolência ou amabilidade, por exemplo, a recusa duma esmola, ou de auxílio à reparação de uma *panne* de carro alheio, ou de indicação do sítio duma rua; mas os próprios que julgam exigível a responsabilidade baseada *na razão*, concordam que ela não o é nêstes últimos casos.[75]

O autor defende que com relação à omissão pura e simples não-prevista em lei deve-se analisar como um homem prudente e normal agiria naquela mesma situação e a conduta imposta pela regra "*quod tibi non nocet et alteri prodest facilè concedendum*"[76] e pelo "princípio cristão: <<devemos fazer aos outros o benefício que, em idênticas circunstâncias, quereríamos nos fizessem>>"[77]. Conclui que, nesses casos, em que há violação do dever moral e dano à vítima, haverá responsabilização do omitente por violação ao dever jurídico de não lesar a ninguém[78].

No que diz respeito à segunda categoria de omissões, omissão de deveres profissionais ou nos serviços públicos, o autor afirma que, uma vez anunciado o serviço, o profissional deve prestá-lo a qualquer um que o solicite e o remunere para tanto, utilizando como exemplo o médico que se recusou a prestar serviços por egoísmo, antipatia ou birra,

---

[73] CUNHA GONÇALVES, Luiz. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português.* Coimbra: Coimbra Editora, 1937. V. XII. p. 407.
[74] Ibid., p. 407.
[75] Ibid., p. 407-408.
[76] Ibid., p. 409.
[77] Ibid., p. 409.
[78] O autor utiliza como fundamento os artigos 2361, 2362 e 2368 do Código Civil de Seabra (1867):
"Art. 2361º Todo aquêle, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causa.
Art. 2362º Os direitos podem ser ofendidos por factos, ou por omissão de factos.
(…)
"Art. 2368º Cabe àqueles, que presencearem tais agressões, auxiliar o agredido, não excedendo os limites da justa defesa dêste, e se, não correndo risco, deixarem de obstar ao maleficio, serão subsidiariamente responsáveis por perdas e danos."

vindo o doente, que não tinha acesso a outro médico, a sofrer danos em razão da recusa de atendimento[79].

Por fim, sobre a última categoria, omissão na acção, afirma que não se trata de abstenção, mas de negligência, "pois consiste em qualquer pessoa, ao exercer determinada actividade, não tomar tôdas as precauções necessárias para não causar prejuízo a outrem"[80]. Também subdivide essa categoria entre *omissão de precauções legais* e *omissão de cautelas não-preceituadas na lei*. No primeiro estão as precauções mínimas a serem tomadas, sendo que estão no segundo grupo, "tôdas [as precauções] necessárias para o bom desempenho dum serviço, as indicadas pela perícia e técnica dum trabalho profissional e até pelos triviais cuidados e atenções que todos devem observar naquilo que fazem"[81].

Após analisarmos as lições da doutrina estrangeira sobre a conduta omissiva e as fontes do dever de agir, passamos a analisar as fontes do dever de agir à luz do direito brasileiro.

O Código Civil brasileiro não possui dispositivo que trate especificamente sobre a omissão, porém, ao contrário do Código Civil português, que prevê que a conduta ensejará o dever de indenizar nos casos em que ela violar a lei ou negócio jurídico, o Código Civil de 2002, no artigo 186[82], preferiu adotar um posicionamento mais amplo determinando que há o dever de indenizar quando o agente "viola[r] direito e causa[r] dano a outrem". A partir dessa construção mais abrangente, em que não há remissão expressa ao dever imposto pela lei, é possível se defender que o ordenamento brasileiro admite outras fontes do dever de agir que não apenas a lei ou o negócio jurídico.

A omissão gera o dever de reparar o dano a partir do momento em que tal obrigação havia sido imposta por uma das fontes das obrigações. No direito civil brasileiro, conforme ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, as obrigações decorrem da lei, da vontade do homem (como as estabelecidas por meio dos contratos) e da conduta ilícita[83]. No entanto, para o nosso estudo desconsideraremos as obrigações criadas por

---

[79] CUNHA GONÇALVES, Luiz. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1937. V. XII. p. 410.
[80] Ibid., p. 410.
[81] Ibid., p. 411.
[82] "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."
[83] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 38.

meio de negócio jurídico, por termos restringido nosso tema apenas à responsabilidade civil extracontratual por omissão.

Com relação a outra fonte do dever de agir, apontada pelos portugueses, o abuso do direito, doutrinadores, como Alvino Lima, reconhecem que a teoria do abuso do direito ampliou os casos de responsabilidade civil, tanto no âmbito contratual como extracontratual[84], uma vez que o legislador brasileiro, no artigo 187 do Código Civil, considerou ilícito o exercício anormal do direito, o que gera a obrigação de indenizar pelos danos causados pelo abuso do direito.

> 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.

No entanto, José de Oliveira Ascensão ao se dedicar ao estudo do abuso do direito[85], conclui que o conteúdo do artigo 187 do Código Civil, na verdade, não trata do referido instituto. O autor elenca os seguintes pontos para sustentar seu posicionamento: (a) apesar de o referido artigo derivar do artigo 334 do Código Civil português[86], o artigo 187 não qualifica seu conteúdo como abuso do direito. Tal qualificação é feita pela doutrina brasileira[87]; (b) o artigo 187 não faz referência aos atos emulativos ou atos chicaneiros, que correspondem ao núcleo histórico do abuso do direito[88]; (c) as categorias previstas no artigo 187, quais sejam, os atos contrários à boa fé, aos bons costumes e ao fim econômico e social dos direitos, não se confundem com o conceito clássico de abuso do direito[89]; (d) não há um instituto unitário do abuso do direito, mas o artigo engloba três institutos independentes, devendo ser analisada "separadamente cada categoria por si, para verificar qual a disciplina que lhe corresponde"[90].

Pelos motivos apresentados acima, o autor conclui que "o abuso do direito não é, apesar das aparências, um instituto da lei brasileira":

> Não é o conteúdo do art. 187 do Código Civil, que nem sequer usa a expressão "abuso de direito". (...)

---

[84] LIMA, Alvino. *Culpa e Risco.* 2. ed. rev. e atual. pelo prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 254.
[85] ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coord.) *Novo Código Civil: questões controvertidas.* São Paulo: Método. 2005. v. 4. p. 33.
[86] "Artigo 334 (Abuso do direito)
É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito"
[87] ASCENSÃO, op. cit. p. 34.
[88] Ibid. p. 39.
[89] Ibid. p. 44.
[90] Ibid. p. 51.

> No que respeito ao artigo 187, temos de nos resignar a decompô-lo em três situações diferentes que representam irregularidades no exercício dos direitos. Esta é a realidade; nem sequer todas as formas de irregularidade no exercício estão compreendidas. Não há base para a unificação num instituto próprio.[91]

Dessa forma, de acordo com José de Oliveira Ascensão, não se poderia falar em responsabilidade civil pelo abuso do direito. O autor entende que não é possível simplesmente concluir que os atos contrários à boa fé, aos bons costumes e ao fim econômico e social dos direitos por serem abusivos, são ilícitos e ensejam a responsabilização do agente. Sugere, assim, que seja feita uma análise separada para cada categoria prevista no artigo 187 e que não sejam simplesmente tratadas como atos abusivos.

Entendemos que, apesar de não se poder falar em abuso do direito como uma das fontes do dever de agir, assim como defendido pelos portugueses, ainda podem ser considerados como fonte do dever de agir cada categoria elencada no artigo 187 do Código Civil, quais sejam, os atos contrários à boa fé, aos bons costumes e ao fim econômico e social do direito.

Com relação à outra fonte do dever de agir mencionada pelos portugueses, a ingerência, verifica-se que ela também foi recepcionada expressamente pelo direito penal brasileiro, que o traz previsto na alínea 'c' do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal:

> "Artigo 13 (...)
> § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> [...]
> c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Tal instituto também foi recepcionado pelo direito civil como fonte do dever de agir, sendo considerado que o agente que cria a situação de risco deve ser responsabilizado pelos danos que decorrerem de tal situação. Tal conceito do risco criado, inclusive, foi a base da responsabilidade civil objetiva pelo desenvolvimento de atividade de risco e da responsabilidade nas relações de consumo.

Portanto, a conduta omissiva adquire relevância jurídica nos casos em que existia um dever de agir ou uma obrigação de se adotar uma conduta que impedisse o resultado danoso, sendo esse dever imposto por uma das fontes citadas acima, pela lei, pelo negócio jurídico, ou, ainda, decorrer de conduta do próprio agente omisso que criou a situação de risco:

---

[91] ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coord.) *Novo Código Civil: questões controvertidas.* São Paulo: Método. 2005. v. 4. p. 54.

> Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.[92] (grifou-se)

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho entendem que é a inobservância do dever de agir que torna a conduta do agente omisso culposa, adquirindo, assim, relevância jurídica, uma vez que "a conduta culposa do agente é pressuposto principal da obrigação de indenizar"[93]. Porém, Diogo L. Machado de Melo tem uma visão diferente, afirmando que a omissão não deve ser avaliada de forma subjetiva, mas sim do ponto de vista objetivo. Assim, considera que não deve fazer parte da análise da conduta a falta de cuidado do agente, mas o simples fato de o dever de agir ter sido descumprido.

> Estando a *culpa* ligada ao *erro de conduta*, surgindo, genericamente, quando uma pessoa age quando não deveria agir – ou não age, omitindo-se – o que se tem é que, se essa conduta for *omissiva*, não havendo uma omissão intencional, dolosa, e sendo essa omissão relevante, estará caracterizada a *negligência*.
> Logo, a *negligênci*a, sendo fruto da *omissão*, pouco importa se houve "descaso", "falta de cuidado", "indolência", e sim, objetivamente, se havia, genericamente, o dever de agir naquele dado caso concreto.[94]

O autor, ainda, busca ampliar as fontes que dão origem ao dever de agir, afirmando que ele não advém somente da previsão expressa na lei ou no contrato, mas que também pode ser imposto pela aplicação dos princípios civil-constitucionais da responsabilidade. Dessa forma, sugere uma ampliação dos casos em que se verifica a responsabilidade por omissão para casos em que a obrigação de agir não pode ser depreendida da expressa previsão legal ou contratual.

Agostinho Alvim já havia discorrido sobre a possibilidade de violação a um dever jurídico que não tenha previsão legal, uma vez que é impossível que a lei abarque todas as violações ao dever de cuidado que se verificam na prática.

> Mas, qual a natureza do dever jurídico, cuja violação induz culpa?
> (...)
> É claro que, se há violação de uma lei, ou regulamento administrativo, o requisito do elemento objetivo da culpa está satisfeito.
> (...)
> Mas, bem pode acontecer que a hipótese não esteja prevista.
> E facilmente se imagina um número infinito de casos que não estão, nem podem estar regulados.
> (...)

---

[92] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.
[93] DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13. p. 64.
[94] MELO, Diogo L. Machado de. *Culpa extracontratual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131.

> A cada momento e em qualquer lugar o homem se acha sempre em situação de praticar um ato (ação ou omissão), do qual derive, ou possa derivar, prejuízo para terceiro, sem que seja possível determinar a lei infringida.[95]

Afirma o autor que, mesmo diante da falta de previsão legal, pode-se identificar a violação a um dever que, por não estar expresso na lei ou no contrato, é indeterminado, sendo que o elemento objetivo da culpa reside na violação desse dever.

> Mas, ao lado do dever imposto por lei, ou contrato, resultante de um texto claro que obrigue a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, há o dever indeterminado, que explica aqueles casos a que atrás aludimos, isto é, as hipóteses em que o elemento objetivo da culpa existe, sem que corresponda a um texto expresso de lei, ou imposição da vontade.[96]

Agostinho Alvim explica que o dever indeterminado seria o dever geral de não lesar a ninguém, que tem como contrapartida o direito de não ser lesado. No entanto, reconhece a dificuldade em se verificar, no caso concreto, se houve ou não a violação desse dever, entendendo que tal verificação somente pode ser deixada à apreciação do jurista, pois "somente o senso do jurista é que pode perceber, nos casos concretos, a existência ou não da infração de dever"[97].

Alvino Lima também expõe a dificuldade em se analisar a violação de uma obrigação genérica de prudência e diligência, reconhecendo que a culpa poderia ser analisada ou *in concreto*, considerando as características pessoais do autor do dano, ou *in abstracto,* analisando a conduta que um homem prudente e diligente adotaria nas mesmas circunstâncias.[98] Conclui o autor que a melhor forma de avaliação da culpa é aquela realizada *in abstracto*, considerando qual seria a atuação do *bonus pater familias*:

> Em face, pois, de um fato concreto violador do direito de outrem, uma vez que verificados o dano e o laço de causalidade, surge, então, a indagação de se conhecer se o agente, ao praticar o ato, ao cometer a omissão, agiu atendendo às circunstâncias que o rodeavam, como todos nós agiríamos, como atuaria o homem prudente, normal, avisado. Se, analisada a atitude do agente, aferindo-se por esta balança da conduta humana, em geral, verificarmos que não houve desvio do que comumente se faz, da maneira como geralmente se procede, não encontramos o elemento vivificador dos demais requisitos da responsabilidade; o ato deixará, consequentemente, de ser ilícito, embora lesivo do direito de outrem.[99]

---

[95] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 247.
[96] Ibid., p. 248.
[97] Ibid., p. 250.
[98] LIMA, Alvino. *Culpa e Risco.* 2. ed. rev. e atual. pelo prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 57.
[99] Ibid., p. 60.

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho também compartilham do mesmo entendimento, no sentido de que a lei não consegue abarcar todas as situações que causam danos a bens jurídicos, quando tratam do erro de conduta. Os autores explicam que nesse caso o agente busca praticar um ato lícito, porém, por adotar conduta inadequada aos padrões sociais acaba produzindo um resultado ilícito. Citam como exemplo alguém que faz uma pequena obra em seu jardim, mas por falta de cautela acaba derrubando o muro do vizinho. Situações como essas e tantas outras não encontram expressa regulamentação legal. Por isso, "ao lado do dever imposto por lei ou regulamento (...), há também um dever indeterminado, que justifica as hipóteses em que a culpa existe, sem que o dever corresponda a um texto expresso de lei ou regulamento"[100].

No mesmo sentido de Alvino Lima, defendem que o critério a ser utilizado para determinar se houve violação ao dever de agir é a partir do cuidado que o *bonus pater familias* teria adotado. Além disso, para esses casos em que não há descumprimento de um dever expresso, consideram que o fundamento da obrigação de indenizar seria a violação ao dever de cuidado:

> Não havendo normas legais ou regulamentares específicas, o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio de um princípio metodológico, comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum, capaz a prudente.
> (...)
> Uma das premissas básicas do nosso estudo, estabelecida quando tratamos da obrigação de indenizar, foi a de que não existe responsabilidade sem violação de um dever jurídico preexistente. É chegado o momento de dizer que o dever jurídico, cuja violação enseja a responsabilidade civil subjetiva, é o *dever de cuidado*.[101]

Dessa forma, para estes autores, o teste para se determinar se houve violação a um dever não previsto na lei ou no contrato é bem mais casuístico do que o adotado por Diogo L. Machado de Melo, dependendo também do que o juiz considera como comportamento do homem comum.

Entendemos que as duas teorias mencionadas acima são passíveis de críticas. Isso porque o defendido por Diogo L. Machado de Melo poderia aumentar em larga escala os casos em que o agente é responsabilizado pela conduta omissiva, uma vez que o conceito de boa-fé é muito abrangente, ainda gera grandes discussões por parte dos juristas e acaba sendo considerado a resposta mais recorrente para os diversos problemas do ordenamento

---

[100]DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13. p. 68.
[101] Ibid., p. 68-69.

jurídico. José de Oliveira Ascensão, ao estudar o artigo 187, critica justamente o uso excessivo da boa-fé, afirmando que isso acarreta o esvaziamento do próprio conceito:

> O grande inconveniente da boa fé, tal como tem sido desenvolvida, é o oposto da sua virtude: a sua excessiva extensão. Se se aplica a todos os setores do direito e em todas as circunstâncias, perde compreensão. Por isso dizemos que a boa fé, se é tudo, passa a ser nada. Passa a ser um rótulo com pouca explicatividade.[102]

Por outro lado, a tese defendida por Agostinho Alvim, Alvino Lima, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho depende diretamente das convicções do juiz que está analisando o caso concreto e o que ele entende que seria uma conduta razoável que deveria ter sido adotada pelo agente considerando a conduta do *bonus pater familias*, podendo gerar soluções diferentes para o mesmo caso.

No entanto, concordamos que, de fato, há situações em que o agente se encontra que ele deve agir, ainda que ele não tenha criado o risco e nem a lei ou o negócio jurídico lhe imponham qualquer obrigação.. Assim, a solução adotada por Agostinho Alvim e demais autores citados nos parece ser a mais acertada, ou seja, que o dever de agir também pode decorrer de um dever genérico de cuidado, que somente poderá ser constatado a partir do que seria razoável se esperar da conduta do homem médio diante das circunstâncias concretas do caso analisado.

2. NEXO DE CAUSALIDADE

Após analisar a conduta omissiva, deve ser examinado o segundo pressuposto da responsabilidade civil, o nexo de causalidade. Este ponto apresenta especial dificuldade quando analisado sob o tema da responsabilidade civil por omissão.

Há situações em que a omissão é causa direta do dano, quando pensamos, por exemplo, na mãe que deixa de ministrar o remédio ao filho e isso acarreta piora do seu estado de saúde ou lhe causa algum tipo de dano permanente. Nesse exemplo, a omissão da mãe foi a causa direta e necessária do dano.

No entanto, em outras situações, o dano é diretamente originado pela ação da própria vítima, por ato de terceiro ou por caso fortuito ou força maior que, em princípio, romperiam o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano, como por exemplo o

[102] ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. Delgado, Mário Luiz e Alves, Jones Figueiredo (coord.) *Novo Código Civil: questões controvertidas.* São Paulo: Método. 2005. v. 4. p. 43.

dano causado a um detento por outro, em razão da falta de vigilância do Estado[103]. Assim, em um primeiro momento, se poderia chegar à conclusão que a ação de um desses agentes é a causa do dano, porém a consequência desses atos só se concretizou a partir do momento em que o omitente, no exemplo o Estado, não cumpriu seu dever de impedir o resultado.

Essas são as situações que trazem maior desafio no estudo da responsabilidade por omissão. O cerne da questão gira em torno da verificação de se a omissão é a única causa do dano, excluindo todas as demais, se a omissão é apenas uma das concausas do dano (nesse ponto, a opção por uma das teorias do nexo de causalidade adquire grande importância para verificar se surge o do dever de indenizar) ou se, apesar da infração do dever de agir, a responsabilidade do omitente é afastada por uma excludente de responsabilidade.

Ao analisar especificamente os danos causados por atos omissivos, Antunes Varela afirma que, do ponto de vista naturalístico, a omissão não é a causa do dano, uma vez que "a omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado"[104]. De fato, quando analisamos os atos que levaram ao resultado, verificamos que não houve qualquer ação por parte do omitente, sendo que o dano foi diretamente causado por terceiro, por fatos da natureza ou pela própria vítima.

A esse respeito, Vaz Serra faz uma interessante afirmação no sentido de que a omissão não pode ser causa de um 'resultado', mas pode ser tida como causa de um 'dano', o que demonstra a diferença entre a causalidade naturalística e a causalidade jurídica, além do efeito causal da omissão no plano jurídico, apesar dela não ter fisicamente nenhum efeito.

> No que respeita às omissões, elas, em rigor, não podem ser causa de um resultado, pois uma simples omissão, que é um nada, não pode ter qualquer efeito.
> O que interessa aqui, porém, é o aspecto jurídico das coisas e, neste aspecto, as omissões podem ser havidas como causa de um dano, pois importa que o autor da omissão seja, em determinados casos, considerado como causador do dano e responda por ele.[105]

---

[103] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 382.054-1/RJ. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 03 de agosto de 2004. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

[104] VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das Obrigações*.10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011. v. 1. p. 528.

[105] VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Obrigação de Indenização (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização). Direito da Abstenção e de Remoção*. Boletim do Ministério da Justiça. Nº 83 e 84. Lisboa, 1959. p. 108.

Portanto, o ponto de partida para o estudo da responsabilidade por omissão é diferenciar a relação causal naturalística e a relação causal jurídica. Essa diferenciação é necessária, pois quando analisamos a responsabilidade por ação, as duas relações causais acabam se confundindo, mas isso não acontece quando se trata da responsabilidade por omissão.

Essa diferenciação já deve ser adotada ao se analisar o próprio ato omissivo, que não deve ser visto como mera inércia, mas sim como o não cumprimento de um dever de agir. A omissão corresponde, assim, à infração de um dever e se torna causa de um dano por não ter impedido a concretização do resultado.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri filho, "não impedir significa permitir que a causa se opere"[106] e segundo Orlando Gomes, "aquele que não evita um fato danoso deve ser equiparado, para os efeitos jurídicos, a quem o pratica". No entanto, Orlando Gomes reconhece que essa regra deve ser aplicada somente quando o omitente, além de ter tido a possibilidade de evitar o dano, também tinha a obrigação de fazê-lo.[107]

Celso Antônio Bandeira de Mello adota entendimento contrário ao tratar da responsabilidade civil do Estado por omissão. O autor considera que enquanto a ação é a causa do dano, por ser uma conduta positiva que o gera, a omissão é apenas a condição do dano, por ser algo que não se concretizou, mas que se tivesse se concretizado, teria impedido o resultado[108].

Toshio Mukai ao palestrar sobre a responsabilidade solidária da Administração por danos ao meio ambiente[109] rebateu o entendimento acima, afirmando que "tanto da lei, quanto do contrato e, ainda, do ato ilícito, podem surgir por omissão, a obrigação de indenizar (...)"[110], portanto, um ato omissivo do funcionário público poderia constituir causa do dano e ensejar a responsabilidade do Estado. No entanto, o autor enfatiza que a omissão será considerada causa do dano apenas quando ela for o "fator preponderante do dano causado pelo terceiro".

Almiro do Couto e Silva também discorda do que ele chama de "conceito puramente naturalístico de causa, baseado no raciocínio de que a omissão nunca pode ser

---

[106] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.
[107] GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. rev., atual. e ampl. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 79.
[108] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1022-1023.
[109] MUKAI, Toshio. *Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente*. Conferência pronuncia no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental, realizado de 11 a 13 de novembro de 1987, em Curitiba, PR. *Revista de Direito Administrativo*. n. 171. jul./set. 1988.
[110] Ibid., p. 231.

causa exatamente porque é o "não ser", o nada"[111]. O autor defende que qualquer comportamento, seja comissivo ou omissivo, pode ser causa do dano, bastando que esteja presente a noção de dever, moral ou jurídico.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda defende que a omissão pode constituir causa do dano, sendo que restringir a concepção de causalidade somente à ação poderia levar a "consequências erradas"[112] que o autor explica com o seguinte exemplo:

> Pode-se assassinar por simples omissão: viu-se aberta a caixa de esgotos de águas pluviais, sabia-se que cairia e morreria quem por ali passasse e, vendo-se aproximar de lá alguém, não se avisou[113].

A respeito dos ensinamentos de Ludwig Enneccerus, cabe apenas esclarecer que o autor defende que a conduta omissiva somente é contrária ao direito diante de um dever de agir, que pode decorrer de um dever especial de vigilância que recai, por exemplo, sobre os pais, tutores e curadores, ou sobre um dever que decorra dos deveres de tráfego.

Este último dever deriva de certas relações em que o agente cria uma situação de perigo a terceiros, consequentemente, surge para ele a obrigação de tomar todas as precauções necessárias para se evitar que os danos se concretizem, como é o caso do motorista de um trem que deve conduzir o veículo com todas as precauções para evitar colocar em risco a vida dos passageiros e pedestres. Os deveres do tráfego, ou dever de atividade são complementados por um dever geral que vigilância, que recai sobre o responsável pelo cumprimento da atividade e corresponde a uma vigilância contínua durante todo o momento em que a atividade é praticada.

Acerta Fábio Ulhoa Coelho[114] ao afirmar que a omissão pode ser tanto a causa como a condição do dano, mas somente no primeiro caso haverá a responsabilização do agente. De acordo com o autor, para que seja considerada a causa do evento danoso, o sujeito que se omitiu deveria ter o dever de praticar o ato omitido e deveria estar presente uma "razoável expectativa" de que o ato seria capaz de impedir a ocorrência do evento danoso. Ausente um desses requisitos, por exemplo, se verificado que a ação omitida não iria evitar o dano, a omissão será apenas condição do dano e não dará ensejo à responsabilização do agente.

---

[111] COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 202. p. 24. out/dez. 1995.
[112] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* – Parte especial – Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 22. p. 193.
[113] Ibid., p. 193.
[114] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 306-307.

Dessa forma, com base nos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho, nos casos em que o Direito impõe um dever de agir ao agente, a sua omissão é considerada causa *jurídica* do dano e é inserida no nexo de causalidade não pelo fato dele ter dado causa direta ao dano, mas porque ele não o impediu, quando o deveria ter feito.

Antes de analisarmos especificamente as situações em que a omissão gera ou não o dever de indenizar, é preciso nos posicionarmos a respeito de qual teoria do nexo de causalidade será adotada no presente estudo.

O Código Civil deu tratamento insuficiente ao nexo de causalidade, regulando-o em apenas um único artigo:

> 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.

Gisela Sampaio da Cruz tece fortes críticas a esse artigo, afirmando que o dispositivo (a) é obscuro, uma vez que "a expressão 'direto e imediato' suscita uma série de controvérsias em relação ao ressarcimento dos danos indiretos"; (b) é insuficiente, "porque a brevidade de sua regulamentação não leva em conta toda a complexidade do tema"; e (c) está mal localizado no Código, pois, uma vez que o artigo aplica-se à responsabilidade contratual e extracontratual, deveria estar inserido no Título IX referente à responsabilidade civil e não no Título IV que trata sobre inadimplemento das obrigações [115]. Cabe, ainda, criticar o uso da palavra "inexecução", pois ela remete apenas à responsabilidade contratual, sendo que, como se disse, o artigo se aplica tanto à responsabilidade contratual como à extracontratual.

Além dos problemas apontados, o artigo 403 do Código Civil também não deixou claro qual teoria do nexo de causalidade foi recepcionada pelo ordenamento. Por esse motivo, parte da doutrina e jurisprudência entende que a teoria adotada foi a da causalidade adequada, enquanto outra parte (grande parte da doutrina, segundo Gisela Sampaio da Cruz[116]) defende que foi a teoria do dano direto e imediato. No entanto, nenhuma das duas teorias está isenta de críticas como veremos a seguir.

---

[115] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 20-21.

[116] Nesse sentido: "A Teoria do Dano Direto e Imediato mostra-se como se vê, mais apta a enfrentar o problema da causalidade múltipla do que a maioria das teorias expostas anteriormente que quase sempre conduzem o julgador a soluções injustas. É a teoria adotada no Brasil segundo grande parte da doutrina [citando como exemplo Agostinho Alvim, Wilson de melo da Silva, Orlando Gomes, Humberto Theodoro Júnior, Antônio Chaves, Gustavo Tepedino, Guilherme Couto de Castro, Carlos Roberto Gonçalves, Paulo Sérgio Gomes Alonso, Teresa Ancona Lopez, Antônio Herman V. Benjamin e Ricardo Saab Palieraqui], não

Dentre os defensores da teoria da causalidade adequada podemos citar José de Aguiar Dias[117], Sérgio Cavalieri Filho[118], Sílvio de Salvo Venosa[119] e Fernando Noronha[120]. De acordo com essa teoria, a causa do dano é aquela que, dentro de mais de uma possível causa, for a mais apta ou determinante para a produção do dano. É necessário que o fato seja considerado em abstrato como causa do dano e não somente que o seja para dado caso concreto.

De acordo com Agostinho Alvim, a teoria da causalidade adequada se baseia na resposta à seguinte pergunta:

> Mas – pergunta-se – tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais?
> Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada.[121]

Dessa forma, a teoria da causalidade adequada propõe que se faça uma análise *in abstracto*, avaliando se, com base no curso natural dos eventos, o fato era apto a produzir o dano, de modo que qualquer pessoa poderia prever que o dano ocorreria. *A contrario sensu*, se o dano decorrer de circunstâncias extraordinárias, o fato não é considerado causa adequada do dano.[122]

No entanto, Gisela Sampaio da Cruz critica essa teoria por ser muito filosófica, por depender sempre de uma análise em abstrato do ocorrido, e ficar muito dependente do arbítrio do juiz para ser aplicada ao caso, mas reconhece que essa última crítica pode ser aplicada a quase todas as outras teorias do nexo:

> O conceito de causa adequada é algo fluídico e que admite distinções várias, de acordo com este ou aquele autor. Decerto, se, por um lado, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais não dá margem para que o juiz aprecie bem os fatos; por outro, a Teoria da Causalidade Adequada depende muito do arbítrio do julgador para ser aplicada em concreto.[123]

---

obstante a jurisprudência ainda vacile, invocando sem precisão científica outras teorias, como muito bem observou Gustavo Tepedino: (...).” Ibid., p. 107.

[117] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. 12 ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 799.

[118] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53.

[119] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

[120] NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 499.

[121] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 345.

[122] Ibid. p. 346.

[123] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 97.

De acordo com Agostinho Alvim[124], Orlando Gomes[125], Guilherme Couto de Castro[126] e Gisela Sampaio da Cruz[127], dentre outros doutrinadores, a teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal foi adotada pelo nosso Código Civil, uma vez que ela consegue dar melhor resposta aos casos de responsabilidade civil, principalmente, ao problema da causalidade múltipla.

De acordo com Agostinho Alvim, várias Escolas surgiram com o objetivo de criar uma fórmula da teoria do dano direto e imediato que pudesse se aplicar a todos os casos. Todas as Escolas que surgiram chegaram ao consenso de que o nexo causal era interrompido diante da violação de direito por parte da vítima ou de terceiro, no entanto, discordavam no caso do surgimento de fatos que não podiam ser imputados nem à vítima nem ao terceiro, como os fatos naturais.[128]

Dentre as Escolas que explicam a teoria do dano direto e imediato, como a de Mosca[129] e a de Coviello[130], Agostinho Alvim e Gisela Sampaio da Cruz entendem que aquela que melhor a explica é a da necessariedade da causa, criada por Dumoulin e

---

[124] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 356.

[125] GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. rev., atual. e ampl. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 80.

[126] CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro:* o papel da culpa em seu contexto. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 14.

[127] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 107.

[128] ALVIM, op. cit., p. 347-348.

[129] A Escola de Mosca explica que o nexo causal somente seria interrompido diante da imputação do dano a outra pessoa, assim, o fato natural ou ato de pessoa não imputável não seria apta a interromper o nexo de causalidade. Agostinho Alvim explica o entendimento de Mosca: "O eixo, pois, da teoria, consiste na possibilidade ou não de se imputar a alguém, a um ente responsável, a causa do novo dano, o que significa que o fato natural não rompe o nexo. Se o novo dano origina-se de fato natural, ou de pessoas não-imputável, subsiste a responsabilidade do causador do primeiro dano; se o causador do segundo dano é pessoa imputável e o ato é ilícito, desaparece a responsabilidade do primeiro" (grifou-se). (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 350). No entanto, Agostinho Alvim não concorda com o entendimento de que somente o ato ilícito rompe o nexo causal: (a) "Por isso, entendemos que, com relação ao credor, não é o *ato ilícito* que rompe o nexo de causalidade, e, sim, o fato que se lhe pode imputar, e que seja a última causa do dano, desde que seja um ato irregular". (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 353); e (b) "Em face da teoria da necessariedade da causa, rompe-se o nexo causal, não só quando o credor ou terceiro é autor da causa próxima do novo dano (solução de Mosca, na sua teoria da causalidade jurídica), mas ainda quando a causa próxima é fato natural (teoria de Coviello, segundo a qual o fato natural rompe o vínculo)". (Ibid., p. 372).

[130] Coviello entende que se um acontecimento houver concorrido com a culpa do agente, para ocorrência de um dano, então, o agente somente deixará de ser responsabilizado se se comprovar que o dano teria sido produzido ainda que o fato culposo não tivesse ocorrido. De acordo com Agostinho Alvim, "a essência da teoria de Coviello está em averiguar se a causa que gerou o novo dano o teria produzido, abstração feita do ato do devedor, autor do primeiro dano. Se a resposta for positiva, rompe-se o nexo". (Ibid., p. 354). Agostinho Alvim critica essa Escola, uma vez que, na prática, é difícil se averiguar com exatidão se somente o segundo evento poderia, por si só, produzir o dano.

Pothier, por ser ela que "está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano direto [...]".

Portanto, explicam e aplicam a teoria do direto e imediato sob o ponto de vista desta Escola, a qual considera que mesmo uma causa remota pode gerar o dever de indenizar contanto que ela seja a causa necessária, indispensável e se ligue diretamente ao dano.

> Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue diretamente ao dano.
> Ela é causa necessária desse dano, porque êle a ela se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas.
> Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.[131]

Agostinho Alvim e Gisela Sampaio da Cruz entendem que é a ideia de necessariedade da causa que melhor explica a expressão "direto e imediato" presente no artigo 1.060 do Código Civil de 1916 e no artigo 403 do Código Civil de 2002. Explica Agostinho Alvim[132] que as palavras adotadas não têm significado distinto, querendo traduzir a ideia do nexo causal necessário.

Dessa forma, diante de várias condições do dano, apenas aquela que for considerada a causa necessária do dano é que ensejará o dever de indenizar. O grande mérito da teoria é considerar que somente outra causa rompe o nexo causal e não a distância temporal entre o ato e o dano. Nesse sentido, veja o exemplo citado por Agostinho Alvim:

> Alguém dá em arrendamento uma casa, permitindo a sublocação. Mas, o senhorio é vencido, posteriormente, em ação reivindicatória; e o contrato de locação, como consequência, deixa de subsistir. Surge, para o locador, a obrigação de indenizar. Seria o dano direto do locatário, indiscutivelmente, a diferença a mais que tivesse que pagar por uma casa semelhante, por ter alta de alugueres. Mas, e se o locatário subalugasse cômodos e desse pensão, e, por força da rescisão, tivesse que indenizar hóspedes e empregados? Estes danos, é certo, não se ligam *imediatamente* à primeira causa. Todavia, como para o seu aparecimento não concorreu nenhuma outra causa, a consequência é que o dano será indenizável, dada a absoluta ligação entre a primeira e o último dano.[133]

Assim, nem sempre a causa direta e imediata será aquela mais próxima do dano, mas é a que possui uma relação de necessariedade com o dano, mesmo que distante temporalmente.

---

[131] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 356.
[132] Ibid., p. 359.
[133] Ibid., p. 365.

Explica Gisela Sampaio da Cruz que, por meio da análise da necessariedade da causa, o responsável, ainda que atue dolosamente, só irá responder pelo dano que for consequência necessária de seu ato, excluindo, assim, os danos que surgirem posteriormente e decorrerem de novas causas[134].

A Escola da necessariedade da causa, ao contrário da defendida por Mosca, admite que o nexo causal seja interrompido pelo caso fortuito ou força maior, portanto, diante de tal hipótese ninguém responderia pelo dano. Agostinho Alvim rebate as críticas de que a vítima, nesse caso, iria ficar desamparada com a aplicação da teoria, da seguinte forma:

> Mas isso [não ter a vítima de quem cobrar o dano] é porque o legislador não quis que o autor do dano respondesse senão pelas consequências diretas, imediatas, derivadas necessariamente do inadimplemento.
> Se se preferir outra solução, adote-se outra teoria, porque, suposta a obrigação de indenizar somente o dano direto e imediato, já não é possível obrigar o devedor a responder por outros danos, derivados de outras causas, ainda que estas não pudessem surgir e produzir efeito, se não tivesse havido a causa primeira, a injustiça social.[135]

Porém, essa Escola também não é isenta de críticas. Fernando Noronha, por exemplo, afirma que a necessariedade da causa gera grande restrição à obrigação de indenizar, uma vez que é difícil identificar em somente um ato a condição necessária e suficiente de um dano. E o próprio Agostinho Alvim, grande defensor da teoria, reconhece que ela não é apta a resolver todos os problemas de responsabilidade que são postos:

> Em suma, pensamos que, das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou a do dano direto e imediato, o que, aliás, é indiscutível, porque está expresso no art. 1.060 e, das várias Escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária, não obstante as suas deficiências, que a rebeldia de certos casos práticos põe a descoberto[136].

Após analisar as duas teorias do nexo, entendemos que, enquanto por meio da teoria da causalidade adequada o responsável deve comprovar que seu ato não foi a causa apta a gerar o dano dentro da ordinariedade dos eventos, a teoria do dano direto e imediato, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal, foca-se na análise de todo o liame causal, sendo que somente se surgir outra causa, que rompa o nexo de causalidade, prova-se que o ato do responsável não foi a causa do dano.

---

[134] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 101-102.
[135] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 372.
[136] Ibid., p. 371.

O exemplo de Agostinho Alvim, sobre a quebra do contrato de locação da casa e da extensão dos danos causados ao locatário[137], ilustra bem nossa conclusão, pois o autor reconhece que ainda que a quebra do contrato de locação não se relacione diretamente ao dano do locatário de indenizar hóspedes e empregados, se verificou que "para o seu aparecimento não concorreu nenhuma outra causa, a consequência é que o dano será indenizável, dada a absoluta ligação entre a primeira e o último dano"[138].

Ao passo que, se o referido exemplo fosse resolvido por meio da teoria da causalidade adequada, entendemos que o locatário seria indenizado somente pela diferença que tivesse que pagar por outro imóvel semelhante e não pela indenização que teve que pagar aos hóspedes e empregados. Isso porque, ao responder a pergunta em que se baseia a teoria: "tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais?"[139], a resposta a que chegaríamos seria de que a indenização devida aos hóspedes e empregados existiu somente nesse caso.

Portanto, enquanto a teoria da causalidade adequada exige apenas a comprovação do que seria a consequência normal do ato, a teoria do dano direto e imediato requer uma comprovação adicional, a de que outro ato/fato foi a causa do dano. Entendemos que a conclusão a que chega a teoria do dano direto e imediato está em maior harmonia com o ordenamento brasileiro, pois, somente mediante a verificação de outra causa, que interrompa o nexo causal, é que se deve desconsiderar a responsabilidade do agente e não por meio da verificação de que o ato, segundo o curso normal dos eventos, não seria apto a produzir o dano.

Por fim, ressaltamos que a teoria do dano direto e imediato foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, podendo ser citado como paradigma o Recurso Extraordinário nº 130.764-1/PR. O conteúdo da decisão será tratado com mais detalhe nos próximos capítulos por se tratar de caso de responsabilidade do Estado por omissão, sendo que no presente item é importante destacar que o Ministro Moreira Alves afirma que a teoria do dano direto e imediato foi acolhida pelo artigo 1.060 do Código Civil de 1916 e que referida teoria "afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes", devendo ser aplicada tanto na responsabilidade contratual como extracontratual. Adotando os ensinamentos de Agostinho Alvim, o Ministro concluiu no caso concreto que não havia

---

[137] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 365.
[138] Ibid., p. 365.
[139] Ibid., p. 345.

relação causal entre a omissão do Estado que permitiu a fuga do preso e os danos causados pela quadrilha que ele participava, pois o nexo havia sido rompido por outras causas:

> o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação de quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.

Dessa forma, apesar das críticas existentes a respeito da aplicação da teoria do dano direto e imediato sob a Escola da necessariedade da causa, entendemos ser ela a que, atualmente, melhor identifica a causa de um dano e, portanto, será esta a teoria que adotaremos para analisar o nexo de causalidade na responsabilidade civil por omissão e nos casos de responsabilidade civil por omissão do Estado.

3. CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Após a análise do nexo causal e definição da teoria que será adotada no presente estudo, entendemos ser necessário discorrer brevemente sobre a interrupção da relação causal e as causas excludentes de responsabilidade.

Gisela Sampaio da Cruz, com base nos ensinamentos de Francisco Manuel Pereira Coelho, defende que há interrupção do nexo causal quando estão presentes os seguintes pressupostos:

> (i) a existência de um nexo de causalidade, a ser interrompido, entre o 1º fato e o dano; (ii) que o 2º fato seja completamente independente do 1º, no sentido de que não seja uma consequência necessária; (iii) que o 2º fato tenha provocado o efeito independentemente do 1º fato, de tal maneira que só a eficácia causal do 2º fato tenha operado o dano.[140]

A autora esclarece que sem o primeiro pressuposto não há interrupção do nexo causal, mas apenas ausência de causalidade. Com relação ao segundo pressuposto, se o 2º fato foi consequência necessária do 1º fato, não há interrupção do nexo, pois nesse caso, o 2º fato não seria independente do 1º.

Francisco Manuel Pereira Coelho explica que, ainda que o 2º fato se opere independentemente do 1º fato, isso não é o bastante para romper o nexo causal. Para que

[140] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 159.

isso ocorra, o dano deve ter decorrido exclusivamente do 2º fato sem que o 1º fato tenha concorrido para a produção do dano:

> Porém, a prova de que o 2º facto foi independente do 1º não deverá julgar-se *suficiente*. É que pode bem acontecer, como o exemplo que demos mostra, que o 2º facto seja inteiramente independente do 1º e todavia só tenha provocado o dano em cooperação com os termos já decorridos da 1ª série causa. Donde que à exigência de que o 2º facto *seja independente do 1º*, no sentido indicado, deva acrescer outra exigência: a de que o 2º facto *tenha provocado o efeito independentemente do 1º*, de tal maneira que *só* a eficácia causal do 2º facto tenha operado o dano concretamente verificado.[141]

Com relação aos pressupostos elencados acima cabe fazer uma observação no sentido de que apesar de a autora Gisela Sampaio da Cruz adotar a teoria do dano direto e imediato, acaba se baseando na lição de Francisco Manuel Pereira Coelho, que entende que Portugal adotou a teoria da causalidade adequada[142]. O fato de os autores adotarem teorias diversas não gera conflito com relação à adoção dos pressupostos da interrupção do nexo causal, mas, conforme apontada pela própria autora, causa diferença na forma como eles são aplicados no caso concreto.

Para ilustrar a diferença de solução dos autores, veja o exemplo proposto pela autora: "Caio fere muito levemente Tício com uma faca – um corte superficial –, mas este vem a morrer, em razão de uma imperícia grotesca do médico"[143].

De acordo com Gisela Sampaio Cruz, o autor português entenderia que, nesse caso, não há interrupção do nexo causal, pois a conduta de Caio é ligada apenas ao ferimento leve e não ao resultado morte, assim, a 1ª série causal (em que o agente é Caio) já estaria concluída quando se deu início a 2ª série causal (em que o agente é o médico). Portanto, não caberia falar em causalidade interrompida, mas em ausência de causalidade. Adotando a teoria da causalidade adequada, bastaria que Caio comprovasse que o corte que fez em Tício não seria apto a lhe causar a morte, sendo desnecessário comprovar que a morte decorreu do erro médico. No entanto, na visão da autora, ao se adotar a teoria do dano direto e imediato, seria necessário comprovar o erro médico para excluir a responsabilidade de Caio. Isso porque entende que houve sim interrupção do nexo causal:

> Em concreto, o ferimento provocado por Caio só não é causa direta e imediata (necessária) do dano morte, porque houve interrupção do nexo causal por erro médico. Afinal, Caio só procurou o médico, porque estava ferido. E, na prática, é

---

[141] PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 33-34.
[142] Ibid., p. 28.
[143] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 159.

> impossível dizer que o corte superficial, ainda que mal cuidado, não levaria à vítima à morte (pense-se na vítima que contraiu tétano em razão do corte).[144]

Definidos os pressupostos que geram a interrupção do nexo causal, cabe analisar as três hipóteses de excludentes de responsabilidade: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou força maior.

José de Aguiar Dias critica o uso do termo culpa exclusiva da vítima e entende ser mais correto adotar "ato ou fato exclusivo da vítima", por se tratar de uma concepção mais ampla do que a culpa, demonstrando seu ponto de vista com o seguinte exemplo:

> Não responde, decerto, uma empresa de transportes urbano, pela morte de indivíduo que se atira voluntariamente sobre as rodas do ônibus. Aí, é possível menção à culpa da vítima. Suponhamos, entretanto, que esse indivíduo é louco. Não se pode cogitar de culpa de louco. Mas, por isso, responderá a empresa, quando o fato foi de todo estranho à sua atividade? Claro que não.[145]

Em razão da crítica acima, adotaremos a expressão fato exclusivo da vítima. Tal excludente é identificada quando a própria vítima causa ou contribui de forma direta e imediata para a produção do dano. Quando o fato da vítima for causa exclusiva do dano, haverá a excludente de responsabilidade. No entanto, quando o fato da vítima não for a única causa do dano, mas concorrer para a produção dele, haverá atenuação da responsabilidade do agente.

Com relação ao fato de terceiro, José de Aguiar Dias entende que não são em todos os casos que o fato de terceiro é causa de exclusão da responsabilidade, mas somente quando ele constitua causa estranha ao responsável. Para que constitua excludente de responsabilidade devem ser preenchidos os seguintes pressupostos: (a) causalidade: o fato de terceiro deve ser causa do dano; (b) inimputabilidade: o dano não pode ser imputado ao devedor, pois se o for, não há necessidade de se apurar em que medida o fato de terceiro contribuiu para a produção do dano; (c) qualidade: considera-se terceiro qualquer pessoa que não seja a vítima ou o responsável; (d) identidade: o dano deve ser atribuível a alguém, ainda que esse alguém não possa ser identificado; e, um dos pontos mais importantes a serem analisados em caso de concorrência de causas, (e) iliceidade: "se o fato de terceiro é causa exclusiva do dano, não há que se indagar se é ou não ilícito, para considerar-se como

---

[144] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 160.

[145] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 798.

causa de isenção; se, porém, concorre com o do responsável, este não pode alegá-lo senão quando seja culposo".[146]

Em razão dos conceitos de caso fortuito e fato de terceiro apresentarem características semelhantes, expomos a lição de José de Aguiar Dias que define bem a diferença entre as duas figuras:

> Associando os princípios expostos, concluímos que não se pode confundir a causa estranha ou fato de terceiro com a força maior, não obstante seus pontos de contato e a possibilidade de sua coincidência com o mesmo fato; que a causa estranha é, em sentido relativo, o que a força maior representa em sentido absoluto, que, portanto, para exonerar o devedor, a causa estranha deve revestir o caráter de imprevisibilidade, não em termos abstratos, mas apreciada em função do dever que incumbe o agente.[147]

Portanto, segundo o autor, o fato de terceiro deve se revestir da característica da imprevisibilidade ou impossibilidade para constituir causa de exoneração de responsabilidade, caso contrário não é motivo de exclusão da responsabilidade. Para ilustrar seu entendimento, fornece o exemplo do transportador que está desenvolvendo sua atividade quando um dos passageiros do veículo mata o outro. Nesse caso, está presente a imprevisibilidade ou irresistibilidade do fato de terceiro sobre a atividade desenvolvida pelo transportador, excluindo, dessa forma, a responsabilidade do transportador pela morte do passageiro.

No que diz respeito ao caso fortuito e força maior, em primeiro lugar, Arnoldo Medeiros da Fonseca, após analisar os dispositivos legais que tratam dessas excludentes, afirma que não há nenhuma distinção entre essas figuras, empregando-as como sinônimas em sua obra Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão.

> Em nossa codificação civil, o principal texto regulador da matéria é o artigo 1.058, que estatui: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou de fôrça maior..."; definindo no parágrafo único: "O caso fortuito ou de fôrça maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.
> Diante da disjuntiva aí empregada, a indicar uma perfeita equivalência entre as duas expressões, traduzindo ambas um acontecimento necessário, cujos efeitos não era possível prevenir ou conjurar, parece-nos evidente carecer de fundamentação legal, em face do nosso direito comum, qualquer distinção entre caso fortuito e fôrça maior [...].[148]

---

[146] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 783-784.
[147] Ibid., p. 788.
[148] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 122.

Em sentido contrário, Agostinho Alvim defende que as expressões possuem sentido diverso, considerando que força maior seria "o fato externo que não se liga à pessoa, ou à empresa, por nenhum laço de conexidade"[149], enquanto que entende por caso fortuito o "impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa"[150]. A partir dessa distinção admite que se a responsabilidade for fundada na culpa, então, o caso fortuito e a força maior excluem a obrigação de indenizar, ao passo que se a responsabilidade for fundada no risco, somente a força maior constitui causa de exclusão de responsabilidade.

Arnoldo Medeiros da Fonseca esclarece que o caso fortuito ou força maior possuem dois elementos: um elemento interno, de ordem objetiva, que se trata da inevitabilidade ou impossibilidade de impedir ou resistir ao evento, e outro elemento externo, de ordem subjetiva, que corresponde à ausência de culpa. Afirma ainda que o elemento externo, a ausência de culpa, deriva do elemento interno, pois a própria característica de inevitabilidade do evento indica que não há culpa por parte do suposto responsável.

> O *caso fortuito* não pode jamais *provir* do ato culposo do obrigado, pois a própria natureza *inevitável* do acontecimento que o caracteriza exclui essa hipótese. Sòmente pode resultar de uma causa estranha à vontade do devedor, irresistível, o que já indica *ausência de culpa.* Se o evento decorre de um ato culposo do obrigado, não era *inevitável;* logo, não haverá *fortuito*.[151]

Defende que o caso fortuito não pode provir do ato culposo, mas reconhece que o ato culposo pode concorrer para expor a vítima aos efeitos ou, ainda, agravar as consequências do caso fortuito. Nesse caso, admite que não há excludente de responsabilidade, devendo o agente responder pelos danos causados.

> Todavia, a verdade é que o obrigado, sem que o caso fortuito provenha de culpa sua (o que seria inadmissível), poderá ter culposamente concorrido para expor-se aos seus efeitos, ou agravar-lhe as consequências. E se tal suceder, se o devedor se houver exposto culposamente aos efeitos do evento irresistível, nesse caso, pela concorrência de culpa de sua parte, o fortuito não é levado em conta do ponto de vista jurídico.[152]

---

[149] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 330.
[150] Ibid., p. 330.
[151] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 147.
[152] Ibid. p. 147.

Alega que tal entendimento é corroborado pela redação do artigo 957 do Código Civil de 1916, atual artigo 399 do Código Civil de 2002[153], segundo o qual o devedor em mora não responderá pelos danos causados por caso fortuito ou força maior se for comprovada a inexistência de culpa de sua parte.

Conforme se pode inferir do exposto acima, Arnoldo Medeiros da Fonseca não considera que a imprevisibilidade seja característica essencial do caso fortuito, mas somente a inevitabilidade. Isso porque o caso fortuito pode ser imprevisível e inevitável, ou seja, a irresistibilidade pode derivar do caráter imprevisível do caso fortuito. No entanto, o caso fortuito não pode ser somente imprevisível, sem ser inevitável, pois se pudesse se resistir ao evento, então, há culpa do agente por não tê-lo feito. Dessa forma, sempre deve estar presente a inevitabilidade do caso fortuito, sendo dispensada a averiguação de sua imprevisibilidade.

> Todavia, apesar disso, não nos convencemos da necessidade dêsse novo elemento para caracterização do fortuito, porque, ou o acontecimento, pela sua imprevisibilidade, se tornou irresistível, aparecendo aquela como simples razão da inevitabilidade, que permanece como único requisito; ou o obrigado poderia resistir ao acontecimento, embora imprevisto, e *estará em culpa se o não fizer*.[154]

Os argumentos acima se somam à redação do próprio artigo 393 do Código Civil, que não prevê o critério da imprevisibilidade ao tratar do caso fortuito ou força maior, mas somente o da inevitabilidade. Nesse sentido, dispõe o parágrafo único do artigo 393: "O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

Seguindo o entendimento de Arnoldo Medeiros da Fonseca, José de Aguiar Dias defende que a força maior ou caso fortuito somente podem atuar como excludentes e não como causa atenuante de responsabilidade, de forma que somente o responsável sem culpa pode alegar tais excludentes, ao passo que em caso de culpa do responsável, este deve arcar com os riscos relacionados à força maior ou caso fortuito.

> Não havendo lugar para arguição de força maior como excludente, tampouco pode essa defesa existir em outro plano, como atenuação obrigação de reparar, porque o fato da natureza ou o fato de terceiro também são causas exteriores: ou continuam estranhas ao desempenho da obrigação ou não podem constituir elisão da responsabilidade, no caso de culpa, que só admite concorrência com a culpa

---

[153] "Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada."

[154] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 150.

> de outro obrigado, sob pena de se atribuir a vítima uma extravagante modalidade de culpa.
> (...)
> Resumindo: a ausência de culpa não compõe a força maior. Ainda que esta se configure de fato, ela só pode ser invocada pelo devedor isento de culpa. Em caso de culpa do devedor, a este se transferem os riscos decorrentes da força maior. De forma que um mesmo fato da natureza será excludente da responsabilidade conforme esteja ou não o devedor em culpa ou isento dela.[155]

Gisela Sampaio da Cruz discorda do entendimento acima, defendendo que "o caso fortuito ou força maior pode não ser a causa exclusiva do dano, mas ter apenas concorrido na produção do prejuízo com a conduta culposa do agente"[156]. A autora defende que em tal caso nem o agente deve responder pelo caso fortuito ou força maior, nem o caso fortuito ou força maior deve excluir a responsabilidade do agente. Mas eles devem ser considerados como causas atenuantes de responsabilidade do agente, que deve esta ser graduada de acordo com sua participação para produção do dano.

> Isto porque, embora o agente tenha que arcar com as consequências de sua ação, deve apenas ser responsável na medida de sua contribuição causal. Do contrário, estar-se-ia imputando ao agente um dano que ele não produziu. Quando o fortuito concorre com o agente na produção do dano, deve o juiz atenuar sua responsabilidade, tendo em conta a real incidência de sua conduta no evento danoso, isto é, de acordo com sua cota de participação.[157]

Dessa forma, a autora, diferentemente do outros autores citados acima, sustenta que o caso fortuito ou força maior podem concorrer, junto com a conduta culposa do agente, para a produção do dano. Nessa hipótese, a responsabilidade do agente deve ser atenuada considerando sua participação para o dano causado.

Entretanto, não adotamos o defendido por Gisela Sampaio da Cruz nesse ponto. Seguimos o entendimento de Arnoldo Medeiros da Fonseca e José de Aguiar Dias, no sentido de que o caso fortuito e força maior somente podem excluir e não atenuar a responsabilidade do agente. Isso porque evento de caso fortuito ou força maior é aquele que cujos efeitos não poderiam ter sido evitados pelo agente. Assim, ele rompe o nexo de causalidade, não podendo ser considerado concausa do dano junto com a culpa do agente.

---

[155] AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade civil. 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 796-797.
[156] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 203.
[157] Ibid., p. 204.

4. CASOS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO DO AGENTE

4.1 RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO

A responsabilidade por fato de outrem pode ser considerada como um exemplo de responsabilidade por omissão, pois aos responsabilizados é imposto um dever de guarda, vigilância e cuidado sobre uma determinada pessoa. Assim, quando o responsável se descuida de seu dever e quem está sob a sua guarda causa danos a outrem, o omitente deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados. Portanto, na verdade, o agente não é responsabilizado pelo fato de outrem, mas sim pelo fato de sua própria omissão. Nesse sentido, veja-se entendimento de Sérgio Cavalieri Filho:

> Na realidade, a chamada responsabilidade por fato de outrem – expressão originária da doutrina francesa – é responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente.[158]

José de Aguiar Dias concorda que a chamada responsabilidade por fato de outrem, na verdade, é a responsabilidade por fato próprio, uma vez que os responsáveis (pai, tutor, curador, empregado) sempre terão contribuído para o fato danoso, de forma que a conduta do responsável pode ser considerada "causa eficiente do prejuízo"[159].

As hipóteses em que o agente responde por violação ao dever de guarda ou vigilância que lhe era imposto estão previstas no artigo 932 do Código Civil:

> 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 para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
> V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

---

[158] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 205.
[159] AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade civil. 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 629.

A responsabilidade de tais agentes já era prevista no Código Civil de 1916, sendo que durante a sua vigência a responsabilidade era subjetiva, fundada na culpa *in vigilando* ou *in eligendo* e discutia-se se a culpa devia ser provada ou era presumida. O artigo 933 do Código Civil de 2002 acabou com o debate a respeito da culpa *in vigilando* ou *in eligendo* ao não exigir mais a prova de culpa e estabelecer o "dever objetivo de guarda e vigilância"[160] a esses agentes.

> 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." (grifou-se)

Nesses casos, como se pode verificar, o Código Civil considera que a responsabilidade por omissão dos responsáveis é objetiva, sendo desnecessário provar que eles atuaram com diligência para evitar a concretização do dano.

Com relação aos genitores, a responsabilidade tem fundamento no pátrio poder, assim, não é possível que ela seja estendida a outros familiares que não o exerçam. Dessa forma, o detentor do pátrio poder tem o dever de vigilância, educação e direção da conduta dos menores. Ainda que o menor esteja com outros parentes no momento em que cometeu o ato ilícito, a responsabilidade não se estende a eles, mas continua com aquele que detém o poder[161].

Alvino Lima ensina que para surgir a reponsabilidade dos genitores pelo ato ilícito de seu filho devem ser verificados dois requisitos: a menoridade do filho e que ele esteja morando com aquele que exerce o pátrio poder. Enquanto o primeiro requisito é essencial para caracterizar a responsabilidade dos pais, que cessa com a maioridade ou emancipação do filho ainda que ele continue a morar junto com os pais; o segundo requisito não é imprescindível. O autor observa que a não coabitação somente excluirá a responsabilidade quando o pai estiver impossibilitado de vigiar e guiar a conduta do menor, caso contrário, permanecerá responsável. [162]

A não coabitação faz o autor levantar a seguinte questão: "se o filho menor estiver sob a dependência de outra pessoa, como, por exemplo, no caso de um comitente, com quem coabita, perdurará a responsabilidade do genitor?"[163]. Sua resposta é no sentido de que não há uma única solução, pois depende da análise das circunstâncias do caso

---

[160] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 206.
[161] LIMA, Alvino. *Responsabilidade pelo fato de outrem.* 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.
[162] Enquanto ainda estava vigente o Código Civil de 1916.
[163] LIMA, op. cit., p. 44.

concreto: o genitor poderá ser responsável se a causa do dano adveio da má-educação do menor ou o comitente será responsabilizado se a causa do dano decorreu da orientação que ele deu ao menor[164].

Vale ressaltar que a responsabilidade dos pais é objetiva e a responsabilidade do filho é subjetiva. No entanto, Alvino Lima indaga se a culpa do menor é indispensável para a responsabilidade do genitor. E busca solucionar a questão distinguindo o *infans*, menor sem capacidade de discernimento, do menor com tal capacidade.

No primeiro caso, o *infans* não pode cometer ato culposo justamente em razão da falta de capacidade. Assim, a responsabilidade do genitor não poderia decorrer da culpa do menor, mas seria responsabilidade direta por ter negligenciado o dever de vigiá-lo, culpa que no caso é presumida. No segundo caso, como o menor é dotado de discernimento, a culpa deste pode ser o fundamento da reponsabilidade dos pais. Dessa forma, identificada a culpa, há a responsabilidade direta do menor e, por presunção *juris tantum,* a responsabilidade dos pais[165].

A responsabilidade dos professores, mestres de arte pelos atos ilícitos de seus discípulos ou aprendizes, e os danos causados a eles, também tem fundamento no dever de vigilância. Dever que não se limita apenas ao momento em que eles estão na sala de aula, mas também abrange o período da recreação ou de passeios. Nessa hipótese, Alvino Lima ressalta que o dano sofrido por terceiros tem duas causas: a primeira é o ato do aprendiz e a segunda é a omissão do professor ou daquele que possui o dever de vigiar que deveria impedido que o ato ilícito ocorresse[166].

Por outro lado, José Fernando Simão defende que, assim como ocorre na responsabilidade do empregador, dono de hotéis e estabelecimentos semelhantes, a responsabilidade dos pais, tutor e curador também está fundada no risco. Porém, enquanto a responsabilidade do primeiro grupo estaria fundada na teoria do risco proveito, a responsabilidade do segundo grupo estaria fundada em uma nova modalidade de risco criada pelo Código Civil de 2002, o risco dependência.

> [...] nas relações entre pais e filhos, tutor e pupilo e curador e curatelado, há um risco. Entende-se que deva ser concebida, com base nos princípios constitucionais, uma teoria do risco dependência. Essa é a tese que era se defende: a criação de uma nova modalidade de teoria do risco.[167]

---

[164] LIMA, Alvino. *Responsabilidade pelo fato de outrem.* 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 45.
[165] Ibid., p. 50-51.
[166] Ibid., p. 52.
[167] SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz.* São Paulo: Atlas, 2008. p. 72.

O autor explica que a falta de discernimento do filho, tutelado ou curatelado para distinguir o certo do errado faz com que ele seja um potencial causador de danos, devendo seu representante legal (pai, tutor ou curador) responder objetivamente pelos prejuízos que ele houver causado. Nas palavras de José Fernando Simão, "o risco dependência é explicado pelo simples fato de a ausência de discernimento dos incapazes, ou de sua redução, torna-los potenciais causadores de danos"[168].

No que diz respeito à responsabilidade do comitente pelos atos de seus prepostos, Alvino Lima aponta as diferenças existentes entre tal responsabilidade e a dos genitores. Enquanto a responsabilidade dos genitores é direta, decorrendo da própria culpa, a responsabilidade do comitente é indireta, de forma que ele responde pelos atos ilícitos de seus empregados realizados no exercício de suas funções. Além disso, enquanto a responsabilidade dos genitores decorre de um dever moral e jurídico, a dos comitentes tem como fundamento o proveito econômico que eles obtém da atividade realizada pelo seu empregado[169].

Entende-se que a responsabilidade do empregador tem como fundamento a teoria do risco, pois o dano foi causado em decorrência da atividade desenvolvida e o subordinado estava atuando em nome do empregador[170]. Porém, para que o empregador tenha o dever de indenizar a vítima, deve antes ser comprovado que o empregado agiu culposamente. A comprovação da culpa do empregado é necessária, uma vez que a teoria do risco é aplicada somente ao empregador e não a seu subordinado.[171]

Ainda que o fundamento da responsabilidade do empregador seja outro, ele responde objetivamente por não ter observado o dever de segurança que se contrapõe ao risco criado pela atividade desenvolvida. Rui Stoco defende que ao exercer uma atividade que oferece risco, o agente deve fazê-lo com segurança:

> Em outras palavras: quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a outrem, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa. Aí está, em nosso entender, a síntese da responsabilidade objetiva.(...)[172]

---

[168] SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz.* São Paulo: Atlas, 2008. p. 81.
[169] LIMA, Alvino. *Responsabilidade pelo fato de outrem.* 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 64.
[170] AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade civil. 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 647.
[171] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1081.
[172] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 189.

Alvino Lima defende que para se configurar a responsabilidade do comitente, deve estar presente um laço de subordinação entre o preposto e o comitente que decorre do poder do comitente dar ordens, fiscalizar e intervir no trabalho do subordinado. Tal laço de subordinação seria composto por dois elementos: o primeiro se trata do comitente ter o direito de dar ordens ao subordinado e o segundo corresponde à atividade que o subordinado exerce por conta e risco do preposto.

No entanto, o autor ressalta que com relação aos profissionais que desenvolvem atividades altamente técnicas e podem guiar livremente seus atos com base no próprio conhecimento, como por exemplo o cirurgião, a subordinação não se funda no poder de dar ordens de como o trabalho deve ser realizado, mas sim no "poder de determina-se *onde* e *quando* a prestação do trabalho deva ser cumprida. A subordinação não se refere à direção técnica, mas ao poder de organização econômica do empregador"[173]. Para se configurar a responsabilidade do comitente também é preciso que o subordinado tenha cometido o dano no exercício de suas funções, sendo que subsistirá a responsabilidade ainda que o empregado desobedeça as suas ordens ou não as realize conforme foi instruído.

Além disso, regra geral, o empregador é responsável apenas pelos atos cometidos no horário de trabalho (o que exclui atos cometidos durante as férias, por exemplo), entretanto, tal regra encontra várias exceções, por exemplo, se ficar comprovado que o ato cometido fora do tempo de serviço tinha como objetivo realizar função que lhe foi incumbida ou ainda o dano foi causado em razão das "facilidades resultantes da função"[174]. Nesse sentido, é preciso analisar se o ato que causou o dano tem alguma relação direta ou indireta com a função desempenhada por conta e risco do empregador.

> Desde, pois, que se encontre na função o meio de agir e de cometer a culpa, de sorte que o preposto se aproveita das facilidades que lhe são dadas para praticar os atos danosos, no seu interesse, ou de terceiros verificar-se-á a responsabilidade do comitente.[175]

Esse é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Luis Felipe Salomão ressalta que o empregador responde por ato de seu empregado ainda que este não esteja no exercício da atividade ou esteja fora do horário do trabalho, mas desde

---

[173] LIMA, Alvino. *Responsabilidade pelo fato de outrem.* 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 68.
[174] Ibid., p. 80.
[175] Ibid., p. 81.

que ele utilize as "circunstâncias propiciadas pelo trabalho para agir"[176]. No presente caso, os ministros reconheceram a responsabilidade do proprietário do sítio por dano causado pelo caseiro que, ao utilizar máquina retroescavadeira para transportar a vítima, acabou realizando manobra equivocada que resultou na morte da vítima.

Os ministros entenderam que, ainda que o caseiro tenha utilizado a máquina fora do horário de trabalho e contra as ordens de seu empregador, ele somente teve acesso à retroescavadeira em razão dos serviços que prestava ao seu patrão, então, estava presente a relação entre a atividade que desempenhava para seu empregador e o ilícito. Assim, provada a culpa do caseiro, o dono do sítio deve ser responsabilizado com base na previsão do artigo 932, III, do Código Civil.

Dentre os casos de responsabilidade por fato de terceiro previstos no artigo 932, a responsabilidade do empregador é que se apresenta mais próxima ao tema central da presente dissertação, responsabilidade civil do Estado por omissão do Poder Executivo. No entanto, atualmente, a aplicação do inciso III do artigo 932 é muito restrita em razão do (a) artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade objetiva e direta dos prestadores de serviços públicos por atos de seus agentes; (b) artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade do prestador de serviços pelo fato do serviço; e (c) próprio artigo 927 do Código Civil que determina a responsabilidade objetiva direta a todos as pessoas que desenvolvem atividade de risco.

Portanto, a previsão do artigo 932 somente é aplicada de forma subsidiária, aos serviços que não são fornecidos empresarialmente, como é o caso do empregado doméstico, do motorista particular ou, conforme mencionamos acima, do médico. A título de exemplo mencionamos o Recurso Especial nº 1.526.467, por meio do qual o Superior Tribunal de Justiça enfatizou que a responsabilidade objetiva do hospital é fundamentada no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor com relação a serviços como internação e alimentação do paciente, instalações do hospital, equipamentos e etc, sendo que a responsabilidade objetiva do estabelecimento encontra-se fundamentada no artigo 932, III, do Código Civil com relação à atuação técnico-profissional de médicos que atuam nas dependências do hospital[177]. Nesse segundo caso, somente surge a responsabilidade do hospital após ter sido comprovada a conduta culposa do médico, o que ocorreu no caso

[176] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.072.577-PR. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. p.15. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

[177] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.526.467-RJ. 3ª Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 13 de outubro de 2015. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

concreto, por meio do uso indevido do fórceps no momento de realização do parto e acabou causando lesão no bebê.

A princípio, a responsabilidade por ato omissivo, por se tratar de negligência de um dever, exigiria a presença da culpa por parte do omitente. No entanto, conforme vimos acima, o artigo 932 do Código Civil dispensa a análise do elemento subjetivo com relação àquele que tinha o dever de evitar o dano (genitores, tutor, curador, empregador), subsistindo tal exigência somente com relação ao menor (com exceção do *infans*), tutelado, curatelado e empregado.

Nesse sentido, os incisos do artigo 932 do Código Civil podem ser tomados como exemplo de hipóteses de responsabilidade por omissão em que a lei expressamente prevê um dever de agir ao agente, dever de vigilância, de educação, de orientação e de fiscalização, sendo que a mera violação de tal dever, comprovada pela conduta culposa daquele que deveria estar sendo vigiado, gera a responsabilidade para o omitente.

4.2. RESPONSABILIDADE PELO RISCO DA ATIVIDADE

Conforme vimos acima, a omissão também pode ensejar a responsabilidade do agente quando o agente criou a situação de risco que levou ao dano. Cláudio Luiz Bueno de Godoy explica que com o desenvolvimento da atividade industrial e diversas outras atividades que impõem riscos não apenas a determinados indivíduos, mas também à sociedade como um todo, o fundamento da responsabilidade civil deixou de ser apenas a culpa e passou a ser também no risco. Assim, "passa-se a cogitar da procura não mais de um *culpado*, e sim de um *responsável* pela indenização"[178].

No mesmo sentido, explica Vaz Serra que se impõe a responsabilidade independente da culpa do agente, uma vez que este "exerce uma actividade criadora de perigos especiais, devendo, assim, responder pelos danos causados por essa actividade, ainda que não culposa, como compensação das vantagens que tira dela"[179].

Então, cabe àquele que desempenha a atividade se antecipar e, diante da situação de risco criada, adotar "*cuidados de condução* do perigo, visando também obstar à

[178] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.
[179] VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas).* Boletim do Ministério da Justiça. Nº 90. Lisboa, 1959. p. 22.

concretização do seu potencial lesivo"[180]. Nesse sentido, veja a lição de Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde:

> Deste modo, *criar* ou *deixar perdurar* um perigo, *domínio* do perigo e *gozo de utilidades* eventualmente inerentes, são fatores atinentes à esfera do lesante que, a par dos *custos* associados à adoção das competentes medidas de cuidado, devem contudo ser confrontados com vetores respeitantes à esfera do lesado, na qual há por seu lado que investigar não só a pertinência da *proteção da confiança* como ainda o *dano* nas suas várias dimensões relevantes, designadamente, a *natureza dos bens jurídicos ameaçados* e, se possível, quando se trate de prejuízos patrimoniais, a sua *extensão* previsível, bem como a *capacidade de proteção* dos (virtuais) lesados.[181]

No ordenamento brasileiro, a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade está prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, veja-se:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> 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**. (grifou-se)

A partir da redação do parágrafo único do artigo 927, Claudio Luiz Bueno de Godoy afirma que "assiste-se a um deslocamento e a uma multiplicação dos critérios de atribuição da obrigação de indenizar, que deixam de estar ligados exclusivamente ao ilícito e se podem amparar no exercício, justamente, de uma atividade de cria risco aos direitos de outrem".[182]

O primeiro requisito para que o referido dispositivo seja aplicado é que dano tenha sido causado no exercício de uma atividade, sendo que por atividade entende-se "um conjunto de atos seriados, habitualmente praticados, organizados e voltados a um fim, importando em relações interdependentes que podem ser afetadas e desequilibradas pelo evento lesivo"[183]. Em outras palavras, não basta que o dano tenha decorrido de um ato isolado, ainda que ele apresente grande risco.

O segundo requisito diz respeito ao risco gerado pela atividade. Nesse ponto, o autor menciona três possíveis interpretações que se pode dar ao parágrafo único do artigo

---

[180] MASCARENHAS ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 637.
[181] Ibid., p. 634.
[182] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal*. Revista Jurídica Luso Brasileira, v. 01, p. 31, 2015.
[183] Id. *Responsabilidade pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

927 do Código Civil. A primeira delas é a de que o referido dispositivo tenha adotado a teoria do risco integral. De acordo com essa teoria, é responsável quem dirige e controla a atividade organizada que produziu o dano, sendo desnecessário identificar o perigo ou o risco especial criado pela atividade ou, ainda, um defeito de segurança. Essa teoria defende a causalidade pura, sem especial qualificação, bastando o mero desempenho da atividade.[184]

Por outro lado, a segunda interpretação defende a teoria do risco mitigado, de forma que o agente será responsabilizado se o dano tiver decorrido de defeito na atividade desempenhada, buscando harmonizar tal dispositivo com a legislação consumerista. Nesse sentido, "ao nexo de causalidade se agrega um especial elemento qualificador, papel que deve ser cumprido, conforme a tese ora exposta, pelo defeito de segurança da atividade prestada"[185]. Os adeptos dessa teoria defendem que a exploração de atividade de risco gera o dever jurídico de segurança, surgindo a obrigação de indenizar quando tal dever é violado.

A terceira interpretação se encontra entre as duas teorias anteriores, sustentando que deve ser aplicada a teoria do risco perigo. Seus defensores alegam que o dispositivo pressupõe uma atividade que seja essencialmente perigosa. Nesse sentido, o nexo de imputação "completar-se-ia com o reconhecimento do perigo inerente, não necessariamente adquirido, anormal, que há na atividade desenvolvida, de que decorre um dano experimentado pela vítima"[186]. Assim, enquanto a causalidade no Código Civil seria qualificada pelo perigo inerente, a causalidade no Código de Defesa do Consumidor seria qualificada pelo defeito[187].

No entanto, Claudio Luiz Bueno Godoy refuta as três teorias. Ele discorda da primeira teoria, pois se a própria lei faz expressa menção ao risco, não é possível entender que ela adota a causalidade pura. Além disso, tal teoria levaria à equiparação de toda e qualquer atividade, colocando no mesmo patamar atividades complexas e de grande perigo, como atividade de mineração, com atividades mais simples e de baixo risco, como atividade de confecção de doces[188].

A segunda teoria é criticada por impor a condição do defeito da atividade, criando uma condição que não está prevista na lei. Nas palavras do autor, "se a exigência fosse a

---

[184] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87-88.
[185] Ibid., p. 89-90.
[186] Ibid., p. 92.
[187] Ibid., p. 92.
[188] Ibid., p. 96-97.

do defeito da atividade, de nenhuma utilidade seria aludir ao risco que o desempenho normal dessa mesma atividade induz"[189]. Sem contar que tal interpretação seria incoerente com o disposto no artigo 931 do Código Civil[190] e no Código de Defesa do Consumidor: enquanto o nexo de imputação nesses dois casos é o defeito, o nexo de imputação do artigo 927 é o risco especial criado pela atividade.[191]

No que diz respeito à terceira teoria, o doutrinador reconhece que "a tese do risco perigo talvez seja a que mais se aproxima da integração de um conteúdo para a cláusula geral da responsabilidade sem culpa no Código Civil de 2002"[192]. Porém, também a critica, uma vez que a redação do parágrafo único do artigo 927 não exige que a atividade seja essencialmente perigosa, mas sim que ela coloque em risco direitos de outrem. E essa diferença de entendimento acaba ampliando o âmbito de aplicação do artigo de forma que ele passa a ser aplicado a uma maior gama de atividades.[193]

Após criticar as teorias expostas, Cláudio Luiz Bueno Godoy propõe outra interpretação ao dispositivo. Em primeiro lugar, ele destaca que o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não fez referência ao perigo, mas sim ao risco criado pela atividade. Nesse sentido, propõe que o enfoque para aplicação do artigo deixe de ser a natureza perigosa da atividade e passe a ser o risco especial por ela criado:

> Ou seja, evita-se a redução da abrangência da norma à discussão sobre se a atividade é ou não perigosa por natureza, para admitir a responsabilização sem culpa de quem desenvolve atividade diversa dos exemplos corriqueiros de perigo (mineração, fornecimento de energia, fabrico de explosivos etc), portanto atividade não raro comum, a qual, porém, acaba ensejando um risco especial a terceiros.[194]

Em segundo lugar, defende que o risco criado pelo exercício normal da atividade seja particular, especial, anormal. A atividade não precisa ser essencialmente perigosa, mas determinado contexto pode a ter tornado especialmente perigosa. Assim, é essencial a análise do caso concreto para se verificar se, naquela situação, foi criado um risco especial ou não.

Portanto, afirma que o referido artigo trata de um risco especial criado pela atividade desempenhada, sendo tal particularidade do risco presente no nexo de imputação

---

[189] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.
[190] "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."
[191] GODOY, op. cit., p. 106.
[192] Ibid., p. 108.
[193] Ibid., p. 109.
[194] Ibid., p. 113.

específico da obrigação de indenizar e identificada por meio da "constatação estatística (verdadeiramente um estudo de sinistralidade), [da] ciência e [dos] meios técnicos de demonstração que ela propicia"[195], além "[do] que ordinariamente ocorre". Veja-se a conclusão do autor:

> Em suma, então, entende-se dispor o CC brasileiro sobre a responsabilidade objetiva pelo desempenho de uma atividade que, por sua natureza, ou pela natureza dos meios utilizados, induz risco especial aos direitos de outrem, avaliado em função da estatística, da ciência ou da experiência comum.[196]

Por fim, o autor ressalta que o dispositivo deve ser aplicado a situações em que a atividade em si não produziu um risco especial, mas ela é "correlata, coligada ou complementar daquela que o implica, que enseja aquele risco diferenciado"[197] e também quando o risco derivar da própria atividade a ser desenvolvida ou dos meios utilizados para desenvolvê-la, como por exemplo, no transporte de combustíveis[198].

Tal interpretação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil foi, inclusive, confirmada na I Jornada de Direito Civil que em 2002 aprovou o Enunciado 38[199], que estabelece que é necessário que a atividade normalmente desenvolvida cause um ônus acima do normal para que seja configurada a responsabilidade fundada no risco. Referido entendimento, ainda um pouco genérico, foi corroborado e endereçado com mais clareza durante a V Jornada de Direito Civil (2012) que aprovou o Enunciado 448:

> A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

Além disso, conforme apontado pelo próprio autor, essa é a interpretação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.067.738/GO quando analisava se o artigo 927, parágrafo único se aplicava ao caso que estava sendo julgado que tratava da responsabilidade objetiva do empregador pelo acidente de trabalho. A Ministra Nancy

---

[195] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal.* Revista Jurídica Luso Brasileira, v. 01, p. 38, 2015

[196] Ibid., p. 39.

[197] Id. *Responsabilidade pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.

[198] Id. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal*. Revista Jurídica Luso Brasileira, v. 01, p. 33-34, 2015.

[199] Enunciado 38: "A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade."

Andrighi adotou o entendimento de que para se aplicar o referido dispositivo não basta o risco habitual, mas exige-se um risco excepcional:

> A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo, como é o caso da fabricação e transporte de explosivos.[200]

Por meio dessa interpretação, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil para reconhecer, por exemplo, a responsabilidade do empregador pelos danos sofridos pelos trabalhadores dentro do ambiente de trabalho. No primeiro exemplo, em que a presença do risco especial é clara, o Ministro Raul Araújo reconheceu a responsabilidade da Companhia Nacional Siderúrgica pela morte de seu funcionário que foi vítima de explosão de alto-forno da empresa[201]. A teoria do risco da atividade foi aplicada em razão do risco exacerbado que a empresa tinha exposto o trabalhador, risco acima da média e a que demais obreiros são normalmente expostos no exercício de sua atividade.

O Tribunal Superior do Trabalho também tem reconhecido em diversas outras atividades, com base no mesmo dispositivo do Código Civil, a responsabilidade do empregador pelos riscos excepcionais a que expõe seus empregados. Pode ser citado como exemplo a responsabilidade das empresas de ônibus pelos danos decorrentes dos riscos que motoristas e cobradores de ônibus são expostos diariamente ao desempenhar sua atividade, como a maior propensão a serem vítimas de assaltos. Nesse sentido, cabe à empresa de ônibus tomar medidas para assegurar um ambiente de trabalho seguro, devendo ser responsabilizada caso o dano decorra do risco especial criado:

> Desse modo, a atividade de cobrador de ônibus exercida pelo ex-empregado configura-se como atividade de risco, tendo em vista que a frequência do exercício de tal atividade expõe o trabalhador a maior probabilidade de sinistro, como ocorreu no presente caso, no qual resultou em prejuízos ao reclamante.[202]

---

[200] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.067.738-GO. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 26 de maio de 2009. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

[201] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl. no Agravo de Instrumento 1.269.030-RJ. Decisão Monocrática. Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 17 de março de 2016. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

[202] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 210400-90.2005.5.04.0030. Ministro Renato de Lacerda Paiva. Brasília, DF, 18 de junho de 2014. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

É importante ressaltar que na responsabilidade pelo risco, não é preciso realizar a análise da previsibilidade do dano, mas sim é importante fazer a distinção entre o fortuito interno e externo. O primeiro está incluído no risco assumido pelo empreendedor, que deve responder ainda que o fato seja imprevisível e inevitável desde que ele seja relacionado à atividade da empresa. Enquanto que no segundo, o fato possui as mesmas características, mas não possui relação com a atividade exercida pelo fornecedor, assim não está dentro do risco normal assumido. Sérgio Cavalieri Filho ensina que, como se trata de fato estranho à sua atividade e, portanto, inafastável, apenas o fortuito externo constituiria a verdadeira causa de exclusão da responsabilidade[203].

Apesar de não se aplicar o Código Civil e sim o Código de Defesa do Consumidor ao caso em que foi analisada a eventual responsabilidade do shopping por indenizar as vítimas de um tiroteio ocorrido em uma de suas salas de cinema[204], entendemos que podemos traçar um paralelo entre esse precedente e o presente assunto. Nesse caso, analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, reconheceu-se que o ocorrido não estava dentro do risco normal do negócio. De forma que, "não est[avam] entre os deveres e cuidados ordinariamente exigidos de um cinema ou de um shopping center o de prever ou evitar ação criminosa como a que ora deu ensejo à presente ação indenizatória."[205]

Se chegaria à mesma conclusão caso se considerasse aplicável o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil ao caso: o shopping não seria responsabilizado pelo dano causado pelo atirador, pois o ocorrido não encontra relação direta com a atividade exercida e com os deveres de cuidado que se esperava que o shopping adotasse, se tratando de fato estranho a sua atividade. Não se poderia alegar que incumbia ao shopping o dever de revistar todos aqueles que frequentam suas dependências ou instalar detectores de metal em sua entrada. A conclusão poderia ser diversa caso tal evento já houvesse ocorrido com certa frequência, de forma que ele passaria a compor o fortuito interno da atividade e faria surgir para o shopping a obrigação de adotar medidas que evitassem o evento.

Em outro precedente do Superior Tribunal de Justiça[206], houve maior discussão entre os ministros se o ocorrido poderia ser incluído no fortuito interno da atividade ou

---

[203] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 502-503.

[204] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.384.630-SP. 3ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2014. p. 21. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

[205] Ibid., p. 21.

[206] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 185.659-SP. 3ª Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 26 de junho de 2000. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

não. Trata-se de situação em que um grupo armado desferiu diversos tiros em direção ao carro-forte que realizava transporte de valores. O motorista abandonou o veículo após os tiros romperem o para-brisa e o carro desgovernado matou um transeunte. Em razão do ocorrido, a família da vítima exigia indenização da empresa encarregada pelo transporte de valores.

De um lado, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito entendeu que a violência do ataque excluiria a responsabilidade da empresa, uma vez que configurava hipótese de força maior. No entanto, a maioria dos ministros entenderam que, diante da periculosidade da atividade, explorada com objetivo de lucro, e de ser possível se esperar tentativas de assalto, houve omissão voluntária da empresa de transporte que deveria ter adotado medidas mais eficazes para evitar o ocorrido. Dessa forma, a tentativa de assalto estava dentro do fortuito interno da atividade desempenhada pela transportadora de valores. Como a atividade desenvolvida pela empresa criava risco para terceiros e cabia a ela ter adotado medidas suficientes para evitar o dano, a empresa foi condenada a indenizar a família da vítima atingida pelo carro desgovernado. Nesse sentido, veja-se trecho do voto do Ministro Eduardo Ribeiro:

> A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. Não se trata aqui de uma mercadoria qualquer, mas de bens valiosos que atraem a cobiça de possíveis assaltantes. Os danos econômicos hão de ser suportados por que retira proveito do empreendimento e não pelo terceiro inocente, inteiramente estranho aos fatos.[207]

Por fim, o mesmo tribunal também reconheceu, no Recurso Especial no 1.615.971-DF, que em razão do alto risco da atividade de transporte e comércio de combustível, cabia aos agentes terem agido com mais cautela e rapidez para evitar e minimizar o dano. O Superior Tribunal de Justiça atribuiu ao posto de gasolina e à Petrobrás a responsabilidade por danos materiais e ambientais causados em decorrência de vazamento de combustível[208]. A responsabilidade extracontratual do agentes estava fundamentada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, dada a clara periculosidade da atividade normalmente exercida por ambas as empresas.

Os ministros entenderam que as duas responsáveis se omitiram ao seu respectivo dever geral de cuidado inerente à cada atividade desenvolvida: de um lado, o posto de

[207] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 185.659-SP. 3ª Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 26 de junho de 2000. p.13. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.
[208] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.615.971-DF. 3ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 27 de setembro de 2016. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

gasolina deixou de comunicar imediatamente à Petrobrás o vazamento do combustível; de outro lado, a Petrobrás não foi cautelosa em sua atividade de instalação e manutenção dos tanques de combustível do posto de gasolina, além de ter demorado para tomar as medidas necessárias para conter o vazamento após ter tido conhecimento do fato. Assim, as omissões dos dois responsáveis "foram determinantes para que o vazamento de gasolina gerasse os danos materiais e ambientais verificados e, inclusive, chegasse a ter grandes proporções"[209].

Ainda que a maioria dos exemplos que se pode encontrar na jurisprudência se refiram à atividades que são intrinsicamente perigosas, vimos acima que a aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 não se restringe apenas a tais atividades, mas a qualquer atividade que cria um risco especial. Dessa forma, aqueles que normalmente desenvolvam atividade que gere risco especial aos demais têm o dever de tomar todas as precauções possíveis para que garantir que o risco não se concretize no dano a terceiro.

Conforme estudamos anteriormente, para que a omissão gere responsabilidade do agente, este deve ter o dever de agir. É justamente o risco excepcional criado que gera e intensifica o dever para aquele que desenvolve a atividade de exercê-la com a maior cautela possível (a atividade cria um dever específico de agir com relação ao risco criado – por exemplo, o construtor de um prédio tem o dever de isolar a área próxima à construção para que nenhum transeunte seja atingido pela eventual queda de material), devendo ser objetivamente responsabilizado quando negligencia as medidas de cautela que deveria observar.

[209] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.615.971-DF. 3ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 27 de setembro de 2016. p. 16. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

II. ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

Ao longo do presente capítulo, pretendemos trazer um panorama sobre os aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado, com o objetivo de identificar os fundamentos necessários para o estudo do principal capítulo da dissertação, que trata da responsabilidade civil do Estado por omissão.

5. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL

No Brasil nunca se chegou a aplicar a teoria da irresponsabilidade do Estado, sendo que antes mesmo do Código Civil e da Constituição Federal, outros atos normativos já previam a responsabilidade do Estado[210]. Podem ser citados como exemplo, o Decreto nº 1.930, de 26 de abril de 1857, que prevê indenização pelos danos causados por estradas de ferro[211] e o Decreto nº 1.663, de 30 de janeiro de 1894, que estabelece o dever de indenizar os danos causados pela colocação de linhas telegráficas[212].

A Constituição de 1824, no inciso XXIX, do artigo 179 estabelecia somente a responsabilidade dos empregados públicos, e não do Estado, pelos danos que eles causassem ("Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos"). No entanto, apesar de a redação do artigo prever apenas a responsabilidade do empregado público, já se admitia a responsabilidade solidária do Estado.

> A Constituição imperial, de 1824, outorgada pelo Imperador Pedro I, cuida apenas, no seu art. 179, inciso 29, da responsabilidade pessoal dos agentes públicos. [...]

---

[210] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1033.

[211] Decreto nº 1.930, de 26 de abril de 1957: "Art. 142. A administração individual ou collectiva de huma estrada de ferro he civilmente responsavel pelos damnos que causarem os seus empregados no exercicio de suas funções".

[212] Decreto nº 1.663, de 30 de janeiro de 1894: "Art. 552. A Repartição Geral dos Telegraphos terá especial cuidado na collocação das linhas, afim de que não prejudiquem a propriedade particular, e deverá reparar ou indemnisar os damnos causados, de qualquer natureza que sejam. Aquelle que se julgar prejudicado pelo estabelecimento de qualquer linha, cabe recurso immediato ao Governo.
Paragrapho unico. Nenhum proprietario poderá oppor-se á passagem das linhas, ou collocação de pontos de apoio, pelos terrenos ou sobre os telhados de suas propriedades"

> Textos legislativos vários e a jurisprudência dominante nos tribunais vão, entretanto, abrindo espaço à responsabilidade extracontratual do Estado, então caracterizada verdadeiramente como responsabilidade civil, porquanto por inteiro modelada sobre o perfil desenhado do direito privado.[213]

Apesar do entendimento predominante nos tribunais, a Lei Magna de 1891 continuou a reconhecer apenas a responsabilidade dos empregados públicos ao acolher redação semelhante à estabelecida na Constituição de 1824. O primeiro texto legal a reconhecer a ampla responsabilidade extracontratual do Estado foi o Código Civil de 1916[214], que previa em seu artigo 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.

Almiro do Couto e Silva esclarece que a diferença entre responsabilidade do Estado e a responsabilidade dos empregados particulares, prevista no artigo 1521 e 1523 do Código Civil de 1916[215], reside na presunção de culpa. Enquanto na responsabilidade do Estado, presumia-se a culpa do Estado, na responsabilidade dos prepostos deveria ser provado que eles concorreram para a produção do dano[216].

Em sentido contrário à evolução da responsabilidade civil, foi editado o Decreto nº 24.216, de 09.05.1934, que estabelecia que "A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos dos seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de seus serviços, salvo se neles forem mantidos após a sua verificação". O decreto, duramente criticado pelos doutrinadores à época[217], teve curta vigência, pois foi revogado no mês seguinte pela Carta Magna de 1934.

---

[213] COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 202. p. 20. out/dez. 1995.
[214] Ibid. p. 21.
[215] "Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:
III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício.do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522).
(...)
Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte".
[216] COUTO E SILVA, op. cit., p. 21.
[217] Nesse sentido, veja-se a lição de Ruy Cirne Lima: "Aberrante a tais princípios [referentes à responsabilização da Administração] era a disposição do artigo 1 do Decreto nº 24.216. de 9 de maio de 1934, assim redigido: (...).
Basta assinalar que tal disposição supõe dever de adstringir-se a vigilância da administração, no que concerne ao regular funcionamento dos serviços públicos, à só obrigação de destituir o funcionário culpado, depois de cometido o crime.

A Constituição de 1934, assim como a de 1937, ainda admitindo a responsabilidade subjetiva do Estado, expressamente estabeleceu a responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário: "Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos".

A responsabilidade subjetiva do Estado era baseada na teoria da culpa administrativa. No entanto, como lembra Yussef Said Cahali, tal teoria tinha como fundamento a despersonalização da culpa, de modo que não se exigia a identificação da culpa individual dos funcionários, mas somente a falta anônima do serviço.

> A teoria da culpa administrativa e a pretensa teoria conciliatória do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público[218] guardam resquícios da teoria civilista da responsabilidade do Estado – o que as caracteriza é a transposição da noção de culpa para o terreno publicístico, identificando na falta anônima do serviço a causa do dano reparável.
> O que caracteriza a teoria publicística é a despersonalização da culpa, transformando-a, pelo anonimato do agente, em falha da máquina administrativa. [...] a inovação da teoria publicística está em que, à diferença da responsabilidade solidária do patrão, amo ou comitente, a responsabilidade do serviço público se constitui numa responsabilidade primária, vinculando o patrimônio da Administração, imediata e diretamente à reparação do dano;[219]

José de Aguiar Dias identifica como falta do serviço, o mau funcionamento do serviço (que correspondem aos "atos positivos culposos da administração"[220]), o não funcionamento do serviço (que são os "fatos consequentes à inação administrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua uma ilegalidade"[221]), e o funcionamento tardio do serviço (que se trata das "consequências da lentidão administrativa"[222]). Além disso, esclarece que não é todo funcionamento defeituoso que

---

O Decreto nº 24.216, de 09 de maio de 1934, foi felizmente revogado pelo artigo 171 da Constituição Federal de 1934, ao qual corresponde, como é sabido o artigo 194 da Constituição vigente [Carta de 1946]". CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1964. p. 202.

[218] De acordo com Pedro Lessa, a teoria do acidente administrativo tenta conciliar a teoria da culpa administrativa com a teoria do risco integral, adotando como fundamento o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Por meio de tal teoria, o Estado tem o dever de indenizar o dano causado por ato culposo de seus órgãos ou prepostos e também nos casos em que o dano decorreu de um "*facto material, do funccionamento passivo do poder público, sem nenhuma culpa pessoal, basta um accidente administrativo, uma irregularidade de qualquer proveniencia, um insignificante e involuntario desvio do bom funccionamento do serviço público,* para justificar a indemnisação do damno causado aos particulares" (LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. São Paulo: Francisco Alves, 1915. p. 166.)

[219] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 34.

[220] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 666.

[221] Ibid., p. 666.

[222] Ibid., p. 666.

gera a obrigação de indenizar, mas deve existir "certo grau de imperfeição ou viciosidade"[223].

Com relação à responsabilidade pela falta do serviço ou culpa do serviço, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que alguns doutrinadores (sem citar quais) entendem que se trata de modalidade de responsabilidade objetiva e esclarece que o motivo de tal equívoco pode ser em razão de (a) ao ser analisada a teoria da responsabilidade pela *faute du service* elaborada pelos franceses, ter ocorrido erro de tradução da palavra *faute,* que em francês significa *culpa*, mas que foi traduzido como *falta*; (b) ser admitida a presunção de culpa do Estado, para que não recaísse grande ônus à vítima que teria dificuldades em provar o não funcionamento, funcionamento defeituoso ou tardio do serviço; e (c) se defender que a falta do serviço é um "fato objetivo, por corresponder a um comportamento *objetivamente inferior aos padrões normais* devidos pelo serviço"[224]. Com relação ao último ponto, o autor ressalta que apesar de a conduta ser tomada como um dado objetivo pelo Direito, isso não faz com que a responsabilidade também seja objetiva.

A partir da Constituição de 1946 passou a haver divergência entre os doutrinadores a respeito da teoria adotada para a responsabilidade do Estado, pois enquanto uns afirmavam que a redação do artigo 194 adotou a responsabilidade objetiva do Estado[225], outros afirmavam que a responsabilidade permanecia subjetiva[226].

---

[223] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 666.

[224] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1012.

[225] Nesse sentido: (a) "Com a Constituição de 1946, que dispôs sobre a responsabilidade extracontratual do Estado no art. 194 e seu parágrafo único, chamando-a de responsabilidade civil, a culpa é eliminada como element de conceito, sendo apenas referida como indispensável para legitimar ação regressive contra os agentes públicos. A doutrina e a jurisprudência consideram que a responsabilidade objetiva do Estado surge como padrão no direito brasileiro com esse preceito" (COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 202. p. 22. out/dez. 1995); (b) " Com efeito, a doutrina objetiva, já defendida, de maneira a suprimir qualquer objeção, pelo eminente Amaro Cavalcanti, tem ganho terreno entre nós, a ponto de estar consagrada no art. 194, parágrafo único, da Constituição Federal. (...) Não fôra assim e ficaria sem explicação a cláusula '...quando tiver havido culpa dêstes', a mostrar, com deslumbrante clareza, que pode haver responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público independentemente de culpa dos seus agentes" (AGUIAR DIAS, José de. Culpa e Risco Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 15. p. 67. jan/mar. 1949).

[226] Nesse sentido: "Não houve, a nosso ver, o propósito do legislador constituinte de modificar o sistema até então vigorante em nosso direito, da responsabilidade civil fundada na teoria subjetiva ou da culpa (...). Enquanto não fôr revogado ou modificado pelo legislador ordinário o art. 15 do Código Civil, que continua em pleno vigor, não é possível adotar-se, como regra geral, a teoria do risco, não obstante a defendam juristas da categoria de Amaro Cavalcânti, Pedro Lessa, Orosimbo Nonato, Filadelfo de Azevedo e Aguiar Dias" (PAIVA, Alfredo de Almeida. Responsabilidade civil do Estado – Inteligência do art. 194 da Constituição de 1946 – A teoria do risco e o nosso sistema de direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 33. p. 91. jul/set. 1953).

O artigo 194 da Constituição de 1946 passou a adotar a seguinte redação "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros", sendo que o parágrafo único do mesmo artigo ainda previa ação regressiva do Estado em face dos funcionários que tiverem culposamente causado o dano.

Ao analisar a aplicação do mencionado artigo, Caio Tácito afirma que prevalecia na jurisprudência o entendimento no sentido de subjetividade da responsabilidade.

> A jurisprudência posterior, mesmo com a superveniência do artigo 194 da Constituição de 1946, não desmerece a tendência dominante no sentido da responsabilidade subjetiva do poder público.[...]
> É expressiva a constância com que o Poder Judiciário condiciona a reparação de danos resultantes de movimentos militares ou multitudinários ao elemento subjetivo da negligência, omissão ou pouca diligência das autoridades públicas na garantia do patrimônio privado.[227]

Houve nova evolução do sistema de responsabilidade civil brasileiro com a Constituição Federal de 1988 ao estender a responsabilidade objetiva para os danos causados pelos particulares que prestam serviços públicos, passando a abranger uma ampla gama de prestadores de serviços no mercado de consumo[228].

> Art. 37. [...]
> § 6º - As **pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos** responderão pelos **danos que seus agentes**, nessa qualidade, **causarem** a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. *(grifou-se)*

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 fez três alterações ao dispositivo da Emenda Constitucional nº 1/1969 que tratava sobre a mesma matéria: *(i)* inseriu as pessoas jurídicas de direito privado; *(ii)* utilizou a palavra "serviço público"; e *(iii)* substituiu a palavra "funcionário" por "agente".

Com a primeira alteração, o legislador teve a intenção de igualar a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público com a das pessoas jurídicas de direito público. Para que estejam sujeitas a esse tratamento, elas têm que "prestar os serviços de forma delegada pelo Poder Público, sendo necessário que haja um vínculo jurídico de direito público entre o Estado e seu delegatário" [229]. Com a segunda mudança, quis abranger a responsabilidade do Estado às atividades jurisdicionais e

---

[227] TÁCITO, Caio. Tendências atuais sôbre a responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro. n. 55. p. 270. jan/mar. 1959. p. 270.
[228] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. n.. 48. p. 69. out. 2003.
[229] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 528.

legislativas, sem restringi-la apenas à administrativa. Por fim, com a substituição pela palavra "agente", teve o objetivo de esclarecer que todo servidor estatal, contratado a caráter permanente ou provisório, quando age nessa qualidade, dá ensejo à responsabilidade civil da Administração Pública[230].

Com relação à previsão da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público no Código Civil, a redação do artigo 15 do Código Civil de 1916 já havia sido parcialmente revogada pela Carta de 1946, uma vez que o primeiro aplicava a responsabilidade subjetiva do Estado enquanto a segunda acolheu a teoria da responsabilidade objetiva[231]. No entanto, a redação do artigo do Código Civil somente foi alterada com o advento do Código Civil de 2002 de modo a se adequar com a redação do artigo constitucional:

> 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.

Como o artigo 43 do Código Civil atual passou a adotar redação em consonância com a diretriz constitucional, as mesmas observações feitas ao artigo da Constituição Federal podem ser aplicadas ao artigo do Código Civil. Com a ressalva de que o Código Civil não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público, como o faz a Constituição Federal, o que corresponde a um atraso do texto civil, mas que, na prática, não apresenta consequências, uma vez que a Lei Maior faz expressa menção a esses agentes.

Primeiramente, ressaltamos que o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal não deixa dúvidas a respeito da natureza objetiva da responsabilidade civil da Administração Pública pelos danos causados por condutas positivas de seus agentes, devendo o Estado indenizar a vítima, independentemente de existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano. O texto constitucional é claro ao exigir a análise de

---

[230] FAGUNDES, Miguel Seabra. O direito administrativo na futura constituição. *Revista de Direito Administrativo* nº 168. Abr./jun. 1987. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. p. 5.

[231] De acordo com Hely Lopes Meirelles, o artigo 15 foi parcialmente revogado pela Constituição Federal de 1946: "permaneceu entre nós a doutrina subjetiva até o advento da Constituição/46, que, com o disposto no art. 194, acolheu a teoria objetiva do risco administrativo, revogando em parte o art. 15 do antigo CC." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38 ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 716-717. No entanto, Nelson Nery Junior entende que o artigo não foi recepcionado pela Constituição de 1946: "Como o art. 15, do CC/1916, que previa responsabilidade subjetiva do poder público, era incompatível com o novo sistema de responsabilidade objetiva, a norma do Código Civil não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1946. Deixou de ter eficácia". NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da administração pública. NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VI. p. 27-28.

culpa e dolo apenas para assegurar o direito de regresso do Estado contra o funcionário, não tendo sido feita essa mesma exigência para a responsabilidade das pessoas jurídicas.

Desse modo, com relação à responsabilidade da Administração Pública por danos causados por atos comissivos, doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de entender que o Estado é objetivamente responsável pela reparação dos danos causados desde que[232]: (a) o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, independente do título sob o qual ele presta o serviço; (b) a pessoa jurídica de direito privado esteja prestando serviço público, não exercendo atividade de natureza privada; (c) o dano causado a terceiro tenha decorrido da prestação do serviço público; e (d) o agente, quando causar o dano, esteja agindo no exercício de suas funções.

No entanto, como se verá a seguir, o mesmo não pode ser dito com relação aos danos causados por atos omissivos.

6. ELEMENTOS QUE COMPÕEM A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

No presente item, analisaremos apenas a conduta lesiva e o nexo de causalidade sob a perspectiva da responsabilidade do Estado e deixaremos de analisar o elemento do dano por entendermos que ele foge do escopo da presente dissertação de mestrado.

6.1. CONDUTA LESIVA

No que diz respeito à conduta que pode ensejar a responsabilidade do Estado, ela pode ser tanto lícita quanto ilícita.

Com relação à conduta lícita, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que deve ser conferido tratamento distinto para duas situações em que o ato do Estado causou danos ao particular. [233]

---

[232] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.649-650.
[233] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1003-1004.

A primeira situação seria aquela em que o próprio ordenamento jurídico prevê o poder do Estado em violar direito alheio, mas estabelece uma contrapartida patrimonial àquele que teve o direito lesado. Como exemplo, o autor cita a lei que autoriza a desapropriação ou destruição preventiva de certos bens.

A segunda situação seria aquela em que no exercício do seu poder, o Estado, indiretamente, viola direito alheio. Nesse caso, o conteúdo do poder conferido não era de sacrificar direito de outrem, mas a violação do direito foi resultado da ação lícita do Estado. É citada como exemplo, a norma que confere poderes à Administração para realizar o nivelamento de ruas, sendo que o exercício dessa atividade irá gerar prejuízos aos proprietários que ficarão com as casas abaixo ou acima do nível da rua.

Enquanto na primeira situação, a norma autoriza um comportamento que é o de sacrificar um direito alheio, na segunda situação, a norma não tem o objetivo de causar sacrifício a ninguém, mas isso acaba ocorrendo como consequência da atuação estatal. Portanto, o autor conclui que não deve ser incluída no campo da responsabilidade a primeira situação "em que o Direito confere à Administração poder jurídico *diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem*"[234], ao passo que devem ser considerados no campo da responsabilidade as situações em que uma atividade lícita do Estado não tem a finalidade de violar direito alheio, mas tal lesão acaba sendo consequência direta da atuação estatal.

Outro ponto levantado pelo autor com relação à conduta lesiva, diz respeito à necessidade de verificação se a conduta do Estado prescinde de culpa ou se é necessário que ela seja culposa ou dolosa para ensejar a responsabilização do Estado. Para uma análise correta do problema, ele propõe dividir a conduta em três situações: (a) a primeira, seria a hipótese em que o dano é causado pela conduta positiva do Estado; (b) a segunda, seria o caso em que o dano deriva da omissão do Estado, seja pela falta do serviço, do não funcionamento do serviço ou do funcionamento tardio do serviço. O autor exclui o mau funcionamento do serviço, pois, nesse caso, seria a conduta positiva e não omissiva do Estado que gerou o dano; e (c) a última situação seria aquela em que a atividade do Estado criou a situação que propiciou o dano[235].

Com relação aos danos causados por atos positivos do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que não há necessidade de se investigar se a conduta foi

---

[234] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1004.
[235] Ibid., p. 1018.

culposa ou dolosa, seja no caso de ato ilícito ou lícito. Isso porque, uma vez que o Estado detém o monopólio da força, o administrado fica sujeito a tal poder. Dessa forma, afirma que verificar se "o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. *Relevante é a perda da situação juridicamente protegida*. Este só fato já é bastante para postular a reparação patrimonial"[236].

As outras duas situações listadas pelo professor vão ser analisadas no item que trata sobre a caracterização da conduta omissiva estatal. Por enquanto cabe apenas ressaltar que o fundamento para a responsabilidade do Estado é diverso para os atos ilícitos e lícitos. Para os atos ilícitos, comissivos ou omissivos, o dever de indenizar adviria do princípio da legalidade, sendo que para os atos ilícitos comissivos, o princípio da igualdade também seria o fundamento de tal dever [237].

Com relação aos atos lícitos e aos casos em que o Estado criou a situação propiciadora do dano, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que é o "Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão definitivamente a emergência do dano"[238]. Ainda que não tenha sido causado diretamente pelo Estado, o dano somente foi concretizado em razão da situação de risco criada pelo Estado.

6.2. NEXO DE CAUSALIDADE E CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Com a evolução da responsabilidade do Estado, a teoria do risco substituiu a ideia da culpa da Administração (teoria da culpa administrativa) pela existência do nexo de causalidade entre o serviço público e o dano causado ao administrado[239].

Hely Lopes Meirelles resume a diferença entre as duas teorias, afirmando que, enquanto *"[n]a teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração"*[240].

Ao se adotar a teoria do risco, a responsabilidade do Estado não depende do dolo ou culpa do agente ou se questiona o mau funcionamento do serviço público. Basta a

[236] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1020.
[237] Ibid., p. 1015.
[238] Ibid., p. 1026.
[239] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 646.
[240] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 714.

comprovação do nexo de causalidade entre a ação do Estado e o dano sofrido pela vítima para surgir o dever de indenização do Estado.[241]

O fundamento da teoria do risco administrativo, segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, é que como o risco decorre da atividade prestada pelo ente público e desempenhada tendo em vista o interesse público, o risco e o dano causado pela atividade devem ser compartilhados por aqueles que se beneficiam, a coletividade[242].

Hely Lopes Meirelles afirma que, apesar de a teoria do risco administrativo ter eliminado a investigação da culpa do Estado, isso não significa que tal responsabilidade seja absoluta, uma vez que a teoria do risco administrativo admite a atenuação da responsabilidade do Estado ou até mesmo a sua exclusão, se restar comprovada uma das causas excludentes de responsabilidade.

> O *risco administrativo* não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização[243].

Segundo o autor, tal teoria se opões à do risco integral que estabelece a obrigação de o Estado indenizar qualquer dano causado a terceiros, mesmo diante das causas excludentes de responsabilidade. Por esse motivo, o autor defende que a teoria jamais foi acolhida pelo Direito Brasileiro:

> A *teoria do risco integral* é modalidade extremada da doutrina do *risco administrativo*, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. [244]

A maioria dos doutrinadores, como José de Aguiar Dias, cujo entendimento transcrevemos abaixo, entendem que a responsabilidade objetiva do poder público e das empresas que prestam serviços públicos está baseada na teoria do risco administrativo:

> Dessa análise sumária de nossa jurisprudência, limitada aos casos típicos, a conclusão que tiramos é a de reafirmar nosso apoio à doutrina do risco administrativo, (...).
> (...)

---

[241] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 366-367.
[242] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83-84.
[243] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 715.
[244] Ibid., p. 715.

> A Constituição de 1988, em seu art. 37, §6º, sufragou o princípio do risco administrativo como regedor da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno, como já constava das Constituições anteriores, a partir da de 1946 e o estendeu às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.[245]

No entanto, há ainda uma minoria que defende que a responsabilidade objetiva do Estado está fundada na teoria do risco integral. Mas a teoria que defendem é diversa da teoria explicada por Hely Lopes Meirelles. Fernando Dias Menezes de Almeida afirma que a teoria o risco integral nos moldes defendidos por Hely Lopes Meirelles nunca foi adotado no Brasil ou sequer foi defendido por qualquer doutrinador:

> Aliás, nenhuma teoria é compatível com o regime constitucional brasileiro de responsabilidade civil do Estado se *impedir* que, na apreciação concreta de um litígio, incidam fatores dito "excludentes" da responsabilidade, quando esses fatores, de rigor, significam o nexo de causalidade verdadeiro aponta para uma causa que não tem relação nenhuma com o Estado.[246]

José Cretella Júnior está entre os autores que defendem a teoria do risco integral e seu entendimento da teoria diverge da definição exposta por Hely Lopes Meirelles, pois José Cretella Júnior, ao mesmo tempo em que defende a aplicação da teoria do risco integral para a responsabilidade do Estado, admite as causas excludentes de responsabilidade para afastar a obrigação de indenizar do Estado.

> Excetuando-se os casos típicos de exclusão do Estado diante de certas e determinadas causas – causas que desvinculam o poder público de quaisquer obrigações indenizatórias, como, por exemplo, a força maior, o caso fortuito, a culpa da vítima, a culpa de terceiros, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal –, a *responsabilidade civil do Estado*, em face do nosso direito positivo e da inclinação de eminentes julgadores de nossos tribunais (*RF*, 220:18, citando a *RT*, 147; 330; 223; 335) é fundamentada na *teoria do risco administrativo integral.*[247]

Grande defensor da teoria do risco integral, Pedro Lessa, também defende a aplicação da teoria nos casos em que dano for consequência do funcionamento do serviço estatal:

> Dessas tres doutrinas [do risco integral, da culpa administrativa e do acidente administrativo] a que se formou de acordo com a logica jurídica, é a primeira [teoria do risco integral]. Nem se objecte que, adoptado esse systema, desaparece em grande parte o estimulo dos funccionários publicos no desempenho das suas obrigações: tudo se concilia, pagando o Estado a indemnização do damno, e

[245] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 698 e p. 701-702

[246] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 388.

[247] CRETELLA JÚNIOR, José. *O estado e a obrigação de indenizar.* Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 309.

> punindo os agentes que tiverem procedido culposamente, e condemnando-os por seu turno á reparação devida ao mesmo Estado. [248]

De acordo com Mário Masagão, a teoria do risco integral tem como fundamento o princípio da igualdade do ônus e encargos sociais, enfatizando que tal teoria prescinde da análise de culpa, mas requer a verificação da relação causal entre o serviço público e o dano sofrido pela vítima:

> Como se vê, é indiferente, para esta teoria [do risco integral], que tenha ou não havido culpa, ou irregularidade no funcionamento do serviço. Importa somente verificar se há nexo causal entre tal funcionamento e o dano suportado pelo cidadão. Compor esse dano é risco inerente à execução do serviço. Se este aproveita a todos, todos devem participar daquela composição. E até o indivíduo que percebe a indenização contribui para ela, porque paga tributos aos cofres do Estado.[249]

Conforme se pode notar, a teoria do risco integral, que Hely Lopes Meirelles se mostra totalmente contrário, não é aquela defendida pelos autores mencionados acima, que defendem o dever de indenizar somente quando dano que tenha sido causado pelo serviço público e não em qualquer hipótese. Por esse motivo, Weida Zancaner Brunini e Maria Sylvia Di Pietro esclarecem que não há uma diferenciação entre as modalidades da teoria do risco defendidas pelos autores, mas, que, na verdade, apenas se trata de uma diferenciação de nomenclatura[250].

No mesmo sentido, Yussef Said Cahali também entende ser artificial a distinção feita entre as teorias e critica a classificação feita por Hely Lopes Meirelles como "artificiosa e carente de fundamentação científica"[251]. O autor afirma que a análise do problema deve ser feita por meio da relação de causalidade entre o ato e o dano, de forma que se outras causas concorreram ou causaram o dano, deve-se admitir a atenuação ou exclusão da responsabilidade do Estado.

> É que, deslocada a questão para o plano da *causalidade*, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco-proveito -, aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, *tiverem prevalecido na causação do dano*, provocando o rompimento do nexo de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do *dano injusto*.

---

[248] LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. São Paulo: Francisco Alves, 1915. p. 165-167.
[248] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 34.
[249] MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 300.
[250] BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 59; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 647.
[251] CAHALI, op. cit., p. 40.

> (...)
> Essa forma de "mitigação" da responsabilidade objetiva do Estado, *deslocada para o âmbito de causalidade*, se nos afigura suficiente e mais técnica, sem que seja necessário recorrer ao artificialismo da distinção entre risco integral e risco administrativo, não claramente estabelecida em termos conceituais, e permite até mesmo no âmbito do pretendido "risco integral" o exame das causas excludentes ou concorrentes na verificação do dano.[252]

Ao analisar a teoria do risco, Cláudio Luiz Bueno de Godoy ensina que ela pode ser classificada em risco integral e risco mitigado. A primeira teoria se baseia na causalidade pura, "ou seja, a causalidade substitui a culpa sem nenhum elemento qualificador que a ela se agregue"[253]. Para surgir o dever de indenizar basta que a conduta humana seja a causa material do dano, não sendo necessário investigar a vontade ou consciência do agente[254]. Enquanto na segunda teoria, do risco mitigado, não há uma causalidade pura, mas à causalidade "se agrega uma característica especial um dado qualitativo"[255]. É o caso da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, de forma que para que o fornecedor seja responsabilizado, além do nexo causal entre o dano e o fornecimento, é preciso se comprovar o defeito do produto ou serviço[256].

Assim, o doutrinador explica que adotar a teoria do risco integral não significa que não incidam causas excludentes de responsabilidade, sendo que um dos exemplos citados de aplicação dessa teoria é o dano atômico[257] e a própria Lei nº 6.453/1977 expressamente estabelece hipóteses que excluem a responsabilidade da União[258].

Essa explicação de Claudio Luiz Bueno de Godoy nos parece ser a que explica com maior clareza a teoria do risco integral (fundada na causalidade pura e admitindo causas excludentes de responsabilidade) e que corresponde à visão que a maioria dos autores, com exceção de Hely Lopes Meirelles, que se filiam a essa corrente defendem.

---

[252]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 41.
[253] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 81.
[254] Ibid., p. 81.
[255] Ibid., p. 82.
[256] Ibid., p. 82.
[257] De acordo com o Ministro Luiz Fux, o entendimento majoritário é no sentido de que é aplicada a teoria do risco administrativo no dano atômico: "Registre-se que no caso de **danos decorrentes de acidente nuclear**, por outro lado, o entendimento majoritário da doutrina é de que a previsão do artigo 21, inciso XXIII, alínea d, da Constituição Federal5 estipula a responsabilidade civil **fundada no risco administrativo**, admitidas as causas de exclusão de responsabilidade previstas pela Lei 6.453/77 e não se tratando, portanto, de adoção da teoria do risco integral (por todos, STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição, 2015, p. 612-613)." STF. RE 841.526. p. 16.
[258] Art . 6º - Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar.
Art . 8º - O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

No entanto, a jurisprudência parece ter superado essa discussão, tendo entendimento pacificado a respeito da aplicação da teoria do risco administrativo, o qual "**faz emergir**, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o **dever** de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, **independentemente** de caracterização de culpa de agentes estatais ou de demonstração de falta de serviço público (...)", conforme ensina o Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário no 109.615-1/RJ[259].

Nesse sentido, há responsabilidade do Estado quando estão presentes os seguintes elementos:

> *(**a**) a **alteridade** do dano, (**b**) a **causalidade material** entre o **eventus damni** e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (**c**) a **oficialidade** da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta **comissiva** ou **omissiva,** independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (**RTJ** 140/636) e (**d**) a ausência de causa excludente de responsabilidade estatal (**RTJ** 55/503 – **RTJ** 71/99 – **RTJ** 91/377 – **RTJ** 99/1155 – **RTJ** 131/417).*[260]

O Ministro Celso de Mello ainda acrescenta que o princípio da responsabilidade objetiva admite o abrandamento ou até a exclusão da responsabilidade do Estado, desde que seja comprovada o caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Nos filiamos a maioria da doutrina e da jurisprudência que defendem a aplicação da teoria do risco administrativo no direito brasileiro, no entendo, independentemente da teoria do risco a ser adotada, não se pode admitir a responsabilização do Estado nos casos em que não há nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano, por este ser um requisito fundamental da responsabilidade do Estado.

Admitida a aplicação das causas excludentes de responsabilidade na responsabilidade do Estado, há situações em que o Estado não terá obrigação de indenizar a vítima, pois o dano foi causado por terceiro, pela própria vítima, por caso fortuito ou força maior.

No último caso, identificada mais de uma causa do dano, deve-se aplicar o sistema de compensação de culpas previsto no artigo 945 do Código Civil:

> 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.

---

[259] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 109.615-2/RJ. 1ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 28 de maio de 1996. p. 7-8. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.
[260] Ibid., p. 1.

Como já tratamos das hipóteses excludentes de responsabilidade no Capítulo I acima, vamos mencionar brevemente lições de alguns autores de direito administrativo sobre esse ponto.

Em primeiro lugar, cabe mencionar que Marçal Justen Filho que aponta outra causa excludente de responsabilidade: o exercício regular do direito. De acordo com o autor, se a Administração adotou todas as precauções necessárias no cumprimento do seu dever, mas mesmo assim sobreveio o dano, não caberá a responsabilidade do Estado, devendo-se presumir que a causa do dano foi ato de terceiro, caso fortuito ou força maior[261].

Com relação à força maior, Weida Zancaner Brunini, assim como José de Aguiar Dias, defende que enquanto a culpa da vítima pode constituir tanto causa excludente quanto atenuante de responsabilidade, a força maior somente pode ser excludente de responsabilidade por romper o nexo causal, excluindo a responsabilização da Administração[262].

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, diferencia a força maior do caso fortuito. Entende que somente a força maior (que qualifica como evento da natureza irresistível) é capaz de romper o nexo causal e ser causa para excluir a responsabilidade do Estado, o que não sucede com o caso fortuito, pois por ser "*um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida*"[263] não é possível excluir o nexo causal entre o ato estatal e o dano causado.

> *A fortiori* exime-se de responsabilidade quando o dano é inevitável, sendo baldos quaisquer esforços para impedi-lo. Por isso, a força maior – acontecimento natural irresistível -, de regra, é causa bastante para eximir o Estado de responder. Pensamos que o mesmo não sucederá necessariamente ante os casos fortuitos. Se alguma falta técnica, de razão inapreensível, implica omissão de um comportamento possível, a impossibilidade de descobri-la, por seu caráter acidental, não elide o defeito do funcionamento do serviço devido pelo Estado.[264]

Em sentido contrário, Marçal Justen Filho atribui os mesmos efeitos para o caso fortuito e a força maior, considerando-os como eventos alheios à vontade ou controle do agente. Dessa forma, o Estado não será responsabilizado se mesmo tendo tomado todas as providências possíveis, não conseguiu impedir o dano. No entanto, ressalta que não haverá tal excludente "quando o dano, decorrente diretamente de caso fortuito ou força maior, é

---

[261] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1261.
[262] BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 70.
[263] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1033.
[264] Ibid., p. 1033.

propiciado pela infração ao dever de diligência incidente sobre o Estado"[265]. Isso porque, caso o dano pudesse ser evitado se o Estado houvesse cumprido seu dever, então, não estaria mais presente a característica de inevitabilidade do evento, essencial para a qualificação do caso fortuito ou força maior.

Para que possamos identificar com maior clareza se há responsabilidade da Administração ou se tal responsabilidade deve ser atenuada, em razão do fato da vítima, ou excluída, por não ter sido a causa do dano, entendemos ser importante reproduzir os enunciados gerais elaborados por Yussef Said Cahali a partir da análise da jurisprudência.

O primeiro enunciado identifica o dano considerado injusto:

> a) o dano se tem como injusto e, como tal determina a responsabilidade civil do Estado, se, embora verificado por ocasião de acontecimentos naturais, tem a sua causa exclusiva na deficiência ou falha do serviço público.[266]

Nesse ponto, o autor ressalta julgados[267] que reconhecem o dever do Estado indenizar danos causados por enchentes que decorreram de fortes chuvas, sob o argumento, por exemplo, de que o Estado deveria ter realizado obras para evitar as enchentes ou em razão da falta de manutenção ou má conservação das galerias pluviais e de bueiros. Assim, de acordo com o autor, esse primeiro enunciado permite identificar como causa do dano a culpa do agente, a culpa anônima ou a deficiência do serviço, sendo este motivo pelo qual não é necessário recorrer à responsabilidade objetiva para identificar a obrigação de indenizar.[268]

O segundo enunciado trata do dano que não é qualificado como injusto:

> b) O dano não se qualifica juridicamente como injusto, e como tal não induz responsabilidade objetiva do Estado, se encontra a sua causa exclusiva na força maior ou em fatos necessários ou inevitáveis da natureza, não resultando, assim, de qualquer atividade ou omissão do Poder Público.[269]

---

[265] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1261.

[266] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

[267] Julgados citados pelo autor: "Danos resultantes de enchentes ocasionadas por forte chuva – Deficiência na execução de obras e serviços pela Municipalidade demonstrada" (TJSP, 2a. Câmara, 07.11.1980, RJTJSP 69/103). "A Municipalidade responde por danos causados a residência por enchente resultante não de chuvas anormais e imprevisíveis, mas de deficiência do serviço público"(TJSP, 5a. Câmara, 14.05.1976, RT 511/116). Ibid. p. 46.

[268] CAHALI, op. cit., p. 46-47.

[269] Ibid. p. 48.

Essa segunda lição, é uma decorrência do primeiro, pois nos casos em que a força maior for identificada como causa do dano, não há nexo de causalidade entre o dano e o ato da Administração, não podendo ser esta responsabilizada[270].

Com relação às excludentes de responsabilidade, o autor ressalta que somente a força maior exclui a responsabilidade do Estado, o que não ocorre com o caso fortuito. Isso porque, defende que os dois institutos não recebem o mesmo tratamento quando se trata da responsabilidade civil do Estado. O autor se apoia nas lições de Themistocles Cavalcanti ao defender que "se a força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço"[271]. Dessa forma, o caso fortuito não excluiria a responsabilidade do Estado, pois estaria incluído no risco do serviço.

A partir dos dois enunciados acima, Yussef Said Cahali conclui que o Estado será obrigado a indenizar danos provocados por fato da natureza quando deixou de realizar obras que eram razoavelmente exigíveis e que poderiam ter evitado ou atenuado os danos sofridos pela vítima. *A contrario sensu*, se tais obras não poderiam ser razoavelmente exigidas ou se as obras que poderiam ser exigidas foram realizadas, então, não haverá responsabilização da Administração. A exigência ou não da obra da Administração é analisada sob o padrão de conduta exigível do caso concreto e que vai determinar se a omissão foi a causa eficiente ou não do dano.[272]

O terceiro enunciado extraído da jurisprudência se refere ao fato da vítima:

> c) O dano não se qualifica juridicamente como injusto e, como tal, não legitima a responsabilidade objetiva do Estado, se encontra a sua causa exclusiva no procedimento doloso ou gravemente culposo do próprio ofendido.[273]

A partir desse enunciado demonstra que a jurisprudência[274] também reconhece como excludente de responsabilidade o ato exclusivo da vítima, sendo que cabe ao Estado provar que o dano decorreu exclusivamente do dolo ou da culpa grave da própria vítima

---

[270] Julgados citados pelo autor: "Ação fundada em prejuízos ocasionados por inundação de rio – Ocorrência de força maior, a qual, conjugada a circunstâncias fáticas emergentes da prova, que afastaram a pretensão – Recurso extraordinário não conhecido" (STF, 2a. Turma, 28.11.1975, RTJ 78/243); "Ato ilícito – Danos resultantes de enchentes ocasionadas por forte chuva – Ausência de culpa da Prefeitura Municipal – Improcedência da ação" (TJSP, 2a. Câmara, 25.09.1979, RJTJSP 61/92). CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48.
[271] Ibid., p. 50.
[272] Ibid., p. 52-53.
[273] Ibid., p. 53.
[274] Julgados citados pelo autor: "A culpa grave e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpas. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular; significa que a vítima fica dispensada de provar a culpa da Administração" (TJSP, 4a. Câmara, 14.09.1978, RT 522/77) Ibid., p. 53.

para que sua responsabilidade seja excluída, ou comprovar que o ato da vítima também concorreu para o dano para ter sua responsabilidade atenuada.

O quarto enunciado procura esclarecer que até o ato lícito da Administração pode gerar o dever de indenizar os prejuízos causados:

> d) O dano injusto, que tem como causa a atividade, ainda que regular, da Administração, legitima a ação de ressarcimento contra o Estado.[275]

Dessa forma, se um dano for causado por atividade legítima do Estado, ainda assim cabe a ele indenizar a vítima. De acordo com o autor, esse enunciado decorre do artigo constitucional que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado e é resultado da aplicação teoria do risco social. Por meio da teoria do risco social, uma vez que a atividade legítima do Estado é realizada em benefício da coletividade, esta deve arcar com os danos causados e não somente a vítima. No entanto, vale ressaltar, conforme será visto a seguir, que "a compensação é limitada ao dano especial e anormal gerado pela atividade administrativa"[276].

O quinto enunciado determina a atenuação da responsabilidade diante da existência de concausas:

> e) Se o dano injusto foi provocado por uma pluralidade de causas, todas as causas devem ser consideradas na determinação proporcional da indenização.[277]

Devem ser identificadas todas as causas do dano e a influência de cada uma delas para o resultado final, de forma que a responsabilidade do Estado seja atenuada de acordo com a sua participação para o dano[278]. Caso contrário, o Estado acabaria respondendo pela consequência de outros atos que não tenham sido realizados por seus agentes.

Após traçar breve análise dos elementos que compõem a responsabilidade civil extracontratual do Estado, passamos a analisar cada item com mais profundidade sob o enfoque da responsabilidade civil por omissão do Estado.

---

[275] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 58.

[276] TÁCITO, Caio. Tendências atuais sôbre a responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 55. p. 272. jan/mar. 1959. p. 272.

[277] CAHALI, op. cit., p. 60.

[278] "Se a Municipalidade, ao executar obras de nivelamento de via pública, não obedeceu ao perfil aprovado por lei, e, por seu lado, o proprietário do terreno, nela situado, ao fazer a construção, não obedeceu ao nível da soleira determinado no alvará, a responsabilidade deles pelo desnivelamento é fixada proporcionalmente" (TJSP, 1a. Câmara, 04.09.1956, RT 259/227). "Responsabilidade civil do Estado – Danos causados a estabelecimento comercial pelo transbordamento das águas do rio Tamanduateí – Coexistência de fatores na provocação do evento: interveniência de fenômenos naturais e mau funcionamento do serviço público – Redução do *quantum* indenizatório" (TJSP, 3a. Câmara, Ap. 175.975, 27.03.1969). Ibid. p. 61.

III. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

No presente capítulo, procuramos analisar, dentre outros pontos, a questão da caracterização da omissão estatal como causa do dano e seu papel no nexo de causalidade. Também procuramos analisar as diversas teorias defendidas pelos doutrinadores a respeito da responsabilidade civil do Estado por omissão e o posicionamento da jurisprudência.

7. CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA OMISSIVA ESTATAL

Antes de analisarmos o entendimento da doutrina e jurisprudência a respeito da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas, é preciso definir quais atos omissivos do Estado são relevantes juridicamente a ponto de lhe imputar o dever de indenizar a vítima.

Conforme definimos no primeiro capítulo, a conduta omissiva não pode ser considerada como a simples abstenção, inércia do agente, mas sim como o não cumprimento de um dever jurídico. Mais uma vez, para aprofundarmos nossos estudos na conduta omissiva, agora especificamente relacionada à figura do Estado, recorremos à doutrina estrangeira.

O autor italiano Salvatore Cimini defende que a omissão culposa pode ser analisada de duas formas: em sentido amplo e geral ou em sentido estrito ou técnico. Em seu sentido amplo, é considerado omissão culposa o comportamento do agente que havia a possibilidade de agir, mas não o fez, de forma que sua conduta pode ser considerada como falta de medida de cautela apta a evitar o dano. Nesse sentido, a omissão se aproxima do conceito de negligência, imprudência ou imperícia. Porém, o autor entende que nesses casos, a falta de adoção de cautela corresponde, na verdade, à culpa comissiva, uma vez que se trata de uma atividade que pressupõe a adoção de todas as medidas necessárias para evitar o dano. Além disso, confundir omissão com negligência acabaria ampliando sobremaneira o conceito de culpa omissiva, de modo que não há como especificar quais casos poderiam gerar uma obrigação legal de agir para evitar o dano.[279]

[279] CIMINI, Salvatore. *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*. Torino: G. Giappchelli Editore, 2008. p. 151-153.

No sentido estrito, há culpa omissiva apenas nos casos em que o responsável se omitiu quando lhe era imposto um dever jurídico de agir para impedir o dano. Essa definição acaba diferenciando os casos de culpa omissiva das situações em que por negligência, prudência ou imperícia, o agente deveria adotar uma medida de cautela. Assim, somente há um ilícito omissivo quando a lei ou contrato impunham o dever de agir.[280]

Salvatore Cimini conclui que, com relação à Administração Pública, deve-se adotar somente o segundo sentido, mais estrito, ou seja, a omissão da Administração somente adquire relevância jurídica a partir do momento em que lhe era imposta uma obrigação jurídica.[281]

Por outro lado, Massimo Dogliotti e Alberto Figone defendem que no sistema italiano a responsabilidade por omissão do Estado subsiste ainda que não tenha sido violado nenhum dever específico de agir, mas pelo fato de a conduta omissiva ter violado o princípio *neminem laedere*. Cabe ao juiz verificar se a conduta estatal não violou nenhum direito subjetivo e, em caso positivo, a indenização é devida em razão da violação do referido princípio.

A título de exemplo, os autores mencionam o julgado em que o poder público foi condenado pelos danos causados por um deslizamento de terra: o juiz decidiu que, ainda que as leis sobre o loteamento de terreno não estivessem em vigor no momento em que a obra foi construída sobre o terreno, o poder público deveria ser responsabilizado. A responsabilidade se fundamenta na violação do princípio *neminem laedere*, uma vez que a análise do caso demonstrou que as condições do terreno claramente apontavam a alta propensão do terreno a deslizamentos, demonstrando, assim, o elevado grau de culpa da Administração que deveria ter fiscalizado o terreno e imposto condições que teriam que ser tomadas pelo construtor para evitar o deslizamento[282].

Segundo Agustín Gordillo, o ordenamento argentino impõe o teste oposto para verificar se há responsabilidade do funcionário público ou não. Com base no artigo 1112 do Código Civil argentino[283], o autor afirma que a omissão do funcionário público enseja

---

[280] CIMINI, Salvatore. *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*. Torino: G. Giappchelli Editore, 2008. p. 152-153.
[281] Ibid., p. 157.
[282] DOGLIOTTI, Massimo e FIGONE, Alberto. Cendon, Paulo (org). *La responsabilità civile – Responsabilità extracontrattuale*. Torino : UTET, 1998. Vol. VIII. p. 34-35.
[283] "ARTICULO 1112 .- Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título."

sua responsabilidade não por não ter cumprido uma obrigação expressamente prevista em lei (conforme se poderia concluir pela leitura do artigo 1074 do Código Civil argentino[284]), mas sim porque não houve exercício regular dos deveres impostos a alguém de seu cargo.

Dessa forma, para que ele seja responsabilizado não é necessário que exista um dispositivo legal que preveja determinado dever que foi descumprido, mas basta que o funcionário atue em desacordo com as obrigações que lhe são impostas em razão de seu cargo. A partir desse teste, verifica-se que a responsabilidade seria mais ampla, em razão de existir diversas obrigações implícitas aos funcionários públicos, mas, ao mesmo tempo, suas hipóteses de incidência seriam mais "estáveis", na medida em que a responsabilidade não estaria tão sujeita às constantes alterações de regras e regulamentos.[285]

Dentre a doutrina nacional, José Cretella Júnior[286] defende que a omissão não decorre apenas da falta de ação do agente, mas também pode ser gerada pela falha da máquina pertencente ao serviço público (por exemplo, no caso de um semáforo parar de funcionar e, por conta disso, carros colidirem na rua) ou pela falha do serviço, causado pelo não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento tardio do serviço (como a interrupção do fornecimento de energia que danifica equipamentos elétricos dos consumidores).

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a conduta omissiva do Estado deve advir da inobservância ou observância deficiente de uma obrigação que a lei lhe impunha e, além disso, tal conduta omissiva deve estar abaixo da expectativa da sociedade. Entende que a responsabilidade do Estado por omissão decorre da "falta de serviço", entendendo-se esta por o "serviço que não funcionou", o "serviço que funcionou tardiamente" ou aquele que funcionou, mas ainda assim não impediu a ocorrência do dano. E, exclui como hipótese de dano causado por omissão do Estado, o mau funcionamento do serviço, por entender que nesse caso o serviço é o causador direto do dano, portanto, se trata de um ato positivo do Estado.[287]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que, enquanto os atos comissivos estatais podem ser atos ilícitos ou ainda atos lícitos, desde que causem dano anormal e específico

---

[284] "ARTICULO 1074.- Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otrom será responsable solamente cuando una disposición de la ley la impuisiere la obligación de cumplir el hecho omitido."
[285] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fundación de Derecho Administrativo. T. 2. p. XIX-11.
[286] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 195.
[287] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1018.

ao lesado, de forma que lhe seja imposto um ônus maior do que aquele imposto à coletividade, os atos omissivos estatais somente podem ser atos ilícitos, ou seja, devem advir do descumprimento de determinada regra imposta ao Estado[288].

Para Yussef Said Cahali, a conclusão no sentido de que a omissão estatal é causa do dano irá depender da exigibilidade da conduta positiva. Nesse sentido, defende que se a prestação do serviço ou realização de obra não for razoavelmente exigida da Administração, então, sua omissão será apenas condicionante do dano e não gerará a responsabilidade do Estado. No entanto, caso tal conduta fosse exigível e, se tivesse sido realizada, iria impedir ou atenuar o dano, entende que a omissão estatal deve ser considerada causa do dano e ensejar o dever de o Estado indenizar a vítima.

Como ressalta o próprio autor, somente a partir da análise do caso concreto é possível identificar se uma conduta era exigível ou não. Mas o autor, a partir da "frequência com que a atuação estatal tem sido inquinada de omissa ou deficiente na execução ou manutenção de obras públicas ou prestação de serviços"[289], propõe a catalogação de alguns atos da Administração com o objetivo de lhe garantir a uniformidade de tratamento:

> Quanto àquelas que se inserem, geralmente, na primeira categoria (omissão ou deficiência na execução ou manutenção de obras públicas), as que dizem respeito às situações seguintes: a) acidentes de trânsito – bueiros e obras não sinalizadas nas vias públicas; pontes mal-conservadas; semáforos com defeito; animais na rodovia e via pública; queda de árvores; b) atividade de risco - guarda e fiscalização de coisas perigosas; c) assistência médico-hospitalar e internação; d) cartórios e serventuários; e) certidões e certificados expedidos; f) concessão de alvarás e licenças; g) dever de guarda e vigilância; h) estabelecimento de ensinos, recolhimento, lazer, esporte; i) estacionamentos públicos; j) conservação e fiscalização de obras públicas; k) invasão de terras públicas ou particulares; l) inundações, enchentes e desmoronamentos; m) movimentos multitudinários; n) omissão dos agentes policiais.[290]

Conforme defendemos no capítulo referente à relevância jurídica da omissão, o abuso do direito (ou as categorias do artigo do artigo 187 do Código Civil) constitui uma das fontes do dever de agir, de forma que o agente pode ser responsabilizado por sua conduta omissiva quando se verificar que ela representou exercício anormal do direito. E, assim como defende José de Aguiar Dias, entendemos que a teoria do abuso do direito (ou as categorias do artigo do artigo 187 do Código Civil) também se aplicaria ao Estado, sendo que nos casos em que o ato da Administração não tiver o objetivo de atender o

---

[288] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 642 e 655.
[289] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 222.
[290] Ibid. p. 222-223.

interesse público há o abuso do poder e, consequentemente, a obrigação do Estado indenizar pelos danos causados.

> A doutrina do abuso de direito é aplicável ao Estado. A doutrina do abuso de direito deve ter cabida em face do desvio ou excesso no chamado dever de polícia, que comporta, para a administração, a faculdade de estabelecer injunções, proibições, autorizações, recusas e exceções. A Prefeitura de uma cidade pode, por exemplo, interditar a passagem de veículos por determinada rua, proibir os barulhos urbanos depois de certa hora, ordenar o fechamento dominical do comércio, dar ou retirar permissão do estacionamento. Todas essas medidas e outras que se compreendem na tarefa de administrar – e cujo critério é o interesse público, porque, fora disso, a restrição à atividade é insustentável – podem dar lugar ao abuso de poder. Toda vez que ele se possa identificar no ato da autoridade, deve ser reconhecida a responsabilidade do Estado e, em nossa opinião, à luz do moderno critério finalista, isto é, da destinação social do direito.[291]

Portanto, para que a conduta omissiva estatal enseje a responsabilidade do Estado, deve ser analisada a exigibilidade da conduta positiva, se era imposto ao Estado um dever de agir e ele o descumpriu, e a possibilidade de o dano ter sido evitado ou atenuado se o Estado tivesse cumprido seu dever.

Essa conclusão é um tanto genérica e abstrata, porém entendemos que não é possível fornecer um enunciado que possa ser aplicado a todas as situações de omissão estatal ou ainda que elenque categoricamente quando uma omissão estatal irá criar para o Estado o dever de indenizar ou não. Isso porque ao Estado, diferentemente dos entes privados, é imposta uma série de deveres amplos e genéricos, como o dever de segurança ou de promoção dos direitos sociais, como educação, moradia e transporte, do qual decorrem uma série de outros deveres.

Assim, não é possível simplesmente transpor para a Administração Pública a conclusão civilista no sentido de que a omissão gera o dever de indenizar quando viola um dever de agir, uma vez que sempre seria possível alegar que o Estado violou algum dever previsto na Constituição Federal de 1988 ou na legislação inferior para fundamentar o pleito da vítima.

Em razão das dificuldades apontadas acima, entendemos que o mais acertado seria estudar os casos já julgados pelos nossos tribunais que envolvem a responsabilidade do Estado por omissão e, a partir da análise e comparação dos casos semelhantes, buscar identificar critérios comuns em que a omissão enseja a responsabilidade do Estado.

---

[291] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil.* 12. ed., rev. e atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 684.

8. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA OMISSIVA ESTATAL E O DANO

Yussef Said Cahali reconhece que em muitos casos o nexo de causalidade não é claro e, assim, difícil de ser identificado, o que ocorre principalmente nos casos de omissão da Administração. De acordo com o autor, para que a omissão seja reconhecida como causa do dano, deve se verificar se o ato omissivo era razoavelmente exigível.

> Mas impende reconhecer que o *nexo de causalidade*, erigido à condição de pressuposto bastante para a determinação da responsabilidade objetiva do Estado, nem sempre aparece com a necessária precisão e clareza; e isto transparece especialmente naqueles casos de atos omissivos da Administração, substancialmente identificados como falha anônima do serviço, quanto então se examina se o ato omitido seria razoavelmente exigível, para se deduzir da sua omissão ou falta a causa primária do prejuízo reclamado.[292]

Como já estudamos no capítulo anterior os ensinamentos dos mais diversos autores a respeito do papel da conduta omissiva no nexo de causalidade, então, nos propomos a analisar no presente capítulo um exemplo em que o dano decorreu de conduta omissiva estatal. Dessa forma, pretendemos verificar, aplicando a teoria do dano direto e imediato, em quais hipóteses a omissão estatal enseja a responsabilidade do Estado ou quando ela não seria considerada causa, não ensejando, assim, o dever de o Estado indenizar.

Nos propomos a analisar a seguinte situação: diversas casas se encontram próximas a um rio, que possui histórico de transbordar em época de chuvas. O Estado tinha conhecimento de que inundações constantemente atingiam o bairro e, após a realização de estudos técnicos, verificou que seria necessário realizar obras no sistema de escoamento de águas e instalar mais bocas de lobo no bairro, porém não chegou a realizar as obras necessárias. Em determinado dia, uma chuva, com precipitação dentro da média para a época, atingiu o bairro e gerou o transbordamento do rio, causando estragos em diversas casas.

No exemplo dado, o resultado era completamente previsível e poderia ter sido evitado pelo Estado, devido ao histórico de inundações do bairro e pelo fato de não ter sido necessária chuva acima da média para a ocorrência do resultado.

Fernando Pessoa Jorge ensina que, a partir do momento em que o agente podia prever que um fato poderia ocorrer e ele poderia adotar as medidas necessárias para evitá-lo, então, tais atos estão abrangidos no que se espera da conduta do agente. Dessa forma,

---

[292] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 45.

uma vez que tal fatos não seria inevitável, o agente não poderia mais alegar caso fortuito ou força maior para excluir a obrigação de indenizar.

> Vimos atrás que, mesmo nas obrigações de conteúdo definido, o devedor está obrigado, em termos de diligência normativa, a adaptar as condutas tendentes a evitar que a prestação se impossibilite. Esse dever de diligência impõe-lhe certo grau de esforço (definido pelo esforço que faria o homem de diligência psicológica média) para descobrir e realizar as condutas implícitas no dever de prestar.
> Isto ajusta-se perfeitamente ao que acabámos de dizer quanto às características do caso fortuito ou de força maior. Se o homem médio, colocado na posição em que se encontra o devedor ou agente, podia prever o facto impossibilitante e se podia (com o mesmo grau médio de esforço) tomar as providências necessárias para evitar essa impossibilitação, tais actos passam a estar abrangidos no comportamento devido, em relação ao qual há assim a possibilidade de ter cumprido, ou seja, o pressuposto da omissão do comportamento devido, que estamos a analisar.[293]

Com base na lição de Fernando Pessoa Jorge, uma vez que se poderia prever que o curso normal dos eventos iria levar à ocorrência do dano, de forma que se ele não fosse causado por aquela chuva, eventualmente seria causado por qualquer outra chuva que caísse sobre o bairro, e que tal dano poderia ser evitado pelo Estado, então, não há espaço para alegar caso fortuito ou força maior, pois não está presente o critério da irresistibilidade dos efeitos das chuvas.

José de Aguiar Dias chega à mesma conclusão ao analisar o caso em que o governo não construiu uma nova galeria, mesmo tendo sido constatada a necessidade da obra. O autor afirma que se o resultado poderia ter sido previsto e, portanto, evitado pelo governo, mas este nada fez para impedi-lo, não se pode considerar a inundação como caso fortuito:

> Sirvam de exemplo os arestos que têm mandado indenizar: a) os prejuízos consequentes ao rompimento de galerias subterrâneas de escoamento de águas pluviais, não se podendo considerar caso fortuito a inundação, quando, muito antes, reconhecera a administração o seu mau estado, tanto que a repartição competente propusera ao governo a construção de nova galeria. Desastre previsto, e previsto como iminente, justificando os reclamos de providência urgente, muitos anos antes, não pode ser considerado caso fortuito;(...)[294]

Conforme ensina Agostinho Alvim, "o dano deve ser consequência necessária da inexecução da obrigação"[295]. Para isso, precisamos primeiro identificar a existência do dever de agir para então verificar se ele foi descumprido.

---

[293] PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos – Ministério das Finanças, 1972. p. 126-127.
[294] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil.* 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 683.
[295] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 359.

No presente caso, verifica-se que cabia ao ente municipal o dever de realizar as obras no sistema de escoamento de águas e instalação de bocas de lobo. Tal dever decorre da previsão mais genérica do artigo 30, inciso V da Constituição Federal, que atribuiu aos Municípios a competência de "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;".

No entanto, além do dever genérico, em muitos casos, as próprias legislações municipais trazem disposições mais específicas a respeito das obrigações do Município. Pode ser citado como exemplo, dentre outros, o artigo 149 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que estabelece que lhe cabe promover "a correta utilização de áreas de risco geológico e hidrológico, e outras definidas em lei, orientando e fiscalizando o seu uso e ocupação, bem como prevendo sistemas adequados de escoamento e infiltração das águas pluviais e de prevenção da erosão do solo". Dessa forma, diante do dever de prestar serviço público adequado e da necessariedade da obra, o Município permitiu que o dano fosse causado aos moradores do bairro.

Ora, se o agente tinha a possibilidade e o dever de agir e poderia prever que sua ação poderia impedir um resultado (o que demonstra, nesse caso, que o resultado não era inevitável), mas escolhe se manter inerte, então, ao "não impedir significa permitir que a causa se opere, deixando livremente desenvolver-se, sem tentar paralisá-la"[296]. Dessa forma, sua conduta omissiva se torna a causa direta e imediata do dano, sendo o fato jurídico que o gerou (a chuva) apenas condição do dano.

No entanto, a conclusão seria diversa se as chuvas tivessem sido muito acima da média e se verificasse que com ou sem obras, o dano teria ocorrido na mesma extensão e gravidade. Nessa hipótese, como a consequência das chuvas não poderia ter sido evitada, então, o Estado não poderia ser responsabilizado por estar caracterizada a excludente de caso fortuito ou força maior.

Mesmo diante da violação do dever de agir, haverá excludente de responsabilidade por caso fortuito ou força maior quando o dano tiver sido inevitável, devendo o omitente provar que, mesmo que ele não tivesse se omitido, o dano ainda assim teria ocorrido. Prova, dessa forma, que houve interrupção do nexo causal.

Isso porque no caso verificam-se todos os pressupostos elencados no capítulo anterior por Gisela Sampaio da Cruz para a interrupção do nexo causal: (a) há nexo de

[296] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: DPJ, 2007. p. 43.

causalidade entre a omissão e o dano, ao passo que a omissão permitiria que o dano viesse a se concretizar; (b) não há relação entre a chuva e a omissão, além disso, a chuva acima da média não poderia ter sido prevista no curso normal dos eventos; e (c) o dano teria sido causado pela chuva independentemente da realização de obras por parte do Estado.

A diferença entre o primeiro e o segundo caso concentra-se no terceiro pressuposto elencado por Gisela Sampaio da Cruz ("(iii) que o 2º fato tenha provocado o efeito independentemente do 1º fato, de tal maneira que só a eficácia causal do 2º fato tenha operado o dano"[297]). Realmente, os dois primeiros pressupostos ("(i) a existência de um nexo de causalidade, a ser interrompido, entre o 1º fato e o dano; (ii) que o 2º fato seja completamente independente do 1º, no sentido de que não seja uma consequência necessária") são preenchidos quando analisamos o primeiro caso, mas isso não é suficiente para interromper o nexo causal, pois há necessidade de que o dano tenha sido provocado pelo 2º fato (chuva) independentemente da existência, e sem qualquer contribuição, do 1º fato (realização de obras do Estado).

Francisco Manuel Pereira Coelho ilustra de forma bastante clara que somente com a verificação dos dois primeiros pressupostos[298] não há interrupção do nexo causal:

> Um veículo muito pesado, por culpa do condutor, danifica gravemente uma casa que "passa a ameaçar ruína". Poucos dias depois, a casa, que já estava com a estrutura danificada, desmorona em consequência de um ciclone. Não há dúvida: o 2º fato (ciclone) é independente do 1º fato (acidente de veículo), que nem sequer o condicionou. Ocorre que foi justamente o estado de ruína da casa, provocado pelo primeiro fato, que favoreceu a eficácia causal do 2º fato para a produção do dano. E se foi assim, o 1º fato cooperou efetivamente com o 2º para o dano concretamente verificado. Nessas circunstâncias, também não se pode considerar interrompida a relação de causalidade. [299]

No exemplo do autor não se encontra o terceiro pressuposto, no sentido de que o dano não adveio somente do ciclone (que, no exemplo do autor, não teria forças para causar o desmoronamento de uma casa com estrutura sólida); haveria, assim, uma concorrência de causas, uma vez que o dano causado pelo veículo contribuiu para a ruína da casa.

Portanto, para que o omitente possa se valer da excludente de responsabilidade deve comprovar que sua omissão não concorreu para a produção do dano, sendo ele inteiramente causado por outro ato que não poderia ter sido evitado pelo cumprimento do

---

[297] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 159.
[298] Ibid., p. 159.
[299] PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 32.

dever de agir. Em outras palavras, entendemos que "basta" a comprovação da inevitabilidade dos efeitos do caso fortuito ou força maior e de que somente tal excludente é a causa do dano, i.e., que houve interrupção do nexo causal.

A partir dos dois cenários analisados acima[300], pode-se perceber que a mera verificação da existência ou não do dever de agir não basta para surgir a responsabilidade do Estado. O primeiro passo é identificar a existência do dever, mas isso também não é suficiente para que a responsabilidade do Estado fique configurada. Isso porque o Estado é responsável por diversos deveres amplos e genéricos, como promover o serviço público de segurança, e, dessa forma, sempre seria possível que a vítima (de um assalto, por exemplo), invocasse o descumprimento de um dever para ser indenizada pelo Estado.

Por isso, nos casos em que se alega a omissão estatal é preciso verificar como o Estado se comportou em casos análogos, qual era a expectativa comum da sociedade, o que se podia esperar e exigir do Estado, e a expectativa do próprio Estado com relação ao serviço que deveria ter sido prestado[301]. Diante de tais elementos, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o Estado deveria indenizar a vítima de um assalto se ela chegou a pedir socorro à polícia na iminência do evento, mas a polícia se omitiu em enviar ajuda[302].

Além disso, é preciso investigar se o dano não possuía outras causas ou, ainda, se, mesmo diante do descumprimento do dever de agir, houve interrupção do nexo causal e o dano teve como causa direta e imediata outro ato ou fato. E, somente a análise do caso concreto irá trazer essas respostas, sendo esse o motivo pelo qual não é possível adotar uma solução genérica para todas as hipóteses que envolvem omissão estatal do dever de agir.

9. TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

Apesar da grande discussão que sempre existiu com relação à responsabilidade civil do Estado por omissão, os textos constitucionais nunca procuraram alterar significativamente o artigo constitucional referente ao assunto de forma a se deixar claro se

---

[300] Caso o exemplo tratasse de culpa da vítima, e não de força da natureza, ainda seria possível ser analisado um terceiro cenário: em que a culpa da vítima ou fato de terceiro fosse considerada concausa do dano junto com a omissão. Nessa hipótese, a culpa da vítima atenuaria e não excluiria a responsabilidade do Estado.

[301] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*. Revista dos Tribunais. Ano 70. Outubro de 1981. Volume 552. p. 14.

[302] Ibid., p. 15.

a responsabilidade do Estado por omissão deve receber o mesmo tratamento da responsabilidade por atos comissivos estatais ou se o tratamento deve ser diverso.

Basicamente, os estudiosos se dividem em duas correntes: a corrente subjetivista, defendendo que a responsabilidade por omissão estatal é subjetiva, e a corrente objetivista, cujos defensores entendem que a responsabilidade por omissão deve receber o mesmo tratamento da responsabilidade por ação dos agentes, ou seja, ser objetiva.

Há, ainda, outros autores que desenvolveram teorias que não se enquadram perfeitamente em nenhuma das correntes mencionadas por defenderem que a responsabilidade por conduta omissiva poderá ser subjetiva ou objetiva, a depender da análise do caso concreto.

A divisão doutrinária entre responsabilidade objetiva e subjetiva perdeu um pouco a importância na prática, uma vez que os doutrinadores que defendem a teoria subjetiva entendem que a culpa do Estado é presumida, o que faz com que os efeitos da aplicação da responsabilidade objetiva e subjetiva sejam bem parecidos quando analisados em casos concretos. No entanto, entendemos que ainda é relevante estudar os fundamentos de cada teoria para aprofundar o conhecimento no tema da responsabilidade por omissão ou ainda tentar sugerir uma nova abordagem sobre o tema.

9.1. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que a responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe ato positivo do Estado que, praticado em benefício da sociedade, submete terceiro a risco e lhe causa um dano anormal, acima do que deveria ser suportado em decorrência da vida em sociedade, enquanto que o ato omissivo estatal pressupõe a culpa anônima do Estado.

> Este [omissão negativa], em causando dano a terceiro, não se inclui na teoria do risco-proveito. A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados.[303]

[303] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2. p. 487.

Celso Antônio Bandeira de Mello[304], seguindo os ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, defende que aos danos causados por conduta positiva do Estado deve ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva, mas se o dano foi causado por conduta negativa estatal, a teoria a ser aplicada é a subjetiva. Ele entende que, nessa última hipótese, como o Estado não agiu, não foi o autor do dano, portanto, só pode ser responsabilizado se ele tinha o dever de ter impedido o evento danoso. O que significa que ele descumpriu um dever legal que lhe era imposto, sendo a sua omissão um ato ilícito. É por isso que a responsabilidade por omissão estatal advém sempre de uma conduta ilícita.

Por sua vez, como a responsabilidade por omissão decorre de um ilícito, a modalidade da responsabilidade só pode ser subjetiva. Isso porque, toda conduta ilícita é dolosa ou culposa. No primeiro caso, há a intenção de cometer o ato, ao passo que no segundo caso, o ilícito decorre da negligência, imprudência ou imperícia por parte do agente. Assim, segundo o autor, para que o Estado seja responsabilizado pelos danos sofridos, não basta comprovar a ausência do serviço, mas também que há dolo ou culpa por parte do Poder Público.

Dessa forma, deverá ser analisado se o Estado agiu segundo certo padrão de eficiência, sendo que este padrão será "definido" por meio de parâmetros estabelecidos na lei e regulamento, da ação estatal em casos semelhantes e da expectativa social com relação à atuação estatal.

No entanto, o autor adverte que, para que não seja imposto pesado ônus ao lesado por ter que provar a inexistência ou funcionamento tardio do serviço, admite-se a presunção de culpa do Estado, cabendo a este provar a ausência de dolo ou culpa. Nesse sentido, a vítima deve comprovar que houve falta ou funcionamento tardio do serviço, enquanto o Estado, para não ser responsabilizado, deve demonstrar que a falta do serviço não decorreu de negligência, imprudência ou imperícia de sua parte.

Para o doutrinador, entendimento contrário, ou seja, a defesa da responsabilidade objetiva iria conferir ao Estado o papel de "segurador universal", uma vez que o Poder Público tem a obrigação genérica de defender os direitos dos cidadãos. Caso fosse adotada a responsabilidade objetiva, o Estado iria ser responsável por indenizar a maioria dos danos sofridos. Por exemplo, qualquer assalto iria gerar a responsabilidade estatal, pois ele ocorreu pela falta de ação do Poder Público em garantir a segurança da vítima. Assim

[304] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2. p. 1021-1025.

como outros danos causados seriam de responsabilidade do Estado por deficiência na prestação de qualquer serviço genérico.

Porém, o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que há casos específicos em que o Poder Público poderá ser responsabilizado objetivamente, até mesmo em determinadas situações em que o dano não foi causado diretamente por ele. No entanto, afirma que *"*são hipóteses nas quais é o poder público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano*"*[305]. Dessa forma, somente quando o dano estiver ligado à situação de risco criada pelo Estado, surgirá a sua responsabilidade objetiva, do contrário, deverá ser aplicada a subjetiva. São apontados como exemplos, dentre outros, os danos causados pela atividade nuclear e, pela explosão de depósito militar que serão tratados com mais detalhes no Capítulo IV.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[306] segue o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, defendendo que, da redação do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, podem ser extraídas duas regras: a regra da responsabilidade objetiva para os danos causados por atos comissivos estatais, e a regra da responsabilidade subjetiva para os danos causados por atos omissivos.

Conforme seu entendimento, para que surja o dever de indenizar, deve ficar comprovado que o Estado tinha o dever e a possibilidade de agir para evitar o dano, porém, se manteve inerte. A possibilidade de agir deve ser analisada no caso concreto, não podendo ser generalizados os casos em que era possível o Estado agir. Por isso que a doutrinadora, assim como José Cretella Júnior, defende que a *"culpa está embutida na ideia de omissão"*.

Rui Stoco[307] também concorda que a omissão estatal se trata de *faute du service*, sendo este o motivo pelo qual a responsabilidade só poderá ser subjetiva. Isso porque, se a omissão é anônima, *"se o serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público"*[308], tal conduta não se encaixa nem na conduta descrita no artigo constitucional nem no artigo do Código Civil, razão pelo qual só pode ser subjetiva.

Entende ainda que, nesses casos, a responsabilidade estatal seria equiparada à responsabilidade de qualquer outra pessoa que comete ato ilícito, sendo necessária a comprovação de dolo ou culpa por parte do Estado. Afirma o autor que "caracterizará

---

[305] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1026.
[306] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 646.
[307] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1126.
[308] Ibid. p. 1129.

sempre responsabilidade por ato ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente ou falho"[309].

Segundo o autor, a exigência de prova da culpa não conflitaria com o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, pois sua redação se refere apenas aos danos causados diretamente pela ação ou omissão do agente, ao passo que nos demais casos em que o Estado é responsabilizado pela sua atuação culposa, os danos decorreram de ato de terceiro ou forças da natureza.

> Para a verificação do fundamento da obrigação do Estado indenizar, a Constituição Federal distingue o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos causados por atos de terceiros, ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 37, §6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação, ou inação dos servidores públicos, não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos a particulares.[310]

Defende ainda, que, em tais casos, a omissão do Estado é anônima, pois o "serviço falhou sem que houvesse participação direta de qualquer agente público"[311]. Portanto, tal conduta não se encaixaria no artigo constitucional, devendo ser aplicado o artigo 186 do Código Civil, que exige a prova de culpa da Administração, decorrente de sua imprudência, negligência ou imperícia na prestação dos serviços públicos, por não ter impedido ou atenuado os danos causados[312].

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho afirma que a omissão estatal ensejará a responsabilidade do Poder Público *"quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa"*[313]. O autor defende seu ponto de vista a partir da redação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil[314], que dispõe que a lei especificará os casos em que deve incidir a responsabilidade sem culpa. *A contrario sensu*, para todos os demais casos, para os quais não há previsão expressa, deverá ser aplicada a responsabilidade subjetiva. E, uma vez que nem o artigo da Constituição Federal nem o Código Civil preveem expressamente a responsabilidade objetiva por atos omissivos do agente público,

---

[309] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1126.
[310] Ibid., p. 1129.
[311] Ibid., p. 1129.
[312] Ibid., p. 1129.
[313] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 538.
[314] "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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".

consequentemente, só haverá a obrigação de indenizar se for comprovada a culpa do Estado.

Desse modo, a responsabilidade do Estado por omissão de seus agentes não derivaria de nenhuma previsão específica para o caso, mas sim da regra geral do nosso Código Civil, qual seja, a responsabilidade subjetiva. Para defender o seu ponto de vista, o doutrinador afirma que:

> quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa.[315]

Almiro do Couto e Silva também defende que o Estado somente pode ser responsabilizado quando identificada a culpa do Estado:

> Compreende-se, pois, que a responsabilidade do Estado, quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior, só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de seus agentes ou por culpa anônima ou por falha de serviço, para que o dano se produzisse. Em tais circunstâncias a conduta do Estado só se qualificará como concausa do evento, se existir violação, por parte do Poder Público, de um dever jurídico preexistente, porquanto os deveres que tem com relação aos particulares são limitados, como já se deixou entrever.[316]

Por fim, vale mencionar a lição de Toshio Mukai que, apesar de discordar de Celso Antônio Bandeira de Mello quando este autor defende que o artigo constitucional não abarca a responsabilidade do Estado por atos omissivos e que, portanto, a omissão do Estado deveria ser tratada a luz do artigo 15 do Código Civil de 1916, atual artigo 43 do Código Civil de 2002, acaba chegando à mesma conclusão no sentido de que a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva. Ao analisar o artigo 107 da Emenda Constitucional nº 01/1969, o autor entende que a responsabilidade subjetiva está implícita na redação do artigo, "porquanto quem pode ter empenhada sua responsabilidade sem culpa, por maior razão, evidentemente, a tem com culpa"[317].

Dos ensinamentos acima, pode-se extrair que a responsabilidade do Estado por condutas omissivas seria subjetiva, pois a conduta teria que ser necessariamente culposa ou dolosa, portanto, não se poderia prescindir da análise da culpa nesses casos.

---

[315] CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 539.
[316] COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 202. p. 32. out/dez. 1995.
[317] MUKAI, Toshio. *Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente*. Conferência pronuncia no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental, realizado de 11 a 13 de novembro de 1987, em Curitiba, PR. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 171. p. 230. jul./set. 1988.

9.2. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

Discordando das conclusões expostas acima, estão os defensores da corrente objetivista, que afirmam que deve ser dado o mesmo tratamento para os danos causados por ações ou omissões estatais.

Um dos defensores dessa corrente, Hely Lopes Meirelles, afirma que a responsabilidade do Estado é objetiva, pois o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal trata da responsabilidade tanto por ações quanto por omissões do Estado. No entanto, considera que o tratamento será diferente para os casos em que os danos forem causados por terceiros ou força da natureza, de forma que a Administração poderá ser responsabilizada nessas hipóteses apenas se for comprovada sua culpa em impedir a ocorrência do dano, ou seja, sua responsabilidade será subjetiva.

> Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano – culpa, essa, que pode ser genérica.[318]

Pontes de Miranda, nos Comentários à Constituição de 1946, possui o mesmo entendimento de Hely Lopes Meirelles ao afirmar que em situações de danos causados por manifestações populares deve se analisar se houve culpa do Estado:

> No Recurso extraordinário n. 4.622, o Supremo Tribunal Federal, a 21 de janeiro de 1947, acórdão em que se decidiu sôbre a reparação de depredação por populares, não excluiu que possa haver responsabilidade do Estado por danos em motins, distúrbios, revoltas, ou outras perturbações da ordem pública, mas exigiu a culpa (R. de D. A., 15, 72-86), consoante os arts. 15 e 159 do Código Civil. Está certo. Os populares não são funcionários públicos. A responsabilidade do Estado mesmo sem haver culpa, que se estabelece no art. 194, somente se refere a ato lesivo, praticado, em função, pelo funcionário público, embora mesmo se êsse, praticando o ato, usurpa funções.[319]

Yussef Said Cahali, afirma que, uma vez que a realização de obra ou a prestação de serviço eram exigidas da Administração Pública, sua omissão é causa suficiente para determinar a responsabilidade objetiva do Estado, pois "*no simples conceito de*

---

[318] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 720.
[319] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. T. 6. p. 373-374. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. T. 3. p. 546-547

descumprimento de obrigação exigível já está imbutida a ideia de culpa"[320]. A causa do ato seria a exigibilidade da conduta estatal não praticada.

Já Gustavo Tepedino afirma que a corrente subjetivista não pode ser aceita, pois com relação à redação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, o intérprete não pode conferir uma interpretação restritiva à redação do artigo, se tal comando não foi dado pelo legislador.

> A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.

Além disso, entende ser incorreto afirmar que adotar a responsabilidade objetiva seria erigir o Estado à condição de "segurador universal", uma vez que a responsabilidade civil objetiva comporta causas excludentes de responsabilidade, portanto, o Estado não seria obrigado a indenizar o dano em todas as situações [321].

Por fim, defende que quando o legislador, ao elaborar o Código Civil atual, suprimiu a expressão *"procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei"* presente no artigo 15 do Código Civil de 1916[322], quis deixar claro que a responsabilidade objetiva deveria ser adotada para quaisquer atos do Estado, e não só com relação aos atos comissivos. José de Aguiar Dias acompanha o raciocínio de Gustavo Tepedino, considerando que tal exclusão foi de grande importância, *"porque afastou a ideia de que a responsabilidade só ocorreria diante da culpa do agente"*[323].

> De mais a mais, a dicção do art. 43 acima transcrito, que suprimiu a referência, prevista no art. 15 do Código anterior ao procedimento "de modo contrário ao direito", parece deixar clara a opção legislativa pela responsabilidade objetiva em toda e qualquer atividade estatal, e deveria servir para sepultar

---

[320] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 221.

[321] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2008. p. 221.

[322] Código Civil de 1916: *"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". (Grifou-se)*

Código Civil de 2002: "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".

[323] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil.* 12. ed., rev. e atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 659.

> definitivamente a responsabilidade subjetiva nos atos praticados pela administração pública, sejam ele comissivos ou omissivos. [324]

Conforme se pode observar, o argumento dos doutrinadores dessa corrente fundamenta-se, basicamente, na análise da redação do parágrafo 6º, do artigo 37 da Constituição Federal, pois defendem que não pode ser conferido tratamento distinto à conduta omissiva uma vez que não se pode extrair diretiva nesse sentido do ordenamento jurídico.

9.3. TEORIA DEFENDIDA POR MARÇAL JUSTEN FILHO

Marçal Justen Filho também entende que "não existe um único regime jurídico uniforme para todas as hipóteses de atuação administrativa"[325] e, por isso, apresenta uma abordagem diferente sobre a responsabilidade civil do Poder Público em relação aos demais doutrinadores. Ele rejeita a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, por entender que ela é insuficiente para explicar todos as hipóteses em que os danos são causados pela ação ou omissão do Estado. Dessa forma, defende a "objetivação da culpa".

Será caracterizada a responsabilidade do Estado no momento em que ele descumprir seu dever objetivo de "adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio" e isto ocasionar danos a terceiros. Sendo que a própria omissão do dever objetivo corresponderia à vontade defeituosamente desenvolvida do Estado[326]. A partir desse ponto de vista, o autor entende que o elemento subjetivo continua a existir, sem que seja necessário investigar a intenção do agente no momento em que ele deixou de agir quando deveria fazê-lo[327].

---

[324] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2008. p. 223.
[325] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1246.
[326] Marçal Justen Filho baseia sua teoria na teoria finalista desenvolvida por Welzel entre 1930 e 1960. De acordo com essa teoria, a ação humana é dirigida para um fim, sendo que o homem consegue prever quais são as possíveis consequências de seu ato ou omissão. Segundo Luiz Regis Prado, "Com o finalismo se opera um giro *copernicano* na sistemática jurídica do delito: o atuar humano é uma atividade ordenada *finalisticamente*, o que exige o exame de seu conteúdo subjetivo (vontade), não se tratando do simples processo de natureza causal, objetivo e "cego"; a tipicidade inclui elementos objetivos (tipo objetivo) e elementos subjetivos (tipo subjetivo); a ilicitude tem conteúdo objetivo e subjetivo, sendo o injusto *pessoal* (desvalor da ação e desvalor do resultado); e a culpabilidade entendida como normativa pura (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude)". PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Pena Brasileiro.* 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1. p. 120.
[327] JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1251.

De acordo com o autor, o Estado é responsável pelos danos causados nos casos em que for identificada a ilicitude estatal, sendo considerada por ilicitude o não cumprimento de seu dever objetivo e, ainda, a não adoção da cautela necessária ao dever de diligência, de forma que a não observância a este último dever constitui o fundamento da responsabilidade por omissão do Estado.

> Observa-se que esse dever de diligência é especial e rigoroso. Não é equivalente àquele que recai sobre todo e qualquer indivíduo que convive em sociedade. A natureza funcional das competências estatais produz o surgimento de um dever de previsão acurada, de cautela dobrada.[328]

Com base no dever de diligência, o Estado tem a obrigação de adotar todas as providências cabíveis para evitar a produção de danos. Tal dever deve ser observado tanto em sua conduta comissiva quanto omissiva.

Por isso, o autor refuta a ideia de que aos atos comissivos deverá ser aplicada a responsabilidade objetiva, ao passo que para os atos omissivos deverá ser aplicada a responsabilidade subjetiva. Em sua concepção, para todos os casos, sejam de atos comissivos ou omissivos, deve-se considerar que há um "elemento subjetivo, mas subordinado a um regime especial"[329].

Com relação aos danos causados por atos comissivos de agentes estatais, entende-se que há elemento subjetivo defeituoso. No entanto, o autor afirma que o problema está na fundamentação da responsabilidade dos atos omissivos.

Por isso, o doutrinador divide os atos omissivos estatais em dois grupos. No primeiro, que corresponde aos casos de ilícito omissivo próprio, estão os atos cuja omissão é uma infração direta ao dever jurídico. Nos casos em que uma norma prevê a obrigatoriedade de realização de certo ato por parte do Estado, a sua conduta omissiva, decorrente da atuação intencional do agente ou da formação defeituoso da sua vontade, corresponde a um ato ilícito e gera presunção de culpa do Estado[330].

No segundo, estão os casos de ilícito omissivo impróprio, em que a obrigação do Estado não deriva de nenhum ato normativo específico e sim do cumprimento usual das funções públicas. Desse modo, não pode se presumir que houve infração ao dever de diligência, devendo ser analisado no caso concreto se o Estado podia prever que o dano iria acontecer e se cabia a ele adotar alguma providência para evitá-lo. O Estado, por exemplo,

---

[328] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1253.
[329] Ibid., p. 1254.
[330] Ibid., p. 1255-1256.

como cita o autor, pode ser responsabilizado civilmente se era sua competência a fiscalização institucional e permanente, sendo que a partir dela poderia ter previsto que o dano iria ocorrer[331].

Para o primeiro tipo de ato omissivo, a existência do elemento subjetivo reprovável é presumida; já para os casos de ato omissivo impróprio deve-se verificar a previsibilidade do evento danoso, a existência do dever de agir para evitá-lo e a inércia do Estado no lapso de tempo que antecedeu o dano.[332]

Como se pode ver, a teoria defendida por Marçal Justen Filho diferencia-se das demais pela influência da teoria finalista do direito penal, mas se assemelha à tese defendida por Amaro Cavalcanti, Sérgio Cavalieri Filho e Guilherme Couto de Castro, que será explicada abaixo, ao entender que é necessário dividir os atos omissivos entre aqueles que derivam de uma infração direta ao dever imposto e os que decorrem de um dever genérico imposto ao Estado.

9.4. TEORIAS DO DEVER GENÉRICO E DEVER ESPECÍFICO

Amaro Cavalcanti, ao realizar profunda análise sobre os fundamentos da responsabilidade do Estado concluiu que enquanto a responsabilidade civil ordinária se baseia, primeiramente, nas condições subjetivas do agente e depois às condições objetivas do dano, prevalecendo, assim, a força subjetiva, a responsabilidade do Estado tem como ponto de partida as condições objetivas do dano, sendo que as condições subjetivas do agente não representam, em todos os casos, elementos necessários para surgir a obrigação do Estado de indenizar a vítima.

> Conseguintemente, é lícito repetir que, enquanto a responsabilidade ordinária procede potencialmente das condições subjetivas do agente e estende-se depois, mais ou menos, às segundas das condições (objetivas) do dano, efetivamente causado; a responsabilidade civil da administração pública ou Estado, pelo contrário, parte das condições objetivas do dano, e chega diretamente às condições subjetivas da responsabilidade ou imputabilidade. [...] Sendo, portanto, igualmente de concluir que, enquanto na responsabilidade civil ordinária a base que prevalece é de força subjetiva; ao invés, na responsabilidade civil específica da administração pública ou do Estado, o que prepondera é o caráter objetivo da mesma responsabilidade.[333]

---

[331] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1255-1256.
[332] Ibid., p. 1258.
[333] CAVALCANTI, Amaro Bezerra. *Responsabilidade civil do Estado*. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. T. 1. p. 345-346.

No entanto, apesar de entender que a culpa do agente público não seja sempre condição necessária da responsabilidade do Estado, reconhece que em determinados casos a culpa é essencial para se responsabilizá-lo. Dentre a exceção à regra estão os casos de omissão estatal.

O autor defende que a culpa deve ser analisada nos casos relacionados à omissão, pois, ao passo que diante de um ato positivo se consegue depreender dos seus efeitos a violação a um direito, o mesmo não ocorre com a omissão. Afirma que "na omissão, porém, a coisa é sabidamente diversa. Não há uma violação positiva por meio de ato ou fato: ao contrário, há a ausência dêstes"[334].

Por esse motivo, o Estado somente é responsabilizado por atos omissivos diante da comprovação de critério não exigido na responsabilidade por atos comissivos:

> E êsse critério, outro não poderia ser senão a prova de *negligência* ou de *culpa* na omissão do ato, que devia ser praticado, isto é, o Estado só deve responder pelo dano alegado em caso de omissão, quando se houver verificado que a omissão do seu representante fôra proposital, culposa ou dolosa.[335]

No entanto, o autor entende que há situações em que o Estado tem a faculdade discricionária de não agir, não sendo responsabilizado pelos danos que decorrerem dessa omissão. Dessa forma, considera que a responsabilidade do Estado deve ser analisada conforme o dever que lhe for imposto: em se tratando de um dever geral imposto, como por exemplo, relacionado à segurança das pessoas, à saúde pública e à conservação de vias públicas, e o Estado por omissão a esses deveres causar dano a terceiros, "nem por isso sòmente se deverá logo concluir que ao Estado resulta uma obrigação de indenizá-lo" e fundamenta seu entendimento da seguinte forma:

> Seria tolher por demais a administração pública na liberdade de ação que institucionalmente lhe compete; sendo, neste ponto, de manifesta procedência a ponderação feita por Loening, de que o indivíduo não tem o direito de ação contra o Estado (keinen Rechtsanspruch an den Staat), para obrigá-lo a cumprir os seus fins próprios, ou para que as leis e os regulamentos, promulgados no interêsse do Estado, sejam desde logo executados.[336]

---

[334] CAVALCANTI, Amaro Bezerra. *Responsabilidade civil do Estado*. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 1. p. 350.
[335] Ibid., p. 350.
[336] Ibid., p. 399.

Portanto, da mesma forma como não seria dever do Estado promover interesses pessoais, também não haveria a obrigação de o Estado indenizar a vítima por danos que decorram do descumprimento de tais deveres gerais.[337]

No entanto, caso seja imposto ao Estado um "dever particularizado pela lei, ou pelas circunstâncias especiais do caso"[338], citando como exemplo a situação em que é solicitado, em tempo, que o Estado impeça que se realize o ataque a uma propriedade, mas ele não o faz, Amaro Cavalcanti entende que a omissão corresponde à causa eficiente do dano e, portanto, caberia a responsabilização do Estado.

> [...] em caso tal [se referindo ao exemplo mencionado acima], entendemos que a responsabilidade civil do Estado é de rigorosa justiça; porque a omissão aludida é a causa eficiente do dano, de maneira tão manifesta e irrecusável como se êle proviesse de um ato, realmente positivo, ilegal ou culposo, do representante do Estado, em relação às garantias da segurança individual e da propriedade.[339]

Portanto, além de entender que, com relação à responsabilidade do Estado por omissão, há necessidade de se comprovar que houve culpa ou dolo do funcionário, também se deve analisar se o dever violado se trata de um dever genérico ou dever particular do Estado.

A tese de Sérgio Cavalieri Filho se assemelha à de Amaro Cavalcanti na medida em que também propõe a análise da responsabilidade do Estado com base no dever genérico ou específico que lhe é imposto.

Segundo o autor, existem três correntes diferentes que tratam da responsabilidade do Estado por omissão, a primeira corrente defende que com a revogação do artigo 15 do Código Civil de 1916 deixou de existir a responsabilidade subjetiva do Estado para qualquer situação; a segunda corrente é aquela que defende a responsabilidade subjetiva para quaisquer atos omissivos do Poder Público; e a terceira corrente, à qual ele se integra, é a corrente intermediária, que defende a responsabilidade objetiva nos casos de omissão específica e subjetiva para a omissão genérica.

Sérgio Cavalieri Filho entende que a redação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal se refere tanto às ações quanto às omissões do Estado, mas não defende que o Estado seja responsabilizado objetivamente por toda e qualquer conduta omissiva. O doutrinador, com base no entendimento de Guilherme Couto de Castro, divide a omissão estatal em omissão específica e omissão genérica.

---

[337] CAVALCANTI, Amaro Bezerra. *Responsabilidade civil do Estado*. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 1. p. 400.
[338] Ibid., p. 400.
[339] Ibid., p. 400.

Guilherme Couto de Castro defende que a responsabilidade civil do Estado deriva ou de uma conduta ilícita, que corresponde aos casos de omissão específica, ou da "razoável repartição dos prejuízos", que seriam os casos de omissão genérica.

> Há duas possibilidades: ou existe ato ilícito do ente público, e a indenização se justifica em razão da própria contrariedade à lei, ou não existe, e então seu fundamento está na razoável repartição do gravame pela coletividade, dentro de padrões civilizatórios que devem ser buscados.[340]

Dessa forma, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho, a omissão específica diz respeito à hipótese em que o "Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano"[341]. Nesses casos, há um dever individualizado de agir por parte do Estado e, quando ele não é observado, constitui "causa direta e imediata"[342] do não impedimento do resultado, devendo o Poder Público ser responsabilizado objetivamente pelo dano sofrido pela vítima.

Por outro lado, a omissão genérica seria, por exclusão, todos os demais casos em que não se exige um dever especial de agir do Poder Público e não sendo a causa direta e imediata do evento danoso, apenas concorreu para a sua concretização. Assim, ainda que o fato tenha sido cometido por terceiro ou por força da natureza, sobre ele recairá a responsabilidade de indenizar o dano da vítima se ficar provado que a falta de prestação do serviço ou a sua ineficiência, ou seja, sua omissão genérica concorreu para a concretização do dano. Para isso, deve-se levar em conta se o Estado tinha possibilidade de ter prestado o serviço, mas optou por não fazê-lo. Por isso que a responsabilidade por omissão genérica do Estado será pautada pela teoria da falta do serviço, modalidade da responsabilidade subjetiva.

Assim, no caso de atos omissivos, o teste é mais complexo, pois, em primeiro lugar, é preciso verificar se no caso concreto, o Estado estava obrigado a praticar uma ação, em função de um dever específico imposto por lei ou se tal obrigação advinha de um dever genérico.

Portanto, os doutrinadores acima defendem que, para se definir o tratamento a ser conferido à responsabilidade civil do Estado, deve ser dada especial atenção à obrigação

---

[340] CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro: o papel da culpa em seu contexto*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 57.
[341] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 268.
[342] Ibid. p. 268.

que era imposta ao Estado. Caso o Estado tenha descumprido um dever específico que lhe era imposto, a responsabilidade será objetiva, ao passo que se lhe for imposto um dever genérico, deve ser comprovada a culpa do Estado.

Após analisar as teorias dos doutrinadores brasileiros, concordamos com aqueles que defendem que a responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, uma vez que a omissão relevante juridicamente é aquela que representa a violação de um dever jurídico, ou seja, um ilícito.

No entanto, entendemos que a teoria do dever genérico e específico também se apresenta muito interessante com relação à proposição de dividir o dever entre dever genérico e dever específico. De fato, a omissão do dever genérico (como por exemplo, promover a segurança pública), não pode ser tratada da mesma forma que a omissão de um dever específico (por exemplo, caso existisse previsão em lei municipal que determinasse que uma viatura municipal deve estar presente na saída de escolas públicas no início e término das aulas), pois a violação do dever se apresenta muito mais clara e tem relação direta com o dano no segundo caso ao invés do primeiro.

Nesse sentido, entendemos que dentro da responsabilidade subjetiva é importante se adotar a divisão entre omissão de dever genérico e de dever específico, uma vez que tal sistematização facilita o estudo da conduta omissiva estatal bem como facilita a identificação da responsabilidade estatal quando analisada no caso concreto (sendo que, na prática, os tribunais já vem adotando essa visão, conforme veremos nos capítulos seguintes).

9.5. TEORIA ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A discussão a respeito de qual teoria seria mais adequada para a omissão estatal se repete na jurisprudência. De forma que podemos encontrar acórdãos que defendem a aplicação da corrente subjetivista e da objetivista.

De um lado, temos acórdãos que defendem a teoria subjetiva, como no Recurso Extraordinário nº 372.472–0/RN[343], julgado em 04.11.2003, em que o Supremo Tribunal

[343] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 372.472-0/RN. 2ª Turma. Brasília, DF, 04 de novembro de 2003. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

Federal considerou que a responsabilidade da Administração Pública seria subjetiva no caso de omissão de seus agentes.

O acórdão analisava o caso do presidiário que havia sido morto por outro detento dentro do estabelecimento prisional. O relator, Ministro Carlos Velloso, defendeu que, quando se trata de atos omissivos estatais deve ser aplicada a responsabilidade subjetiva do Estado, exigindo a verificação da culpa em seu sentido lato, ou seja, culpa do serviço público e não a culpa específica do funcionário do estabelecimento prisional. A culpa do Estado derivava de seu dever de zelar pela segurança de todos os detentos que estão sob a sua guarda, impedindo que eles sofressem qualquer agressão seja por parte de outros presos, visitantes e dos próprios funcionários.

O Recurso Extraordinário nº 180.602-8/SP, julgado em 15.12.1998[344], também reconheceu a responsabilidade subjetiva do Estado por acidente causado por animal na via pública. Os Ministros entenderam que o acidente ocorreu por falta de fiscalização por parte do Estado, ao qual compete o dever de retirar animais da pista, obrigação que deve ser observada a qualquer dia e horário. Deste modo, segundo o acórdão, restou comprovada a deficiência no serviço público.

Com relação à última decisão, entendemos relevante pontuar que os defensores da corrente subjetivista alegam que se o Estado também for objetivamente responsabilizado por seus atos omissivos, pode transformá-lo em uma espécie de "segurador universal", pois a abrangência de sua responsabilidade será ampliada de forma considerável. No entanto, observamos que essa ampliação do dever de indenizar também pode ocorrer com a aplicação da responsabilidade subjetiva, como é o caso analisado no parágrafo acima, em que a Administração Pública foi responsabilizada com base em um dever genérico.

Dentre os acórdãos que aplicam a responsabilidade objetiva, podemos citar o Recurso Extraordinário 109.615-2/RJ, julgado em 28.05.1996[345], que analisou o caso do aluno que foi ferido por seu colega nas dependências da escola pública em que estudavam. Baseando-se na tese defendida por Hely Lopes Meirelles, o Município do Rio de Janeiro alegou que o artigo constitucional não gera a responsabilidade objetiva da Administração Pública por fato de terceiro. Porém, o STF reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar a vítima, pois tanto ele quanto o causador direto do dano estavam sob

[344] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 180.602-8/SP. 2ª Turma. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1998. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

[345] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 109.6015-2/RJ. 1ª Turma. Brasília, DF, 28 de maio de 1996. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

a vigilância da escola no momento em que ocorreu o evento danoso. Segundo o acórdão, o Poder Público possui o dever de proteção e vigilância sobre os alunos enquanto estes se mantiverem sob a sua guarda, o que gera o *"grave compromisso"* de ele tomar providências de forma a evitar qualquer lesão aos alunos.

Entretanto, o entendimento que predominou no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se deve aplicar a teoria subjetiva nos casos de responsabilidade por omissão do Estado.

Essa é a teoria adotada na maioria das decisões da Corte[346], dentre elas, no Recurso Extraordinário nº 179.147/SP. Tal julgado, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, analisa pleito de indenização de uma mãe cujo filho foi morto enquanto estava cumprindo pena de prisão na cadeia pública de Guarujá. O homicídio foi cometido por outro preso, sendo que dias antes do assassinato, a vítima já havia reportado que estava sendo ameaçada e solicitado transferência para uma cela segura. A vítima foi transferida, mas mesmo assim foi assassinada por outro preso. O Relator ressalta que como o dano foi causado por ato positivo de terceiro, porém houve negligência por parte do Estado a partir do momento em que ele deveria ter transferido a vítima para uma cela verdadeiramente segura.

Citando as lições de Álvaro Lazzarini e Celso Antônio Bandeira de Mello, defende que "tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência (...)"[347]. No presente caso, como o Estado não atuou quando deveria ter atuado, "o poder público foi (..) negligente, modalidade de culpa, a *faute du service* dos franceses".

Por fim, apenas gostaríamos de ressaltar que ainda podem ser encontrados acórdãos recentes que aplicam a teoria objetiva, como é o caso do Recurso Extraordinário nº 841.526/RS e do Ag. Reg. nº Agravo de Instrumento 852.237/RS, respectivamente:

> a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência - quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo -

[346] Podemos citar como exemplo o AgR Agravo de Instrumento nº 727.483/RJ. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. 19 de outubro de 2010; AgR Recurso Extraordinário nº 585.007/DF. 1ª Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 05 de maio de 2009; AgR Recurso Extraordinário nº 395.942/RS. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. 16 de dezembro de 2008; AgR Recurso Extraordinário nº 235.524 /AC. 1ª Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 30 de junho de 2004.

[347] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 179.147-1/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1997. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

> surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa.[348]
>
> **Essa concepção teórica** [teoria do risco administrativo] – que informa o princípio **constitucional** da responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público, **tanto** no que se refere **à ação quanto** no que concerne **à omissão** do agente público – **faz emergir**, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, **o dever de indenizá-la** pelo dano moral **e/ou** patrimonial sofrido, **independentemente de caracterização de culpa** dos agentes estatais, **não importando** que se trate de comportamento positivo (**ação**) **ou** que se cuide de conduta negativa (**omissão**) daqueles investidos da representação do Estado, **consoante enfatiza o magistério da doutrina**[349]

Portanto, mesmo após ter sido consolidado no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a responsabilidade do Estado por atos omissivos é subjetiva, alguns ministros acabam divergindo desse posicionamento, entendendo que a responsabilidade do Estado é objetiva seja essa conduta positiva ou negativa.

[348] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS. Plenário. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de março de 2016. p. 17. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

[349] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR Agravo de Instrumento 852.237. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 25 de junho de 2013. p. 6. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

IV. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO

Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia três situações em que surgem a responsabilidade do Estado.

A primeira se refere ao caso em que uma conduta positiva do agente gera o dano.

A segunda se trata do caso em que "*não é uma atuação do Estado* que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o *dever de evitar*"[350]. São os casos que dizem respeito à falta do serviço.

Por fim, a terceira corresponde ao caso em que a atividade do Estado cria a situação que propicia o dano ao expor terceiro a risco, como por exemplo, quando o Estado tem a guarda de coisas ou pessoas perigosas. Por isso, o "comportamento *ativo* [do Estado] entra, *de modo mediato*, porém decisivo, na linha de causação"[351]. Apesar de, segundo o autor, tais casos envolverem comportamentos positivos, entendemos que também cabe a discussão a respeito da omissão estatal, uma vez que houve a negligência de alguns deveres do Estado que acompanham a exploração da atividade.

Adotando essa divisão de situações proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, dedicamos o primeiro item a analisar algumas hipóteses em que, os danos decorreram da situação de risco criado pelo Estado, como é o caso de áreas usadas para treinamento militar, depósitos de armamento ou presídios.

No segundo item, serão analisados os casos em que apesar de o dano ter sido causado diretamente por um fato de terceiro ou força da natureza, cabia ao Estado o dever de evitar o dano.

Nesses itens não temos a intenção de analisar todas as situações que já foram analisadas pela jurisprudência, mas pretendemos focar nosso estudo naquelas que nos pareceram terem sido os casos mais recorrentes.

---

[350] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1018.
[351] Ibid., p. 1018.

10. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CRIAR AS SITUAÇÕES DE RISCO QUE GERARAM O DANO

Há situações em que o Estado precisa desenvolver atividades perigosas em benefício da coletividade, sendo que por meio delas, acaba criando a situação de risco que propicia a concretização do dano. Podem ser citados como exemplo dessas atividades, a manutenção de um depósito militar, exploração de atividade nuclear para produção de energia elétrica, manutenção de espaços para confinamento de pessoas perigosas, como presídios e hospitais que tratam pessoas com doenças mentais.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que, em tais situações, o Estado deve responder objetivamente pelos danos causados:

> Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva.[352]

Apesar de o autor defender a responsabilidade subjetiva em casos de danos causados por omissão do Estado, ele entende que, nessas situações, a exploração da atividade, "sem ser a geradora imediata do dano, entra decisivamente em sua linha de causação"[353]. Portanto, um ato positivo, e não omissivo, do Estado "é o termo inicial de um desdobramento que desemboca no evento lesivo, incindivelmente ligado aos antecedentes criados pelo Estado"[354]. Em razão disso, conclui que o Estado deve ser responsabilizado por ter criado a situação de risco a que as pessoas ficaram expostas.

Como tal atividade estatal é desenvolvida em prol da coletividade, então, não seria justo que somente a vítima arcasse com os prejuízos. Assim, afirma o autor que, a situação de risco criada pela atividade desenvolvida pelo Estado e a exposição de terceiros a tal perigo fundamentam a aplicação da responsabilidade objetiva. Nas palavras do autor,

> [U]ma vez que a Sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado. Daí que os danos eventualmente surgidos *em decorrência desta situação de risco* e por força da proximidade de tais locais ensejarão responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, esta é a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram apenas

[352] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1026.
[353] Ibid., p. 1026.
[354] Ibid., p. 1026.

> sobre alguns, os lesados, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos.[355]

No entanto, ressalta que somente o dano relacionado ao risco criado gera a responsabilização do Estado, de forma que se presos foragidos causarem danos a locais afastados da penitenciária, a responsabilidade do Estado não terá como base o risco criado, pois não há relação entre os danos e a situação de perigo, mas sim a omissão estatal, devendo ser analisado se o serviço não funcionou ou se funcionou mal.

Caio Tácito ensina que, nesses casos, "tratando-se de um benefício à coletividade, desde que o ato administrativo lícito atenda ao interêsse geral, o pagamento da indenização redistribui o encargo, que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito"[356]. Dessa forma, a indenização seria devida com base no princípio de repartição dos encargos públicos, "usualmente indicado, no direito francês, como fundamento da responsabilidade sem falta, ou seja, da responsabilidade por risco"[357].

Almiro do Couto e Silva entende que, diante de concausas e hipóteses em que o Estado assumiu o risco (por exemplo, desenvolvimento de atividades perigosas, como exercícios militares), se o dano tiver relação direta com o risco assumido, então, a responsabilidade do Estado será objetiva.

No entanto, caso não tenha relação direta, deve-se provar a culpa do Estado para surgir o dever de indenizar. Além disso, o autor afirma que se o risco assumido é extraordinariamente alto, como ocorre no caso de dano nuclear, mesmo que o dano tenha sido causado por outra causa, como força maior, a responsabilidade do Estado não é afastada[358].

O artigo 21, inciso XXIII, alínea 'd' a Constituição Federal de 1988 estabelece que compete à União explorar a atividade nuclear e que ela deve responder pelos danos nucleares causados independentemente da existência de culpa, deixando claro que se trata de hipótese de responsabilidade objetiva[359]. Almiro Couto e Silva defende que mesmo que

---

[355] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1026-1027.

[356] TÁCITO, Caio. Tendências atuais sôbre a responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 55. p. 271. jan/mar. 1959. p. 271

[357] Ibid. 1959.

[358] COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 202. p. 33. out/dez. 1995.

[359] "Art. 21. Compete à União:

(...)

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

(...)

o artigo constitucional não faça referência à força maior, a doutrina nacional defende que tal responsabilidade é fundada no risco integral e que somente a culpa exclusiva da vítima afasta a responsabilidade do Estado[360].Apesar de Celso Antônio Bandeira de Mello defender que, nesses casos, o Estado deve responder pelo ato positivo que criou o risco, entendemos que também está presente a discussão a respeito da conduta omissiva do Estado, uma vez que a própria exploração das atividades de risco lhe impõe a observância de diversos deveres, como o dever de guarda. A seguir trataremos de alguns casos julgados pelos tribunais brasileiros para verificar como é analisada a responsabilidade do Estado nessas situações.

No que diz respeito à responsabilidade do Estado pela guarda e fiscalização de locais perigosos, como áreas destinadas ao treinamento militar ou para o depósito de material bélico, os tribunais já se depararam com diversos casos em que civis adentraram em zona militar ou destinada para o treinamento militar e sofreram danos decorrentes de material bélico esquecido na área.

Apesar de os civis entrarem nas áreas sabendo do perigo a que estão se expondo e, muitas vezes, procurando por materiais bélicos esquecidos no campo, os tribunais são categóricos em reconhecer a responsabilidade do Estado em razão da falta de adoção das cautelas necessárias para não permitir que terceiros entrassem na área militar. Dessa forma, acabam aplicando a responsabilidade subjetiva em tais casos:

> verifica-se que a União possui indiscutível responsabilidade em decorrência do acidente, dada sua omissão de vigilância sobre a área onde o artefato bélico explodiu, não tendo adotado as indispensáveis cautelas a fim de evitar o ingresso de pessoas não autorizadas e terceiros no imóvel destinado ao exercício de operações militares.[361]

Em caso semelhante, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, um menor encontrou uma granada abandonada no campo do Exército e quando a estava levando para casa, a granada explodiu e lhe causou diversos ferimentos graves levando à amputação de seu antebraço e mão direita.

---

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)".

[360] COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 202. p. 33. out/dez. 1995.

[361] BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação Cível nº 1998.01.00.083837-0/MG. 3ª Turma Suplementar. Relator Juiz Evandro Reimão dos Reis. Brasília, DF, 10 de abril de 2002. p. 2. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 1, < www.portal.trf1.jus.br > acesso em 19 de setembro de 2017.

A relatora do caso afirma que o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal estabeleceu a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que causar a terceiros, não fazendo distinção se o dano advém de atos estatais positivos ou negativos. Na sequência, entendeu que a omissão do Estado causou o dano, uma vez que ele se omitiu ao seu dever de guarda e fiscalização do local (pois as placas de advertência e perigo estavam enferrujadas e havia entradas de fácil acesso à área militar) e ao seu dever de zelar e retirar o material bélico após os treinamentos. Portanto, apesar de defender a aplicação da responsabilidade objetiva, a relatora acaba fundamentando a responsabilidade do ente público em sua conduta culposa:

> De sorte que, inclusive como muito bem foi consignado na sentença recorrida, restou evidenciado, no caso em apreço, uma situação de manifesta omissão da União Federal em melhor cuidar dos seus próprios arsenais bélicos, a caracterizar, por conseguinte, a atuação omissiva causadora do dano.
> É que era dever legal da apelante, em, adotar as providências cabíveis e necessárias no que diz respeito à inspeção da presença de artefatos falhados na área de realização de tiros, bem como, na proteção e guarda do campo.[362]

Com relação à possibilidade de estar presente no caso a excludente de fato da vítima, a relatora entendeu que, apesar de o menor de treze anos ter entrado na área militar e apanhado a granada por livre e espontânea vontade, ele não tinha completa capacidade de discernimento a respeito das consequências de seu ato. Dessa forma, concluiu que não havia fato da vítima para excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado.

No entanto, em outros casos com as mesmas características, os tribunais reconheceram que havia culpa concorrente da vítima, sendo que no seguinte caso a vítima contava com quinze anos de idade quando ocorreu o evento:

> Neste caso não há que se falar em falta de informação a respeito do perigo que corria a vítima, pois o amigo que lhe deu informação da existência de artefato bélico intacto era filho de militar, da mesma forma as atividades de treinamento eram eventos constantes de conhecimento da população, portanto, cujo perigo era comunicado pelo corpo militar.[363]

O tribunal entendeu que havia fato da vítima, pois, pela descrição dos fatos, os menores sabiam que a granada que estavam manuseando não estava detonada. Além disso,

---

[362] BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Apelação Cível nº 92.03.053995-6/SP. 5ª Turma. Relator Desembargadora Federal Suzana Camargo. São Paulo, SP, 23 de setembro de 1996. p. 12. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 3, <www.trf3.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[363] BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Apelação Cível nº 0026923-30.2008.403.0399/SP. 3ª Turma. Relator Desembargadora Federal Cecilia Marcondes. São Paulo, SP, 11 de março de 2010. p. 9. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 3, <www.trf3.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

entendeu-se que também houve culpa dos pais que não tomaram os cuidados necessários para evitar que seus filhos fossem ao local de treinamento militar.

Assim como os locais em que há treinamento militar ou é utilizado como depósito de armamento, a jurisprudência também reconheceu como local perigoso, a região próxima a aeroportos. Em precedente analisado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, analisou-se a responsabilidade do Estado por acidente causado nas proximidades do Aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro.

Um motorista de táxi estava conduzindo seu veículo em uma via próxima ao aeroporto (existia apenas uma cerca viva que separava a via da pista do aeroporto), quando seu carro foi arremessado para fora da pista devido ao deslocamento de ar causado pela turbina da aeronave que estava decolando na cabeceira da pista do aeroporto. O carro foi arremessado sobre pedras que margeiam a via e o motorista, que sofreu diversos ferimentos, veio a falecer.

O tribunal entendeu que como a via próxima ao aeroporto estava dentro da área de segurança aeroportuária, cabia à Administração Pública (no caso analisado, a empresa pública federal INFRAERO), o dever de garantir a segurança de todos aqueles que passavam pelo local, que tinha algumas placas escondidas pela vegetação e um segurança, de um dos lados da via, para controlar o tráfego.

O tribunal entendeu que as medidas de segurança que haviam sido adotadas eram insuficientes para garantir a segurança dos transeuntes; configurando, assim, negligência da INFRAERO no emprego das medidas de segurança. Isso porque o local deveria contar com uma sinalização eficiente, com número adequado de funcionários para o efetivo controle de tráfego e cancelas para bloquear a passagem na via enquanto as aeronaves decolavam.

Dessa forma, conclui-se que "o acidente que vitimou fatalmente o taxista, Sr. Antônio Almeida Macedo, resultou diretamente do ato omissivo estatal"[364]. A INFRAERO deveria ser responsabilizada pelo dano causado em razão da não observância do "dever jurídico consubstanciado na obrigação de proporcionar satisfatórias condições de segurança, através de efetiva e eficiente sinalização e controle de tráfego no local"[365]:

> restou evidenciado que a omissão estatal contribuiu decisivamente para a ocorrência do evento lesivo, até porque, ao que tudo indica, a adoção de medidas

[364] BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação Cível nº 2002.51.01.014860-2. 8ª Turma Especializada. Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima. Rio de Janeiro, RJ, 21 de novembro de 2013. p. 12. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 2, <www10.trf2.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[365] Ibid., p. 12.

> de segurança bastante simples poderiam ter evitado a adversidade, já que parece notório tratar-se de local deveras perigoso, exigindo grande cautela por parte da Administração em zelar pela segurança dos transeuntes.[366]

Apesar de o acórdão defender que se aplica a responsabilidade objetiva da Administração Pública, "ainda que se trate de conduta omissiva, mercê da aplicação do princípio da efetividade máxima das normas constitucionais"[367], ele acaba, na verdade, fundamentando a responsabilidade da INFRAERO em sua conduta negligente, por não ter observado o dever jurídico de zelar para que a atividade explorada não afetasse a segurança daqueles que transitavam em local próximo ao aeroporto:

> Assim, o dever de indenizar afigura-se inequívoco, pois da falha na prestação de serviço da Ré decorreram as evidentes agruras morais por que passaram os autores, desde a ocorrência do evento danoso, pois, afinal, não se pode negar o evidente sofrimento por que passaram a esposa e os filhos, que foram prematuramente privados da convivência de seu ente querido.[368]

Como se pode observar nos precedentes acima, os tribunais não fundamentam a responsabilidade do Estado no risco que sua atividade criou para a vítima, mas sim na negligência aos deveres que eram impostos aos agentes. Logo, acabam aplicando a responsabilidade subjetiva e não objetiva em tais precedentes. Claro que maior cautela ou deveres de cuidado específicos eram exigidos do Estado naquelas situações justamente em razão das atividades que estavam sendo exploradas, porém o foco dos tribunais é sempre a omissão dos deveres.

Entendemos que os casos citados acima se diferenciam das duas situações que serão narradas a seguir em razão da atividade prestada pelo Estado. Nos casos abaixo, a atividade estatal não gera uma situação de risco *per se* que propicia a realização do dano e, consequentemente, deve receber um tratamento diverso.

O primeiro caso foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça e discutia a responsabilidade do Estado pelas lesões físicas sofridas por um menor (lesão medular cervical irreversível) que mergulhou de cabeça em um ribeirão de águas rasas. A Administração Pública Estadual administrava o local e, inclusive, cobrava ingressos de quem desejava ter acesso ao Balneário em que se encontrava o ribeirão.

---

[366] BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação Cível nº 2002.51.01.014860-2. 8ª Turma Especializada. Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima. Rio de Janeiro, RJ, 21 de novembro de 2013. p. 12. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 2, <www10.trf2.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[367] Ibid., p. 4.
[368] Ibid., p. 12.

Os ministros reconheceram a "notória deficiência nas condições de segurança do Balneário", pois não havia no local ambulância ou enfermeira, impossibilitando o socorro imediato do menor (reconhecendo, mais uma vez, a negligência do Estado). Como o dano foi causado por um ato omissivo do Estado, defenderam, citando lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que se aplicaria ao caso a teoria da responsabilidade subjetiva, motivo pelo qual analisam se a omissão foi ilícita por não ter o Estado atuado para impedir o dano. Constou do referido acórdão o seguinte questionamento: "há, na hipótese dos autos, cuidados que, se observados por parte da Administração Pública Estadual, em atuação diligente, poderiam ter evitado a lesão?" [369]. E os ministros concluíram que a resposta à pergunta era positiva, por ser indispensável a presença de salva-vidas no balneário e o isolamento de áreas que apresentavam perigo aos visitantes.

Assim, tendo em vista sua atuação deficiente, a responsabilidade da Administração estava baseada na responsabilidade pela culpa do serviço com presunção de culpa:

> O entendimento que ora se defende situa-se no campo da responsabilidade subjetiva pela faute du service ou culpa do serviço, existente quando o Estado, devendo atuar com base em certos critérios, não o faz, ou quando peca por omissão ou atua de modo deficiente ou insuficiente.[370]

Ao final, os ministros também reconheceram a culpa concorrente da vítima por ter sido imprudente em um local que estava frequentando pela primeira vez.

No segundo caso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região analisou se o Estado deveria indenizar a família do falecido que morreu ao tentar nadar nas águas de uma barragem que era administrada pela CODEVASF, empresa pública prestadora de serviços[371]. O Tribunal entendeu que apesar de as cercas de proteção ao local terem sido cortadas, ainda havia placas que sinalizavam que se tratava de um local proibido, assim, não havia culpa da empresa no presente caso, pois estava claro que se tratava de um local perigoso. Como o Estado somente poderia ser responsabilizado subjetivamente por atos omissivos e não havia culpa da empresa, a CODEVASF não poderia ser responsabilizada pelo dano.

---

[369] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 418.713/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Franciulli Netto. Brasília, DF, 20 de maio de 2003. p. 15. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[370] Ibid., p. 17.
[371] BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação Cível nº 2006.33.09.000035-6/BA. 5ª Turma. Relator Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, DF, 07 de março de 2012. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 1, < www.portal.trf1.jus.br > acesso em 19 de setembro de 2017.

Além disso, afirmou-se que tanto a população local como a vítima tinham conhecimento do risco a que se expunham ao nadar no local proibido. Concluiu-se, assim, que a morte decorreu de culpa exclusiva da vítima e que não havia nexo de causalidade entre a omissão da empresa e o dano sofrido.

Nesse caso, entendo que a conclusão do Tribunal Regional Federal 1ª Região, ao entender que não havia culpa do Estado, está tecnicamente correta, pois, apesar de o Estado ter administrado o local em que ocorreu o acidente, não atuou positivamente para a ocorrência do dano. Ademais, o Estado havia respeitado as medidas de precaução necessárias, como a instalação de cerca e placas no local, apesar de terem sido retiradas pela população local.

Nesses dois casos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a atividade prestada pelo Estado não foi responsável por criar a situação de risco que resultou no evento lesivo, diferentemente do caso do aeroporto e das áreas de treinamento militar. Assim, entendo que os tribunais adotaram entendimento que está em consonância com o ordenamento brasileiro ao aplicar a modalidade subjetiva da responsabilidade e investigar se houve culpa por parte dos agentes ou não.

A seguir, analisaremos alguns julgados que tratam de situações em que o Estado tem o dever de guarda de pessoas consideradas perigosas, em específico aqueles relacionados aos detentos que são mantidos em unidades prisionais ou que deveriam estar sob a tutela do Estado, por serem os mais recorrentes nos tribunais[372].

A respeito dos deveres do Estado, veja lição de Yussef Said Cahali que trata sobre a responsabilidade do Estado em face dos detentos:

> Na realidade, a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação de sua integridade corporal, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte dos agentes públicos, seja da parte de outros detentos, seja, igualmente da parte de estranhos.[373]

O tema da responsabilidade do Estado por atos envolvendo detentos pode ser analisada em dois tipos de casos: o primeiro, é o caso em que o detento é vítima de lesão causada por outro detento, enquanto o segundo, envolve os danos causados a terceiros por

[372] Ainda que a responsabilidade pelos danos causados pelos presos ou foragidos envolva o tema do poder de polícia, a ser tratado com maior profundidade no capítulo seguinte, a opção de tratar desse caso no presente item se justifica pelo fato de que a responsabilidade do Estado se assemelha ao fundamento utilizado nos precedentes acima, além de o tema do poder de polícia não ser desenvolvido nos julgados que tratam sobre o assunto.

[373] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 397.

presos foragidos.

No que diz respeito aos danos sofridos por detentos dentro dos presídios, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de caso que versava sobre a responsabilidade do Estado pela morte de preso dentro do complexo prisional (Tema 592 da repercussão geral). A repercussão geral diz respeito ao dever do Estado de manter a integridade dos presos que estão sob a sua vigilância. Veja-se:

> Eis aqui o ponto nodal do presente caso: o poder estatal de punir e a sua responsabilização por danos causados ao preso no desempenho desse munus público.
> A presente questão jurídica revela elevada densidade constitucional, posto gravitar não apenas em torno da configuração da responsabilidade civil do Estado em razão da morte de detento (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal), mas também do conteúdo e alcance do direito fundamental do apenado à preservação da sua integridade física e moral (artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal)[374]

No entanto, achamos o acórdão esclarecedor por também analisar e definir a teoria que seria aplicada em caso de responsabilidade por omissão estatal. Em primeiro lugar, o Relator Ministro Luiz Fux afirmou que a teoria que rege a responsabilidade do Estado é a teoria do risco administrativo ao mesmo tempo em que reconheceu que os casos de omissão estatal merecem "considerações específicas" em razão da falta de clareza da redação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal:

> É que esses casos de responsabilidade civil do Estado por omissão retratam questões jurídicas tormentosas, tanto em sede jurisprudencial, quanto doutrinária. Isso porque, embora o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal seja expresso ao definir a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos causados pelos seus agentes, não se vislumbra claramente do texto constitucional qual a solução jurídica adequada nos casos de danos oriundos de omissões estatais.[375]

O Ministro segue o voto defendendo que, diante dessa indefinição, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a responsabilidade do Estado por omissão está fundamentada no mesmo artigo constitucional, de forma que seria adotada a teoria da responsabilidade objetiva mesmo para os casos omissivos.[376]

---

[374] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS. Plenário. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de março de 2016. p. 8. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[375] Ibid., p. 16-17.

[376] Para corroborar a defesa da tese, o Ministro Luiz Fux cita diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE nº 677.283 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, 08 de maio de 2012; ARE 754.778 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, 19 de dezembro de 2013; RE 607.771 AgR, Relator Ministro Eros Grau, 2ª Turma, 14 de maio de 2010. No entanto, também podem ser encontrados precedentes que tratam sobre o mesmo assunto e aplicam a teoria subjetivista, como o RE 372.472, Relator Ministro Carlos

No entanto, ressalta que para surgir o dever de o Estado indenizar a vítima, deve estar presente o nexo de causalidade entre a omissão de uma obrigação específica estatal e o dano causado:

> Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal.[377]

Além da presença do dever de agir, o Estado também deveria ter a possibilidade de agir para evitar o dano. Assim, uma das premissas definidas no presente caso é no sentido de que o Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus atos omissivos, desde que ele tivesse a obrigação específica de agir e pudesse ter agido para impedir o resultado, i.e., desde que o dano não fosse causado por uma causa excludente de responsabilidade.[378]

Aplicando tal entendimento à relação Estado-detento, o Relator concluiu que o artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal impõe "uma clara obrigação para o Estado" de garantir a integridade física e moral dos detentos.

> Os direitos fundamentais já enunciados acima conduzem o legislador constituinte a ir mais além, instituindo previsão específica de proteção aos apenados no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Trata-se aqui, à evidência, de direito fundamental intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui base axiológica de todos os direitos fundamentais.[379]

Entretanto, o Ministro destaca que, independentemente da causa da morte do detento, seja suicídio, homicídio ou morte natural, haverá casos em que o Estado não poderá evitar a morte do detento. São os casos em que está presente uma das causas excludentes de responsabilidade. Um dos exemplos citados é que existem casos em que o Estado é capaz de prever que um preso tentará cometer suicídio por meio de seu histórico carcerário e psiquiátrico e o padrão de seu comportamento, mas em outros casos, o suicídio pode ser um ato repentino, sendo imprevisível até para aqueles que conheciam o detento pessoalmente. Nesse sentido:

Velloso. 2ª Turma. 04 de novembro de 2003; RE 382.054, Relator Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma. 03 de agosto de 2004.

[377] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS. Plenário. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de março de 2016. p. 20. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[378] Ibid., p. 23.

[379] Ibid., p. 21.

> Como se extrai dos julgados transcritos acima, a jurisprudência deste tribunal tem admitido que a morte de detento gera responsabilidade civil objetiva para o Estado, em decorrência da sua omissão em cumprir o dever especial de proteção que lhe é imposto pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Nesse ponto, a argumentação até aqui desenvolvida converge com o entendimento do Pretório Excelso sobre a matéria.
> É preciso, todavia, ir além, tecendo algumas considerações adicionais, a fim de excepcionar dessa regra geral algumas situações específicas.
> (…). Deveras, sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano.[380]

Portanto, entende o Relator que se o Estado podia agir para evitar que o preso fosse ferido, mas não o faz, ele deve ser responsabilizado pelos danos que o detento sofreu. Mas, como regra geral, conclui que, com base no dever de custódia, o Estado é responsável pela morte do detento.

Os demais ministros da Corte seguiram o entendimento do Relator e fixaram a seguinte tese: "Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento"[381]. Dessa forma, na decisão da repercussão geral a análise da culpa do Estado ficou afastada do debate, bastando o descumprimento do dever para configurar a responsabilidade do Estado.

No caso específico analisado pela Corte, conclui-se que o Estado não conseguiu comprovar que o preso havia cometido suicídio ou que estava presente qualquer causa que pudesse excluir sua responsabilidade pelo resultado. Assim, o Estado não se desincumbiu do ônus de provar fato da vítima, caso fortuito ou força maior.

Precedentes do STF já reconheciam que o artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal estabelecia o dever constitucional de guarda do Estado sobre os presos sob sua tutela. No entanto, entendemos que a importância da tese consolidada no precedente acima reside no reconhecimento de que somente há "inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal" quando o Estado não conseguir comprovar que o dano foi causado por uma das causas que excluem sua responsabilidade. Nesse sentido, o precedente deixa claro que o Estado não deve ser responsabilizado em todas as situações nas quais os detentos tenham sido vítimas de lesões.

De toda forma, tal entendimento já vinha sendo aplicado pela Corte, ao reconhecer

---

[380] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS. Plenário. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de março de 2016. p. 24-25. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[381] Ibid., p. 63.

a responsabilidade do Estado em razão de sua omissão no caso em que, a despeito de já ter solicitado a transferência de cela porque estava sendo ameaçado[382], ter sido um detendo morto por outro ou hipóteses nas quais o Estado tinha conhecimento da alta periculosidade do preso[383] (em ambos os casos a responsabilidade tinha como fundamento a negligência do Estado).

Ao passo que em outro precedente, a Corte reconheceu que não havia a obrigação de o Estado indenizar a família do detento que cometeu suicídio dentro da prisão, uma vez que o detento havia sido colocado em uma cela sozinho e os funcionários haviam retirado objetos que pudessem ser utilizados para que ele cometesse suicídio, sendo inexigível que se colocasse um guarda para vigiá-lo a noite inteira[384]. Logo, ficou comprovado que o nexo de causalidade foi rompido por culpa exclusiva da vítima.

O segundo tipo de caso envolvendo detentos são aqueles em que os danos foram causados por presos foragidos a terceiros. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral ao precedente que trata sobre o dever de o Estado indenizar a família do falecido que foi morto por detento que descumpriu o regime semiaberto (Tema 362) [385]:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DANO DECORRENTE DE CRIME PRATICADO POR PRESO FORAGIDO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da responsabilidade civil do Estado em face de dano decorrente de crime praticado por preso foragido, haja vista a omissão no dever de vigilância por parte do ente federativo.

Apesar de após o reconhecimento da repercussão geral até o momento final de elaboração da presente dissertação[386] não ter havido o julgamento do mérito do processo pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, analisamos outros precedentes que também tratam sobre o assunto. Na maioria deles não se reconheceu a responsabilidade do Estado

---

[382] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 179.147-1/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1997. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 10 de novembro de 2017.

[383] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 81.602/MG. 1ª Turma. Relator Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF, 05 de dezembro de 1975. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[384] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 121.130-0/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 14 de maio de 1996. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[385] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608.880-RG/MG. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2011. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[386] 05 de dezembro de 2017

por danos cometidos pelos presos foragidos, como ocorre no Recurso Extraordinário nº 130.764 já mencionado acima e que analisamos de forma mais detalhada nesse item.

Tal precedente analisava a eventual responsabilidade do Estado por roubo efetuado por uma quadrilha da qual fazia parte dois criminosos que estavam foragidos. No momento em que o roubo foi realizado, havia transcorrido 21 meses que um dos foragidos tinha fugido do hospital em que estava recebendo tratamento de saúde.

Embora fosse clara a conduta negligente do Estado por permitir que o detento fugisse, os ministros entenderam que não havia relação imediata entre a omissão estatal e o roubo, uma vez que sobrevieram outros fatos que contribuíram à realização do ato danoso, como a formação de quadrilha, e em razão do tempo que se passou entre a negligência estatal e a concretização do dano. Concluíra, assim, pela ausência do nexo causal entre a omissão estatal e o dano causado.

> As circunstâncias do presente caso evidenciam que o nexo de causalidade material não restou configurado, quer em face da ausência de imediatidade entre o comportamento referido imputado ao Poder Público e o evento lesivo consumado, quer em face da superveniência de fatos remotos descaracterizadores, por sua distante projeção no tempo, da própria relação causal.[387]

Em precedente semelhante, o Supremo Tribunal Federal julgou caso em que um fugitivo, junto a outros três criminosos, assaltou um casal que se encontrava dentro do veículo e matou o condutor. Nesse caso, o Relator Ministro Carlos Velloso faz a seguinte indagação: "a fuga de um apenado da prisão, vindo este, tempos depois, integrando quadrilha de malfeitores, assassinar alguém, implica obrigação de indenizar por parte do poder público, sob color de falta de serviço?"[388].

A resposta encontrada pelo Relator foi em sentido negativo, pois, assim, como ocorreu no Recurso Extraordinário nº 130.764, entendeu não haver nexo de causalidade entre a fuga do detento e o crime praticado enquanto estava foragido, observada a teoria do dano direto e imediato.

No entanto, em outro julgado que tratava sobre o mesmo caso, i.e., danos causados por preso foragido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que havia responsabilidade do Estado em razão das particularidades do caso, o que o acabava diferenciando dos

---

[387] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 130.764-1/PR. 1ª Turma. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 12 de maio de 1992. p. 31. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[388] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 369.820-6/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 04 de novembro de 2003. p. 12. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

precedentes citados acima. O Recurso Extraordinário nº 409.203-RS[389], julgado em 07.03.2006, diz respeito ao caso de um preso foragido que invadiu a casa das vítimas, exigiu que elas lhe dessem dinheiro e molestou sexualmente uma delas. Diante dos danos sofridos, as vítimas exigiam indenização à Administração, alegando que ela foi omissa ao seu dever de capturar o preso foragido.

Ao analisar o caso, os ministros do Supremo Tribunal Federal divergiram em relação à teoria que deveria ser aplicada à responsabilidade por omissão estatal. O Ministro Carlos Velloso reconheceu a falha no serviço público penitenciário, porém entendeu que não havia nexo de causalidade entre a falha estatal e o dano causado pelo preso foragido, como ocorria nos antigos precedentes da Corte. Assim, entendeu que não havia responsabilidade do Estado no presente caso.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, discordou desse entendimento, e ressaltou que o presente caso se diferenciava dos demais precedentes já julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em que não foi reconhecida a responsabilidade do Estado por danos cometidos por presos foragidos[390], pois o nexo de causalidade entre a omissão em fiscalizar o cumprimento da pena e o dano causado pelo foragido era rompido em razão do tempo transcorrido entre a fuga e a realização do ato danoso ou pelo crime ter sido praticado com outros delinquentes.

Para o Ministro Joaquim Barbosa a particularidade do caso reside nas infrações anteriores do fugitivo, uma vez que o preso já havia cometido sete infrações, não havia sido submetido à regressão de regime prisional e continuava cumprindo sua pena em regime aberto, o que tornava evidente a falha do serviço e o nexo de causalidade entre a falha e o dano causado.

> Ora, o nexo de causalidade, no caso, parece-me patente. Se a lei de execução penal houvesse sido aplicada com um mínimo de rigor, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições que originariamente lhe foram impostas. Por via de consequência, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime que cometeu, num horário em que deveria estar recolhido ao presídio.[391]

---

[389] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 409.203-RS. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 20 de abril de 2007. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[390] Cita como exemplo o Recurso Extraordinário nº 130.764-1/PR. 1ª Turma. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 12 de maio de 1992; e o Recurso Extraordinário 172.025-5 RJ. 1ª Turma. Relator Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 08 de outubro de 1996.

[391] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 409.203-RS. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 20 de abril de 2007. p. 22. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

A Ministra Ellen Gracie seguiu o entendimento de Joaquim Barbosa ao afirmar que estava presente a "imediatidade da conexão entre o ato omissivo dos agentes estatais e o grave episódio que vitimou a pequena Jaqueline"[392]. Com base nas sete infrações anteriores ao episódio ocorrido, o Estado deveria ter promovido a regressão do regime do condenado. A Ministra ainda observou que se o poder público tivesse cumprido o seu dever, os crimes não teriam sido cometidos, sendo esse o motivo da omissão estatal constituir a "causa material suficiente a permitir que o evento danoso ocorresse"[393] e gerar a responsabilidade do Estado.

O Ministro Celso de Mello defendeu que a responsabilidade do poder público é objetiva, seja o dano decorrente de sua ação ou omissão. O referido Ministro sustentou estar plenamente configurado o nexo de causalidade entre a omissão estatal de promover a fiscalização do cumprimento da pena e o dano, uma vez que diante das inúmeras infrações cometidas pelo criminoso, o Estado deveria ter agido para alterar o regime de cumprimento de pena. Portanto, a omissão estatal constituiu causa direta e suficiente para a concretização do evento danoso.

> Se o Estado assim houvesse agido, procedendo com diligência em face dos incidentes anteriormente registrados, o apenado em questão teria sido submetido a regime penal mais gravoso, o que o teria impedido de praticar os delitos gravíssimos que veio a cometer.[394]

Desse modo, por decisão da maioria, negou-se provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo-se a responsabilidade do Estado pelos atos cometidos pelo preso foragido e a obrigação de indenizar as vítimas.

Como se pode observar, a diferença desse precedente é que o Estado tinha conhecimento das inúmeras infrações cometidas pelo preso foragido, sendo assim, era previsível que o criminoso iria cometer novos crimes se fosse mantido no regime aberto. No entanto, mesmo diante de tal dado, o Estado não tomou nenhuma medida para evitar que ele voltasse às ruas. Ademais, nesse caso, cabe ressaltar que o Poder Judiciário deveria ser o responsável pelo dano causado, pois cabia a ele fiscalizar o cumprimento da pena, aplicar a Lei de Execuções Penais e promover a regressão de regime.

---

[392] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 409.203-RS. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 20 de abril de 2007. p. 32. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[393] Ibid., p. 33.
[394] Ibid., p. 39.

A partir da análise dos precedentes analisados nesse item, pudemos identificar que os tribunais não aplicam a diferenciação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de verificar se o Estado criou a situação que expôs a vítima ao risco e aplicar a responsabilidade objetiva, mas fundamentam a responsabilidade do Estado na violação dos deveres que eram impostos ao poder público, aplicando a modalidade subjetiva.

No entanto, em alguns precedentes, como aqueles que tratavam sobre os danos causados pela granadas abandonadas em área militar e do taxista que teve seu táxi arremessado contra pedras enquanto passava perto do aeroporto, a análise dos deveres impostos aos agentes e a maior rigidez na observância deles decorreu da atividade que estava sendo prestada e do risco que ela oferecia a terceiro.

Assim, se conferia mais importância ao risco oferecido pela atividade (apesar de as análises dos tribunais terem se focado na omissão de deveres específicos que eram impostos). De modo diverso, em outros precedentes, como os que tratavam sobre os detentos mantidos sob a custódia do Estado ou aqueles que estavam foragidos, o enfoque era um pouco diferente, uma vez que a jurisprudência se concentrou no dever de guarda que o Estado tem sobre os presos, e no erro do Poder Judiciário, e menos no risco que a atividade oferecia a terceiros.

11. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS POR FORÇAS DA NATUREZA E FATO DE TERCEIRO

O Estado será responsabilizado por danos causados por forças da natureza ou fato de terceiro nos casos em que, diante da obrigação de realizar determinada obra ou prestar um serviço que evitaria o dano, o Estado não cumpra tal obrigação (falta do serviço) ou o faça insatisfatoriamente (falha do serviço).

Como não há uma fórmula exata para se verificar a existência do nexo de causalidade entre a conduta omissiva estatal e o dano, a análise deve ser feita em cada caso e todas as circunstâncias que levaram ao resultado devem ser levadas em conta. Isso porque um fato decorrente de força da natureza, na maioria dos casos, exclui a responsabilidade do Estado pelos danos sofridos pela vítima, considerando que o dano decorreu de caso fortuito ou força maior.

No entanto, em outros casos, a responsabilidade do Estado pode estar presente ainda que o dano tenha sido causado diretamente por um ato da natureza. Por exemplo,

uma chuva pode ensejar a responsabilidade civil do Estado para uma região se ficar comprovado que aquela região sofria constantes alagamentos e o Estado ficou responsável por realizar uma obra para contê-los antes da época de chuvas, mas não a realizou. Assim, a negligência estatal enseja seu dever de indenizar os danos causados.

Ao passo que essa mesma chuva pode ser considerada causa excludente de responsabilidade do Estado (caso fortuito ou força maior) se ficar comprovado que todos os serviços públicos foram prestados adequadamente, mas ainda assim o dano foi causado. Esse entendimento, inclusive, foi adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo[395], ao excluir a responsabilidade do Estado em indenizar os danos causados por enchentes. Alegou-se que as enchentes ocasionadas pelas fortes chuvas são estranhas à atividade do Estado e ainda que se possa prever uma grande quantidade de chuvas, os danos causados não são de sua responsabilidade, uma vez que elas estavam relacionadas ao *"extraordinário e incontrolável crescimento da metrópole paulista"* e não podiam ter sido evitadas pela regular diligência do Poder Público. Dessa forma, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo está em consonância com o disposto no parágrafo único do artigo 393 do Código Civil ao considerar que apenas a inevitabilidade do evento caracteriza o evento como caso fortuito ou fora maior.

Após analisar diversos julgados que tratavam sobre a responsabilidade do Estado por danos causados por inundações, enchentes e deslizamentos de terra, Yussef Said Cahali aponta que é justamente na definição do que seria a obrigação devida do Estado que reside o motivo de tanta divergência entre as decisões dos tribunais em casos que são aparentemente semelhantes. Isso porque nem sempre a lei irá definir claramente qual é a obrigação devida, cabendo ao magistrado chegar a tal conclusão por meio de um juízo de valor.

> (...) as divergências [na jurisprudência] se localizam mais exatamente na verificação da existência da obrigação administrativa devida, cuja omissão se coloca como pressuposto causal do dano sofrido pelo particular, e, envolvendo a determinação da existência de obrigação devida nem sempre um fundamento legal, mas um juízo de valor na afirmação de um comportamento administrativo exigível em razão das circunstâncias do caso concreto, o critério pessoal de cada juiz será contingente inevitável na sua aferição, mostrando-se uns mais e outros menos rigorosos na exigibilidade das atribuições cometidas à Administração Pública.[396]

[395] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. RJTJSP 30/36. In: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48-50.
[396] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 379.

O ponto é que o Estado sempre estará diante de um dever genérico e amplo, como garantir o direito à moradia e segurança, fazendo surgir a ele a obrigação de prestar algum serviço ou realizar alguma obra. No entanto, basear a responsabilidade do Estado simplesmente em tal dever genérico seria erigir o Estado ao papel de segurador universal.

Nesse sentido, Yussef Said Cahali ressalta que é necessário analisar e definir para cada caso concreto "se seria razoavelmente exigível da Administração Pública a realização de determinados serviços ou execução de obras preventivas com vistas à segurança e incolumidade dos administrados e seus patrimônios (...)"[397].

Em nossa opinião, afirmar que há responsabilidade do Estado quando se poderia razoavelmente exigir da Administração Pública um serviço parece uma fórmula simples e correta. No entanto, em uma cidade de grandes proporções e com incontáveis problemas, como a cidade de São Paulo, não é fácil definir se o Estado deveria priorizar obras em um local ou no outro. Assim, ao se adotar essa fórmula parece que o Estado sempre acabaria sendo responsabilizado pelos danos causados pela obra que deixou de priorizar, dificultando ainda mais sua situação financeira e prejudicando o investimento em outras obras.

Entendemos que mesmo diante de tal cenário o Estado não se desincumbe do dever, por exemplo, de realizar obras para evitar danos causados pela chuva e de ser responsabilizado caso não o faça. Assim, a análise da conduta estatal é imprescindível para determinar se ele deve ser responsabilizado ou não, i.e., o ente público deve ser obrigado a indenizar danos causados se atuou com negligência. Nesse sentido, o poder público não teria o dever de indenizar os danos causados se ele comprovasse que, ainda que não tenha realizado as obras, já começou a tomar providências para iniciá-las (mesmo que em estágio preliminar). Além disso, o Estado precisaria estar ciente da necessidade das obras, seja por meio das reclamações feitas pelos moradores ou pela regularidade com que a região é afetada, dentre outros.

A partir do estudo dos julgados a seguir vamos verificar como os tribunais têm definido as obrigações do Estado e sua eventual responsabilidade por não as ter cumprido.

Em primeiro lugar, cumpre analisar importante decisão das extintas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo ao analisar caso de responsabilidade civil do

[397] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 379.

município por omissão[398]. Tratava de uma ação de indenização movida por comerciante que teve seu estoque e bens estragados por uma inundação que teria sido resultado da falta ou mau funcionamento do serviço público.

A decisão recorrida conclui que o dano teria tido como concausas o fato fortuito, uma vez que se tratava de chuvas anormais que ocorreriam somente de cem em cem anos, e a culpa da Administração pela falta de preservação das galerias pluviais do Município. Por esse motivo, condenou o Município somente a pagar metade da indenização devida. Tal decisão, porém, parece contrariar o disposto no Código Civil, uma vez que o caso fortuito e força maior excluem a responsabilidade do Estado e somente o fato da vítima poderia atenuar a responsabilidade do ente municipal.

Em caso semelhante analisado pela Sexta Câmara Civil, foi tomada decisão em sentido diverso, entendendo-se que o dano deveria ser integralmente indenizado pelo Município. Em razão da divergência dos julgados, foi interposto recurso de revista às Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo.

As Câmaras Cíveis Reunidas decidiram, por maioria dos votos, cassar o acórdão recorrido, entendendo que a existência de concausa, as chuvas anormais, seriam irrelevantes para excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado. Entenderam que não houve caso fortuito, pois as enchentes no rio Tamanduateí ocorriam todos os anos, sendo que "a hipótese de chuvas torrenciais e anormais devem ser previstas pelo poder público quando da execução de suas galerias pluviais"[399]. Portanto, diante do dever de o Estado atuar para prevenir ou atenuar a intensidade das enchentes, verifica-se que o serviço funcionou mal, devendo o ente público ser responsabilizado pela sua omissão.

> Não importa, portanto, a concorrência de outros fatôres ou concausas para a deflagração do evento lesivo ao particular, a que alude o acórdão recorrido para justificar a redução à metade da indenização principal, pois o julgado não nega que o serviço público municipal funcionou mal, "a pôr em jôgo a responsabilidade da Prefeitura em reparar os danos sofridos".
> Tais concausas ou fatôres estranhos concorrentes não podem ser considerados para êsse fim, perante o nosso direito positivo e nem em face da melhor doutrina. São alheios ao nosso direito público constitucional.
> [...]
> Pelo expendido: pouco importa a existência de concausas quando os danos provêm de faltas anônimas nos serviços públicos de várias entidades públicas, ainda que uma daquelas provenha de um suposto fato fortuito, qual uma chuva anormal. [400]

[398] BRASIL. Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Revista nº 175.975. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo. v. 3. n. 12. p. 214. abr./jun. 1970.
[399] Ibid., p. 216.
[400] Ibid., p. 216-217.

Dessa forma, entendeu-se que não houve caso fortuito, mas, ainda que houvesse, ela não iria excluir a responsabilidade do Estado, uma vez que restou comprovado que o dano resultou do mau funcionamento do serviço público. Entretanto, não concordamos com o raciocínio das Câmaras Cíveis Reunidas, pois se os efeitos das chuvas eram anormais e não poderiam ter sido evitados pelo Estado, está caracterizada a excludente de caso fortuito ou força maior. Assim, em razão do disposto no artigo 393 do Código Civil, o Estado não deveria ser obrigado a indenizar as vítimas.

José de Aguiar Dias, ao analisar a decisão, concorda com o que foi decidido pelas Câmaras Cíveis Reunidas, pois "a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, no Brasil, obedece ao sistema do risco, em que as concausas são irrelevantes para efeito do cálculo da indenização"[401].

Entendemos que também é interessante analisar o voto vencido do caso, que trata com grande profundidade a responsabilidade do Estado e a hipótese de concorrência da culpa do Estado com o caso fortuito. O voto vencido foi proferido pelo Desembargador Lafayette Salles Júnior, que concordou com o acórdão recorrido, de forma que a responsabilidade do Estado deveria ser atenuada diante da ocorrência das chuvas anormais, que se tratavam de caso fortuito.

O desembargador entendeu que as chuvas atípicas teriam sido a causa principal da inundação, enfatizando que chuvas com aquela intensidade só eram verificadas a cada 100 anos (de acordo com o Instituto Astronômico e Geofísico), e que o estado das galerias pluviais teria tido um papel bem menor na concretização do dano. Diante de tais fatos, em nossa opinião, o Estado não deveria ser obrigado a indenizar os danos causados, pois não há relação causal entre o estado das galerias pluviais e os danos causados.

O Desembargador Lafayette Salles Júnior analisa, ainda, a ordem cronológica dos fatos: (a) primeiro fato: as chuvas torrenciais, que atingiram níveis altíssimos e anormais, sendo que a carga d'água foi parar no leito dos rios Tietê e Tamanduateí; (b) segundo fato: falta de retificação fluvial e ausência de sua limpeza na área do ABC; e (c) terceiro fato: galerias pluviais não conseguiram receber toda a quantidade de água vinda das chuvas. A partir da análise quer demonstrar que o fato atribuível ao Município corresponde ao último fato da cadeia e indaga:

> Por que a Prefeitura haveria de responder pelos fatôres antecedentes, caracterizadores de uma fôrça maior e de fatos de terceiro, se sôbre os mesmos

[401] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil.* 12. ed., rev. e atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 695.

> nenhuma influência seria capaz de exercer com eficiência, de modo a elidir inteiramente seus efeitos danosos?[402]

O desembargador responde à pergunta no sentido de que o Município somente deve responder pelos danos que decorrerem da falta de limpeza dos bueiros e das galerias pluviais e não pela agravação do dano que decorreu da força maior. Nesse ponto, a crítica a ser feita ao entendimento do desembargador é que ele acaba confundindo o nexo causal com a extensão do dano, sem contar que ele próprio reconheceu em seu voto que a causa principal da inundação foi o caso fortuito ou força maior.

Ao analisar as teorias do nexo de causalidade, quais sejam, a da equivalência das condições, da causalidade adequada e do dano direto e imediato, afirma que nenhuma delas consegue demonstrar que, em razão de sua negligência, o Município deveria ser responsável além dos danos causados por uma chuva normal (uma vez que ele entendeu que nenhuma das teorias reconhece a relação de causalidade entre a negligência estatal e o dano, entendemos que a responsabilidade do Estado deveria ter sido excluída em razão da falta de nexo causal). Portanto, o Desembargador entende que o Município somente deve ser responsabilizado pelos danos que efetivamente der causa, sendo que, no presente caso, corresponderiam aos danos que seriam causados por uma chuva normal, não devendo ser ressarcida a outra parte do dano que foi causada pelas chuvas anormais.

> Se havia má conservação ou falta de limpeza de bueiros e galerias pluviais o Poder Público só responde pelos danos que chuvas normais, em razão daquela falta do serviço administrativo, determinassem. A parcela de danos acrescidos em virtude da anormalidade das chuvas não pode ser imputada àquele. E a razão é óbvia: não tivesse havido a concorrência da falta de serviço e dos danos, então menores porque só ocasionados pelas chuvas anormais, não ensejariam qualquer indenização.
> Se a falta de escoamento das águas por culpa administrativa aumentou os danos o Poder Público só responde na medida dêsse aumento.[403]

Considerando que o Desembargador Lafayette Salles Júnior reconheceu que (a) a chuva foi a principal causa do dano e a condição das galerias pluviais teve um papel menor para o dano; (b) a chuva era extraordinária; (c) nenhuma das teorias do nexo causal reconhece a responsabilidade do Estado nesse caso, então, a chuva deveria ter sido reconhecida como evento de caso fortuito ou força maior, excluindo a responsabilidade do Estado por meio da aplicação do 1058 do Código Civil de 1916 (atual artigo 393 do Código Civil 2002).

---

[402] BRASIL. Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Revista nº 175.975. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo. v. 3. n. 12. p. 222. abr./jun. 1970.
[403] Ibid., p. 240.

Cabe ainda mencionar importante precedente do Supremo Tribunal Federal que decidiu se o município de São Paulo deveria indenizar o proprietário de um terreno cuja casa desabou, segundo a vítima, em razão do transbordamento do córrego que passava junto ao terreno, que deveria ter sido canalizado pelo ente municipal.

Ao analisar o caso, Ministro Themistocles Cavalcanti, que foi seguido pela maioria, entendeu que não deveria ser aplicada ao Estado a teoria do risco, "porque ela representa uma solução puramente civilista, de opções muito restritas, entre a responsabilidade fundada na culpa e a responsabilidade objetiva" [404]. Mas sim a teoria do risco administrativo, que estabelece que o Estado seja responsabilizado somente pelas faltas cometidas no funcionamento do serviço:

> Com isto, permite-se o exame dos casos particulares e a análise de circunstâncias peculiares a cada um, de maneira a atender as condições em que se verifica a responsabilidade do Estado.
> Aquilo que os francêses chamam a "faute du service" que é imputável não só ao funcionário individualmente, mas à administração como órgão, permite definir a natureza da falta e a consequente responsabilidade.[405]

O Ministro afirma que os casos que mais geram controvérsia são justamente aqueles que envolvem a inércia da Administração, pois a responsabilidade se aproxima da culpa em razão da falta de providências indispensáveis para a prestação do serviço, sendo que, no presente caso, atribuiu-se à Administração o fato de ter concedido a licença para a vítima construir sua casa próximo ao córrego sem verificar as condições que tal terreno apresentava e a não realização de obras de canalização e manutenção no córrego.

Com relação ao transbordamento do córrego causado pelas chuvas, o Ministro Themistocles Cavalcanti afirma que, a princípio, a relação entre o transbordamento do rio e o desabamento da casa não seria suficiente para caracterizar a responsabilidade do município. No entanto, com base nas informações dos peritos verificou que o solapamento do terreno não decorreu de nenhum evento fortuito, pois não foram registradas chuvas anormais para a época, mas sim chuvas dentro da média, sendo que os locais já haviam apresentado diversos pedidos às autoridades locais para a desobstrução do rio. Dessa forma, não havia caso fortuito ou força maior que excluísse a responsabilidade municipal.

Assim, não apenas a Administração permitiu a construção em local que apresentava perigo, como estava evidente a sua inércia em tomar as providências que a situação exigia

---

[404] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 61.387/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Evandro Lins. Brasília, DF, 29 de maio de 1968. p. 10. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[405] Ibid., p. 12.

(ou seja, entende que o município agiu culposamente). Nesse sentido, concluiu que o município deveria indenizar o proprietário do terreno:

> A responsabilidade decorre de um conjunto de circunstâncias: a concessão de licença conhecendo o risco da construção e o fatal solapamento do imóvel que teria sido efêmera já previsível a falta de cuidado com a conservação do córrego; o fato de não ter sido o acidente causado por temporal ou chuvas excepcionais; a circunstância de ser o fato previsível e a inércia da administração para evitá-lo.[406]

Tratando sobre o mesmo assunto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no Recurso Especial nº 135.542, se o Município deveria indenizar a família do menor que morreu ao cair em buraco causados por chuvas. O acórdão visava a discutir "a qualificação jurídica dos fatos, se os atos praticados pela municipalidade para evitar o evento danoso foram suficientes para eximir-lhe a responsabilidade pela reparação civil"[407].

Em primeiro lugar, estabeleceu-se que a responsabilidade do Estado em casos omissivos é subjetiva, cabendo responsabilizá-lo apenas nas hipóteses em que ele tinha o dever de impedir o evento lesivo. Quando deveria "atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente. Nesse caso, a comprovação de dolo ou culpa mostra-se necessária"[408].

O Relator afastou as excludentes de responsabilidade de caso fortuito e força maior por não estar presente o elemento imprevisibilidade, uma vez que a existência do buraco causado pelas chuvas e o risco que ele oferecia aos moradores era de conhecimento geral. Nesse ponto, cabe ressaltar que tal entendimento está em desacordo com o artigo 393 do Código Civil, que considera evento de caso fortuito ou força maior apenas o evento que não poderia ter sido evitado e não aquele que não poderia ter sido previsto. Em seguida, o Relator reconheceu a responsabilidade do município, pois entendeu que as medidas que haviam sido adotadas não eram suficientes para evitar que o dano se concretizasse:

> É possível concluir, assim, que a municipalidade, embora tenha adotado medida de sinalização da área afetada pela erosão pluvial, deixou de proceder ao seu completo isolamento, bem como de prover com urgência as obras necessárias à segurança do local, fato que caracteriza negligência, ensejadora da responsabilidade subjetiva.

---

[406] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 61.387/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Evandro Lins. Brasília, DF, 29 de maio de 1968. p. 16. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[407] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 135.542/MS. 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004. p. 6. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[408] Ibid., p. 6.

Dessa forma, ainda que o município tenha atuado no presente caso, colocando placas no local, sua atuação foi considerada insuficiente, em razão da falta de isolamento da área afetada pelas chuvas e da não realização de obras para garantir a segurança do local, para impedir o resultado, devendo assim ser responsabilizado por indenizar a família da vítima. Nesse sentido, mais uma vez a responsabilidade do Estado decorreu de sua conduta negligente.

Nos acórdãos citados acima, os tribunais reconheceram a responsabilidade do Estado, fundamentando sua decisão, regra geral, no conhecimento do Estado da possibilidade do dano vir a se concretizar e na falta de adoção de medidas suficientes para impedir o resultado. Portanto, a conduta negligente foi o fundamento para surgir o dever de o Estado indenizar as vítimas. Porém, nos julgados descritos a seguir, a responsabilidade do Estado não foi reconhecida. Isso porque os tribunais têm sido mais cuidadosos ao verificar se, em primeiro lugar, houve falta ou falha do serviço prestado e, em segundo lugar, se havia nexo de causalidade entre a falha no serviço e o dano causado ou se ele decorreu de outra causa, como força maior ou fato da vítima.

Nos precedentes a seguir, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região se deparou com diversos processos em que agricultores pleiteavam indenização do Estado em razão dos prejuízos que sofreram em sua safra devido a inundações no local causado pelo grande volume de chuvas de maio de 2009.

Agricultores, proprietários de lotes no Perímetro Irrigado de Betume e de Propriá, localizados no Sergipe, alegavam que a CODEVASF - Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba não realizou a manutenção e limpeza dos sistemas de drenagem e canais de escoamento da região, causando a inundação em sua propriedade. Além disso, segundo os agricultores de Propriá, foi a atitude negligente da CODEVASF, ao não permitir o devido escoamento da água da chuva, que levou ao rompimento do dique de contenção do Riacho do Jacaré.

A maioria das decisões do TRF 5ª Região sobre o assunto podem ser divididas por região, Propriá e Betume, tendo sido diferente para cada região. Com relação ao pleito dos agricultores do Perímetro de Propriá, o Tribunal entendeu que não foi comprovada a negligência da CODEVASF em realizar a manutenção devida dos sistemas de drenagem e canais de escoamento. Além disso, concluiu que os danos decorreram de força maior, uma

vez que o nível de chuvas do período foi muito superior ao nível previamente registrado (mais do que o dobro do que havia sido registrado no ano anterior)[409].

> Assim, considerando a notável diferença entre tais registros [de índices pluviométricos], outra não pode ser a conclusão de que não houve falha no sistema de irrigação e drenagem, eis que os danos decorreram de força maior, ocasionados pela superveniência de precipitação em volume muito superior à média da região e dos registros em momento anterior.[410]

A decisão foi um pouco diferente para os agricultores do Perímetro de Betume[411]. Em primeiro lugar, o Tribunal reconheceu que houve sim falha no sistema de drenagem e irrigação. No entanto, mesmo diante de tais falhas, o Tribunal concluiu que não havia responsabilidade da empresa, pois além das chuvas da época terem sido acima da média, os agricultores também desrespeitaram o cronograma de cultivo estabelecido pela Administração Pública, plantando o arroz fora da época planejada (ou seja, além da força maior, estaria presente o fato da vítima). Assim, os danos sofridos decorreram da conduta dos próprios agricultores e não da falha da Administração.

> Note-se que a verdadeira causa dos prejuízos experimentados pelo agricultor foi o desrespeito costumez ao cronograma do plantio do arroz estabelecido pela administração do Perímetro.
> Se a parte autora sofreu prejuízos, tal decorreu de sua própria responsabilidade[412].

No entanto, entendemos que ainda que os agricultores tenham plantado arroz fora da época, se expondo ao risco de ter a plantação destruída pelas chuvas, a chuva excepcional foi a verdadeira causa dos danos. Assim, concordamos com o Tribunal ao afirmar que a empresa não poderia ser responsabilizada por danos que decorreram de situações imprevisíveis e inevitáveis, "no caso, as inundações decorrentes de forte precipitação pluviométrica (680,00 milímetros), fato esse atípico, ocorrido naquela região, no ano de 2009"[413].

---

[409] Nesse mesmo sentido: Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelações cíveis nºs 533.373, 516.362.
[410] BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação Cível nº 533732/SE. 2ª Turma. Relator Desembargador federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga. Recife, PE, 06 de novembro de 2012. p. 2. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 5, <www.trf5.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[411] Nesse mesmo sentido: Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelações cíveis nºs 502.451, 570.251, 531.862, 519.949 e 509.496.
[412] BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação Cível nº 570251/SE. 1ª Turma. Relator Juiz Francisco Cavalcanti. Recife, PE, 03 de julho de 2014. p. 5. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 5, <www.trf5.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[413] BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação Cível nº 570251/SE. 1ª Turma. Relator Juiz Francisco Cavalcanti. Recife, PE, 03 de julho de 2014. p. 7. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 5, <www.trf5.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

Além disso, o fato de as bombas de drenagem estarem quebradas há um tempo e em 10 anos a CODEVASF não ter feito nenhuma vez a manutenção do sistema, apenas reforça o argumento de que a falha do serviço não foi a causa do dano, mas sim que ele decorreu do caso fortuito ou força maior. Portanto, a responsabilidade da CODEVASF deveria ter sido excluída por estar caracterizada a excludente de caso fortuito ou força maior.

Para encerrar a discussão a respeito da responsabilidade do Estado pelos danos causados pela natureza, mencionamos dois acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que analisaram situações semelhantes: ambos se tratavam de ação de indenização movida por vítimas que tiveram seus pertences destruídos por enchentes. As vítimas pleiteavam ressarcimento do Estado, pois defendiam que as enchentes decorreram da prestação ineficiente do serviço público por parte do município.

No primeiro caso, reconheceu-se que houve omissão do município em razão da ineficiência do sistema de drenagem que não captava adequadamente as águas pluviais, permitindo que elas se acumulassem no terreno da vítima. A responsabilidade do Estado teria como fundamento a omissão ao dever de prestar os serviços públicos de interesse local e caráter essencial, previsto no artigo 30, inciso V, da Constituição Federal e na Lei Orgânica do Município.[414]

Além disso, afastou-se a excludente de força maior, uma vez que era completamente possível prever e, assim, evitar, que a região fosse afetada pelas chuvas da forma como ocorreu (pois a época de chuvas tinha acabado de se encerrar). Nesse sentido, "a Administração Pública deveria ter se antecedido às enxurradas e alagamentos, munindo a região de um sistema adequado e eficiente de drenagem"[415]. A Administração Pública deveria ter construído um sistema de drenagem mais adequado, mas não o fez, restando, assim, evidenciada sua conduta negligente.

Por outro lado, no segundo acórdão[416], em que a vítima também alegava que a enchente que destruiu os móveis de sua casa foi ocasionada pela negligência da Administração ao dever de realizar a manutenção das galerias pluviais do município, não

[414] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0002030-80.2015.8.26.0390. 1ª Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Marcos Pimentel Tamassia. São Paulo, SP, 29 de agosto de 2017. p. 8. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, <www.tjsp.jus.br > acesso em 19 de setembro de 2017.
[415] Ibid., p. 8.
[416] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1000228-43.2015.8.26.0515. 3ª Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Maurício Fiorito. São Paulo, SP, 12 de setembro de 2017. p. 1-2. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, <www.tjsp.jus.br > acesso em 19 de setembro de 2017.

foi reconhecida a responsabilidade do município. O Tribunal de Justiça concluiu que não ficou comprovado que a enchente decorreu da falta de manutenção do córrego e que o volume de chuvas foi muito maior do que o esperado para a época, "frente às quais qualquer solução adotada pelo poder público seria ineficaz"[417]. Logo, não ficou comprovado o nexo causal entre a falha do serviço e a destruição do móveis.

> Diante deste panorama probatório, realmente não há certeza de serviço público deficiente a ensejar responsabilidade civil do município, pois tudo indica que a força maior da natureza produziu chuvas mais fortes do que aqueles que a Administração Municipal está em condições de dominar ou prevenir.
> Não se pode exigir do serviço público eficiência tal que torne os munícipes imunes a calamidades.[418]

Os dois casos analisados acima têm os mesmos elementos, se fundamentam no mesmo dever imposto ao Estado, i.e., de prestar os serviços públicos locais de caráter essencial, e chegaram a conclusões opostas. Isso nos mostra que não basta o mero descumprimento de um dever genérico para surgir o dever de indenizar, sendo imprescindível comprovar a relação de causalidade entre a omissão e o dano e analisar se o ente público conseguiria ter evitado o dano mesmo se o serviço tivesse sido prestado adequadamente. Em outras palavras, deve se verificar se o nexo de causalidade não foi rompido por uma causa excludente de responsabilidade.

Passamos agora à análise da responsabilidade do Estado por danos causados por fato de terceiro. Verificamos que tal tema é recorrentemente tratado em precedentes que envolvem danos causados por manifestações, grupos sociais, movimentos multitudinários ou invasões de terrenos por movimentos sem terra, por exemplo.

A respeito dos movimentos multitudinários, primeiramente, é necessário diferenciar os movimentos sociais dos atos de depredação, chamados de movimentos multitudinários. Sonia Sterman aponta que os movimentos multitudinários estão inseridos no gênero movimentos sociais, que são manifestações reivindicatórias perante o Estado, ao passo que os movimentos multitudinários são considerados "como o *modo mais rudimentar de reivindicação social*, no qual a multidão causa depredações em propriedades públicas ou privadas e danos físicos a pessoas ou aos seus bens móveis"[419].

---

[417] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1000228-43.2015.8.26.0515. 3ª Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Maurício Fiorito. São Paulo, SP, 12 de setembro de 2017. p. 7. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, <www.tjsp.jus.br > acesso em 19 de setembro de 2017.
[418] Ibid., p. 7.
[419] STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*. 2. Ed . rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 117.

Atualmente, o Estado deve reprimir os movimentos multitudinários, mas para que ele possa ser responsabilizado pelos danos causados pelas manifestações deve-se verificar se elas estavam previstas ou se aconteceram inesperadamente. José Cretella Júnior entende que o Estado somente pode ser responsabilizado no primeiro caso, "se os movimentos eram previstos e causaram danos a cidadãos que solicitaram providências urgentes ao poder público". Assim, a responsabilidade seria com base na omissão estatal ou por não ter empregado força policial suficiente para impedir os danos.[420]

De acordo com Sonia Sterman, o artigo 144 da Constituição Federal de 1988[421] estabelece dupla responsabilidade pela segurança pública, ao passo em que estabelece dever do Estado, também prevê o direito e responsabilidade dos cidadãos de ser preservada a ordem pública. Com fundamento no referido artigo e nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que a responsabilidade do Estado por danos causados por movimentos multitudinários é subjetiva, baseada nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, com exclusão do parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal.[422]

Nesse sentido, a autora esclarece que cabe ao particular comprovar que informou a polícia sobre a ameaça de depredação aos seus bens, e ao Estado cabe comprovar que, ao ser informado da ameaça, tomou todas as *providências adequadas*[423] para evitar a concretização do dano.

> Se for demonstrado que o Estado agiu com as providências necessárias, no seu poder de polícia, coibindo a turba, sem realizar um massacre, e mesmo assim ocorreram danos que não puderam ser evitados, será eximido de responsabilidade, porque um bem maior foi preservado, a incolumidade física das pessoas.[424]

A regra é de que como se trata de um ato de terceiro, o Estado não poderia ser responsabilizado por tais danos, pois faltam elementos da responsabilidade do Estado, a conduta do Estado e o nexo de causalidade, para ensejar a sua responsabilização. No entanto, a regra deixa de ser aplicada nas hipóteses de fato notório (como era o caso, por exemplo, das manifestações a favor ou contra o *impeachment* da ex-presidente Dilma Roussef que eram amplamente divulgadas nas mídias sociais e de conhecimento geral) ou

---

[420] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 107.
[421] "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos".
[422] STERMAN, op. cit., p. 124.
[423] De acordo com Sonia Sterman, entende-se por *providências adequadas* as "medidas policiais necessárias para coibir multidão enfurecida, dentro do bom senso, evitando-se o massacre, pois o bem maior a ser preservado é a vida das pessoas". Ibid. p. 124-125.
[424] Ibid. p. 136.

em que a Administração tem conhecimento e a possibilidade de proteger o patrimônio dos atos de depredação, mas nada faz.

José de Aguiar Dias é defensor da teoria do risco administrativo, no entanto, ao analisar a obrigação do Estado indenizar danos causados por movimento multitudinários entende ser aplicável a teoria da culpa. Considera que, para afastar a sua responsabilização, cabe ao Estado comprovar que empregou todos os esforços possíveis para evitar o dano.

> Há uma corrente de opinião que reconhece a obrigação de indenizar os danos causados por movimentos multitudinários quando tenha havido prévio aviso ou solicitação de garantias por parte da vítima, ou quando se demonstre que o governo, funcionando regularmente, podia evitar esses danos e não o fez. Consagra-se, aí, a teoria da culpa, nos mais acanhados limites. Preferível é o critério de alguns julgados que decidem no sentido de inversão da prova, que o Estado responde pelo dano causado aos particulares por movimentos multitudinários sempre que não prove haver empregado todos os meios ao seu alcance para evitá-los.[425]

Álvaro Lazzarini[426] descreve um recurso julgado em 1983 pela Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível nº 163.541[427]) em que os danos foram causados por movimentos multitudinários: veículos de uma empresa foram depredados por participantes destes movimentos, sendo que a polícia em nenhum momento procurou impedir as ações dos depredadores e apenas acompanhou o ato de vandalismo. Diante do ocorrido, os desembargadores reconheceram a responsabilidade do Estado em indenizar os danos sofridos pela vítima, uma vez que, por não ter empregado todos os meios possíveis para impedir a depredação de bens particulares, o próprio *"[Estado] tornou-se o responsável pelos danos*"[428].

A partir da análise de precedentes mais recentes de tribunais estaduais sobre o assunto, observa-se que eles verificam se o Estado tinha conhecimento da aglomeração que causou o dano (o que pode ser facilmente verificado atualmente, uma vez que a maioria das manifestações têm sido marcadas por meio das redes sociais) ou se buscou atuar de forma eficiente a partir do momento que foi notificada pelas vítimas, conforme ensina José

---

[425] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil.* 12. ed., rev. e atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 679.
[426] LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 434.
[427] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 163.541. In: Revista dos Tribunais v. 389/1968, ano 57. p. 161-162.
[428] Diante das manifestações temos situação de tensão: de um lado, o Estado é responsabilizado se não "empregou todos os meios possíveis" para impedir que manifestantes destruam patrimônio alheio; e, de outro lado, o Estado é acusado de ser repressor e violar o direito de manifestação se ele repreende os manifestantes. Para resolver esse conflito, o Estado deve permitir que os manifestantes protestem pacificamente, devendo intervir somente quando eles comecem a danificar patrimônio alheio ou a colocar em risco a vida de outras pessoas. A solução é aparentemente simples, mas difícil de colocar em prática, uma vez que fica a cargo dos policiais identificar o momento em a manifestação deixou de ser pacífica e precisou ser contida.

Crettela Júnior e demais autores citados acima, antes de concluir se houve responsabilidade do Estado.

É o que ocorreu na Apelação Cível nº 0022012-29.2012.8.26.0053, por meio do qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou pedido de indenização da família do motorista de ônibus morto por um grupo de cerca de 300 pessoas. O motorista havia perdido a direção do veículo, danificando veículos estacionados próximo à aglomeração e matando uma pessoa. Nesse momento, membros desse grupo, que participavam de um baile funk e eram torcedores do time Corinthians, agrediram o motorista até matá-lo.

O acórdão, acertadamente, afirmou que, ainda que se pudesse imputar ao Estado a demora na identificação da aglomeração de aproximadamente 300 pessoas, não restou comprovado nos autos que o tempo decorrido entre o início das agressões e a comunicação da ocorrência foi suficiente para criar a responsabilidade do poder público.[429] Além disso, comprovou-se que apenas após 10 minutos após a ocorrência ter sido registrada, uma viatura foi enviada ao local.

Portanto, "na impossibilidade de se imputar o movimento multitudinário violento a uma conduta (ainda que omissiva) da Administração Pública (prefigurada nos agentes policiais), não há que se falar em responsabilidade civil do Estado"[430]. A única ressalva a ser feita a essa decisão é que, em tal caso, não se trataria de movimento multitudinário, tal como definido por Sonia Sterman, pois o grupo não estava reunido para promover nenhuma reivindicação e nem estava promovendo a baderna antes do ocorrido.

Em outro precedente julgado pelo mesmo órgão, uma empresa de ônibus pleiteava ressarcimento do Estado pela depredação de seu veículo promovida por manifestação de populares. A empresa alega que ela não deu causa à ação dos populares nem a manifestação tinha relação com sua atividade, tendo como objetivo protestar contra as inundações da região.

Mais uma vez, o Tribunal de Justiça entendeu que não havia dever de indenização do Estado, pois não ficou comprovado que ele tinha possibilidade de ter agido para evitar os atos de vandalismo. Além disso, a empresa também não havia trazido elementos comprobatórios suficientes sobre as peculiaridades do protesto para que se pudesse fazer um juízo sobre a omissão do Estado em acabar com o movimento. Dessa forma, "em não

---

[429] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0022012-29.2012.8.26.0053. 2ª Câmara de Direito Público. Relatora Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani. São Paulo, SP, 16 de fevereiro de 2016. p. 10. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, <www.tjsp.jus.br > acesso em 19 de setembro de 2017.
[430] Ibid., p. 10.

sendo claro a possibilidade de evitar a depredação do veículo da autora no contexto fático, resta evidenciada a ausência de culpa e de nexo causal"[431].

Ao julgar ação em que proprietários de uma fazenda postulavam indenização do Estado do Rio Grande do Sul por danos decorrentes de invasão do Movimentos dos Sem Terra em sua terra, o Tribunal de Justiça do Rio Grande concluiu que havia nexo de causalidade entre a conduta omissiva do poder público e os danos causados pelo MST, uma vez que era possível ter previsto que tais invasões teriam lugar na região, "não podendo o Poder Público aduzir o desconhecimento de possível ataque por parte do movimento multitudinário"[432].

Diante da previsibilidade da invasão da propriedade dos autores, ficou caracterizada a negligência das autoridades locais, que se mantiveram inertes diante da aglomeração dos participantes do movimento e do clima inóspito que se instalou na época. Assim, entenderam que houve falha concreta do Estado ao permitir que diversas famílias do grupo do MST se dirigissem à propriedade dos autores sem o devido acompanhamento da Polícia Militar, ainda mais porque diversos integrantes carregavam instrumentos agrícolas que poderiam ser utilizados como armas[433]. Portanto, mais uma vez, a responsabilidade do Estado teve como fundamento a culpa do ente público.

> Com efeito, a responsabilidade do réu foi cabalmente demonstrada pela omissão no seu dever constitucional de prestar segurança pública diante de um fato concreto e geograficamente delimitado.[434]

Ainda sobre o tema de danos causados por grupos sem terra, entendemos que a decisão a seguir do Supremo Tribunal Federal traz alguns pontos que são dignos de menção (ainda mais por existirem outras decisões no mesmo sentido na Corte[435]), por mais que ela não tenha se debruçado pormenorizadamente sobre o tema da omissão do Estado.

No Recurso Extraordinário nº 237.561, o Supremo Tribunal Federal analisou caso em que os autores, proprietários de uma fazenda que foi invadida por "sem terras",

---

[431] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0027789-92.2012.8.26.0053. 13ª Câmara de Direito Público. Relatora Desembargadora Souza Meirelles. São Paulo, SP, 10 de outubro de 2013. p. 10. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, <www.tjsp.jus.br > acesso em 19 de setembro de 2017.

[432] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70018362483. 6ª Câmara Cível. Relator Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. Porto Alegre, RS, 29 de novembro de 2007. p. 10. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[433] Ibid., p. 10.

[434] Ibid., p. 13.

[435] No mesmo sentido: Recurso Extraordinário nº 283989, Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, 13 de setembro de 2002; e Recurso Extraordinário nº 387729 AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, 28 de novembro de 2008.

pleiteavam indenização do Estado pelos danos que o grupo promoveu em sua propriedade, pois o Estado os assentou em um acampamento próximo a sua fazenda sem as mínimas condições para o grupo ficar ali instalado. Em razão disso, o grupo invadiu a fazenda dos autores, causando diversos danos, inclusive, matando animais. O autores ainda alegaram que solicitaram proteção ao Estado, mas seu pedido não foi atendido.

O Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, alega que a decisão recorrida, da qual não diverge, não se funda na violação de um dever genérico do Estado de proteção da propriedade privada contra qualquer ação de terceiro, mas sim tem fundamento no risco real e iminente criado pelo poder público de invasão da fazenda dos autores.

> Ao contrário, partiu o acórdão da identificação de uma situação concreta e peculiar, na qual – tendo criado risco real e iminente de invasão da determinada propriedade privada – ao Estado se fizeram imputáveis as consequências da ocorrência do fato previsível, que não previu por omissão ou deficiência do aparelhamento administrativo.[436]

O Relator ainda segue o acórdão recorrido ao afirmar que, por ter promovido o deslocamento do grupo e ter dado causa à situação precária, o Estado tinha o "dever específico de prevenir a ocupação previsível dela", ainda mais porque a invasão à fazenda dos autores era a única alternativa possível dos "sem terra". Nesse caso, a conduta culposa do governo foi ter realizado o assentamentos dos integrantes do MST de forma precária, sendo este o fundamento de sua responsabilidade pelos danos causados à propriedade dos autores.

Em seguida, o Relator expõe a divergência que há na doutrina a respeito de se aplicar a responsabilidade subjetiva ou objetiva aos casos de omissão do Estado, mas conclui que a escolha por qualquer uma delas seria irrelevante para a decisão final do caso concreto. Isso porque caso fosse aplicada a responsabilidade subjetiva, fundada no artigo 15 do Código Civil, a matéria seria inconstitucional e não caberia recurso extraordinário, ou caso fosse aplicada a responsabilidade objetiva, com base no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, a questão seria constitucional mas a decisão não teria violado nenhuma norma.

A partir da análise dos precedentes citados acima a respeito da responsabilidade do Estado por danos causados por terceiros, observamos que a diferença entre os casos em

---

[436] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 237.561-0/RS. 1ª Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2001. p.12. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

que não se reconheceu a responsabilidade do Estado[437] e os que reconheceram[438] reside, basicamente, na possibilidade de o Estado ter previsto a ação do grupo. Diante de tal informação, lhe passa a ser imposto o dever de adotar alguma medida concreta para evitar ou, ao menos, minimizar o dano.

Assim, os tribunais não fundamentam o dever de indenização do Estado apenas diante da omissão ao seu dever genérico de preservar a ordem pública e garantir a incolumidade das pessoas e do patrimônio, mas sim com base no dever que as circunstâncias do caso concreto lhe impunham. O fundamento da responsabilidade deixa de ser a simples omissão e passa a ser a conduta exigida no caso concreto.

12. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO - PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO

No presente item iremos analisar a omissão do Estado nos casos em que a escolha entre agir ou deixar e agir está dentro do âmbito de discricionariedade da Administração. Nesses casos, a lei permite que o agente público escolha de acordo com o caso concreto, de forma que ele pode conscientemente escolher se abster ou não adotar uma medida administrativa. Resta saber se o Estado pode ser responsabilizado pela abstenção do funcionário, se de tal omissão decorrer danos aos administrados.

12.1. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO E LIMITES IMPOSTOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO

Marçal Justen Filho define a discricionariedade como:

> *modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico*.[439] (grifo do autor)

---

[437] Nesse sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelações Cíveis nº 0022012-29.2012.8.26.0053 e nº 0027789-92.2012.8.26.0053.

[438] Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 237561. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Reexame Necessário Nº 70018362483.

[439] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

Nos casos em que a lei lhe confere margem de atuação, a Administração faz a análise da conduta mais adequada a ser adotada com base na conveniência e oportunidade. De acordo com o autor, por meio da conveniência a Administração define o conteúdo de certa decisão, e por meio da oportunidade estabelece o momento em que tal decisão será emitida.[440]

De acordo com Renato Alessi, poder discricionário é o poder de apreciação do interesse público a fim de decidir a conveniência ou não de tomar determinada decisão administrativa, e discricionariedade é a esfera de liberdade de apreciação, que pode ser condicionada, por exemplo, ao conteúdo do ato ou seu efetivo exercício.[441]

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o poder discricionário, na verdade, deveria ser chamado de dever discricionário, pois a lei impõe à Administração um dever de se atingir a finalidade por ela imposta. Assim, o "poder discricionário" seria apenas um instrumento para que a Administração cumpra seu dever legal:

> (...) percebe-se que o chamado "poder discricionário" tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um "poder" discricionário.[442]

A existência do poder discricionário é justificada por diversos motivos na visão de Odete Medauar. A primeira delas seria a impossibilidade de se disciplinar por meio de lei todas as hipóteses em que o Estado atua e intervém. A segunda seria para permitir que a Administração possa rapidamente adotar mudanças mais convenientes às novas situações que lhes forem impostas pela sociedade. A terceira justificativa se assemelha à segunda, na medida em que o poder discricionário é necessário para que os conceitos e previsão legal possam ser adequados às novas situações concretas que surgirem. Por fim, a autora cita como última razão o fato de a "utilização da experiência e meios de informação do administrador [serem], em geral (Waline) superiores aos do legislador"[443].

A atuação discricionária da Administração, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em regra, ocorre nas seguintes situações: (a) nos casos em que a lei expressamente

---

[440] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 180.
[441] ALESSI, Renato. *Principi della responsabilità civile nella pubblica ammnistrazione*. Bologna: Zanichelli Editore, 1956. p. 9.
[442] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 15.
[443] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Coleção Doutrinas Essenciais: direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. MEDAUAR, Odete. Poder Discricionário da Administração. v. 2 p. 1182.

confere tal poder à Administração; (b) quando a aplicação da lei é insuficiente diante das circunstâncias; (c) a lei estabelece a competência para emissão do ato, mas não qual conduta deve ser adotada; e (d) há a previsão de conceitos indeterminados no texto legal[444].

Porém, mesmo diante das situações descritas acima, é importante ressaltar que nenhum ato administrativo é absolutamente discricionário. Caio Tácito comprova isso a partir da análise das etapas que envolvem o processo de criação do ato, identificando em quais delas pode existir uma margem de atuação discricionária da Administração.

A primeira etapa, estritamente vinculada, seria a identificação da competência para emissão do ato. A segunda fase seria de "constatação da *existência dos motivos"*, seguido pela imediata "apreciação do *valor desses motivos*, a fim de que possa a autoridade se orientar no tocante à necessidade de sua atuação e aos meios indicados para a obtenção de um resultado"[445]. Enquanto que a constatação dos motivos é um processo objetivo e não está sujeito à apreciação da autoridade estatal, a "apreciação do *valor desses motivos"* se enquadra dentro da margem de análise da Administração.

A etapa seguinte corresponde à "concretização do *objeto* comissivo ou omissivo" e é nela em que a Administração tem margem de atuação: "o núcleo do poder discricionário, a sua parte mais importante e habitual, é a livre determinação do objeto do ato"[446]. No entanto, tal liberdade de atuação seria limitada pela finalidade do ato:

> Se, como vimos, esses fins [leais do ato] não podem ser senão aqueles determinados em lei para o caso específico, se não é lícito ao agente substituí-los ainda que por outro fim público, é evidente que a finalidade do ato representa uma limitação à discricionariedade, (...). A finalidade é, em última análise, um elemento sempre vinculado, que não comporta apreciação discricionária.[447]

Por fim, a última etapa do processo trata da forma do ato, que também precisa ser observada conforme os requisitos estabelecidos em lei, não comportando, assim, inovação por parte da autoridade.

Com relação à limitação imposta ao poder discricionário, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que são os próprios elementos básicos da discricionariedade administrativa, motivos, finalidade e causa do ato, que estabelecem os limites à atividade estatal e, portanto, são sujeitos à análise do Poder Judiciário[448].

---

[444] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70.
[445] TÁCITO, Caio. *Temas relevantes de direito público*. 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 96.
[446] Ibid., p. 97.
[447] Ibid.,p. 97.
[448] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 981.

O ato administrativo é inválido se ele estiver eivado de desvio de poder que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ocorre em duas situações. A primeira delas corresponde ao desvio da finalidade pública do ato. Se trata do ato que foi praticado com o intuito de atender interesses pessoais ou de determinadas pessoas próximas a quem expediu o ato. A segunda hipótese diz respeito ao ato que, apesar de ter cumprido uma finalidade pública, não era o meio adequado para o fim buscado.[449]

Assevera o autor que para se ter certeza de que não houve desvio de poder, o Judiciário deve analisar a fundo todo o conjunto de circunstâncias internas e externas que envolvem o ato:

> (...) para detectar o desvio de poder analisa-se o plexo de circunstâncias que envolve o ato, seus antecedentes, os fatos que o circundam, o momento em que foi editado, a fragilidade ou densidade dos motivos propostos como justificadores, a ocorrência ou inocorrência de fatores que possam ter interferido com a serenidade do agente, a coerência das razões alegadas com o teor das providências da causa a razoabilidade da medida, sua proporcionalidade com os objetivos que se declara preordenada e até mesmo os precedentes da autoridade (...).[450]

O controle do ato administrativo também é feito pelos motivos (situações de fato e de direito) em que ele foi praticado, conforme estabelece a teoria dos motivos determinantes. Verifica-se se os motivos de fato realmente existiram e se eles são coincidentes com os motivos legais, descritos na norma[451]. Quando a lei traz de forma clara e precisa os motivos do ato, tal verificação não apresenta tanta dificuldade. O problema reside nas situações que a norma utiliza conceitos vagos e indeterminados. Em razão da zona de incerteza que circundam tais conceitos, o controle do Judiciário está limitado, cabendo a ele "*quando menos*, verificar se a intelecção administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto"[452].

O autor ressalta que o exame da causa do ato ganha relevância nos casos em que a lei não estabelece os motivos que podem levar à pratica do ato, mas apenas o fim buscado. Por meio do exame da causa do ato se verificaria "a relação de pertinência lógica (...) entre os pressupostos fáticos (motivos) tomados como estribo para a prática do ato e seu conteúdo, tendo em vista a finalidade que o validaria"[453]. Nesse sentido, Celso Antônio

---

[449] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Coleção Doutrinas Essenciais: direito administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discricionariedade. v. 2. p. 1085.
[450] Ibid., p. 1087.
[451] Ibid., p. 1089.
[452] Ibid., p. 1091.
[453] Ibid., p. 1084.

Bandeira de Mello conclui que "admitido que o agente pudesse escolher o motivo em função do qual haja exarado o ato, cumpre, de todo modo, que este seja logicamente correlacionado com o conteúdo do ato, em vista da finalidade que o categoriza"[454].

O controle dos atos também pode ser feito por meio da motivação do ato, que deve preencher todos os requisitos do motivo. Assim, na motivação deve constar as circunstâncias de fato, a base legal e a relação entre o fato e a decisão tomada, sendo que ela impede que o administrador, posteriormente à emissão do ato, altere o motivo que o levou a praticá-lo[455].

Por fim, o autor lembra que os Princípios Gerais de Direito também restringem a liberdade de atuação da Administração. Em primeiro lugar, a razoabilidade e proporcionalidade limitam a atuação do administrador na medida em que os atos não podem ser desproporcionais ao fim buscado, caso contrário, estar-se-ia extrapolando o âmbito da competência conferida pela norma. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, o "agente, em tais casos, supera a demarcação do seu "poder", porque ultrapassa o necessário para se desincumbir do *dever* de bem cumprir a lei. Eis por que todo excesso, toda demasia é inválida, viciando o ato"[456]. Em segundo lugar, também cumpre esse papel, os princípios da lealdade, boa-fé e igualdade, que devem ser sempre observados em qualquer atividade exercida pela Administração.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro dá especial destaque aos princípios da moralidade administrativa, ao da razoabilidade e ao da supremacia do interesse público como limitadores da atuação discricionária da Administração.

Com relação ao princípio da moralidade administrativa, a autora afirma que a análise da moralidade deve ser "mais objetiva do que subjetiva"[457], querendo dizer que a moralidade não deve ser analisada apenas sob a perspectiva de intenção do agente, que é diferente da finalidade prevista pela norma, ao praticar determinado ato administrativo, mas também deve ser investigada no conteúdo do ato, "ou seja, no efeito jurídico que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades"[458].

---

[454] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 991.
[455] Maria Sylvia Zanella e SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Coleção Doutrinas Essenciais: direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discricionariedade. v. 2. p. 1095-1096.
[456] Ibid., 1097.
[457] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 178.
[458] Ibid., p. 178.

A autora considera como condizente com a moral administrativa:

> àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo uma *comunidade moral de valores*, expressos por meio de *standards*, modelos ou pautas de conduta.
> Pode-se argumentar que nem sempre é fácil identificar esse senso moral subjacente em determinada sociedade; e realmente não é, pois os valores são variáveis no tempo e no espaço e nem sempre os padrões de conduta adotados pela maioria seguem os valores ideais. Mas não há dúvida de que é fácil de identificar pelo menos aquelas situações extremas (zonas de certeza positiva ou negativa) em que, indubitavelmente, se pode afirmar que a conduta é moral ou imoral, segundo a ética da instituição.[459]

A autora afirma que com a inclusão do princípio da moralidade na Constituição Federal de 1988[460], o princípio passou a ser hierarquicamente superior às leis infraconstitucionais, de forma que o ato que viola o princípio da moralidade "é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal"[461] e que o ato administrativo, por ser inválido, pode ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário para decretar sua invalidade.

Ao contrário do princípio da moralidade, o princípio da razoabilidade não está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, mas, conforme ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ele decorre da ideia do Estado de Direito Democrático e do princípio da legalidade, além de estar previsto em diversas leis, como a Lei nº 9.784, de 29.01.1999[462].

Nas palavras da autora, a irrazoabilidade "corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa"[463]. Tal princípio é utilizado principalmente para a revisão de atos administrativos que apliquem penalidades a particulares, com o intuito de se verificar se a sanção imposta está adequada à infração cometida.

---

[459] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 186.

[460] Vide artigo 5º e 37 da Constituição Federal de 1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, **à moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (...)." (Grifou-se)
"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)". (Grifou-se)

[461] DI PIETRO, op. cit., p. 187.

[462] Vide artigo 2º da Lei nº 9.784/1999: "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". (Grifou-se)

[463] DI PIETRO, op. cit., p. 219.

No entanto, a doutrinadora ressalta que também são considerados irrazoáveis atos que não tenham qualquer relação com a finalidade que tal ato deveria buscar, dando como exemplo o ato que exige a comprovação de proficiência em língua estrangeira para o cargo de servente em repartição pública[464] (o que poderia ser considerado como abuso do direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil). Também é considerada irrazoável a medida arbitrária, adotada por motivos pessoais ou outro motivo diverso do previsto na norma, e a medida que, apesar de parecer estar em consonância com a lei, "contraria, inteiramente e de forma manifesta, o senso comum do que é certo, justo, adequado e consentâneo com o interesse público"[465].

Ainda que a lei preveja a atuação discricionária da Administração em determinada situação, sua margem de atuação será limitada pela incidência do princípio da razoabilidade, podendo mostrar que, naquele caso específico, na verdade, não há discricionariedade da Administração, pois há somente uma decisão possível de ser tomada, ou restringindo tal decisão a apenas um conjunto de medidas possíveis. Assim, caberá ao Poder Judiciário analisar se no caso concreto a medida tomada, dentre todas as hipóteses possíveis, foi irrazoável ou não, e a anular se entender que houve violação ao princípio da razoabilidade.

O terceiro princípio apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como limitador da discricionariedade da Administração é o princípio do interesse público[466]. A autora ressalta que, apesar de a Constituição Federal de 1988 não prever expressamente o princípio da supremacia do interesse público, ele está inserido no princípio da legalidade e da impessoalidade, devendo, assim, ser respeitado. Isso porque, segundo o primeiro princípio,

---

[464] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 222.

[465] Ibid., p. 223.

[466] Com relação ao princípio da supremacia do interesse público, é preciso esclarecer que alguns doutrinadores veem tal princípio como fundamento do regime de direito público, enquanto outros defendem que o fundamento de tais regras são os direitos fundamentais, conforme bem detalhado por Fernando Dias Menezes de Almeida: "Dito de outro modo, o pensamento estatizante [que defende a supremacia do interesse público] não é contra os direitos fundamentais, mas acusa a outra corrente de pensamento de invocá-los para favorecer os interesses econômicos privados, inclusive os internacionais. E o pensamento liberal [que defendem que os direitos fundamentais devem se sobrepor] não é contra o interesse público, mas imputa à outra corrente um uso desse valor para anular a proeminência do indivíduo em face do Estado"(MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 364.).

Dentre os que defendem a supremacia do interesse público estão Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Do outro lado, dentre os que entendem que os direitos fundamentais devem prevalecer, podemos citar Marçal Justen Filho, Floriano Marques de Azevedo, Vitor Rhein Schirato, Gustavo Binenbojm.

a lei define qual o interesse público a ser protegido, e de acordo com o segundo princípio, a Administração atua em nome e com o objetivo de atender ao interesse público.[467]

Assim, continua Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, enquanto nos casos de atos vinculados, a lei já estabelece quais são os meios para que se atinja o interesse público, nos atos discricionários, cabe à Administração escolher o meio de atuação que estiver mais condizente para se promover tal princípio.

Como forma de controle do ato, a Administração deve comprovar, na motivação do ato, que ele atende ao interesse público, cabendo ao Poder Judiciário verificar se o princípio foi realmente atendido no caso.

Ainda sobre os limites ao poder discricionário da Administração, Agustín Gordillo ressalta que eles são traçados pela razoabilidade, desvio de poder, boa-fé, o princípio *alterum non laedere* e a denominada "discrecionalidad cero".

Segundo o autor, o ato discricionário será irrazoável e, consequentemente, ilegal, quando, ainda que nenhuma norma seja diretamente violada, haja vício na fundamentação do ato, no que diz respeito aos fundamentos de fato ou de direito, ou quando houver uma desproporção entre o meios empregados e o fim buscado pelo ato. Assim, o ato estará viciado se os fundamentos forem falsos ou inexistentes ou se não houver uma relação clara entre os fatos e o fundamento jurídico do ato.[468]

Com relação ao segundo caso, desvio de poder, o autor defende que o ato será ilegal quando ele for praticado tendo em vista algum interesse pessoal do funcionário público ou for praticado para um fim diverso do buscado pela lei. O mesmo sucederá quando o funcionário público utilizar seu poder discricionário de má-fé, buscando levar o particular a erro, além de violar a finalidade visada pela lei.[469]

No que diz respeito ao terceiro caso, o poder da Administração também é limitado pelo princípio *alterum non laedere,* segundo o qual não permite que a Administração prejudique o administrado a não ser que exista um fundamento legal e suficiente que justifique a prática do ato, sendo que caso o ato administrativo imponha algum dano ao administrado, ele deverá ser indenizado.[470]

Por fim, Gordillo define como "*discrecionalidad cero*" os casos em que há somente uma única solução correta a ser adotada ao caso concreto, não cabendo ser adotada

---

[467] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 259-260.
[468] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. tomo 1. p. X-21 – X-22.
[469] Ibid., p. X-23 – X-24.
[470] Ibid., p. X-25.

qualquer outra solução, caso em que o ato discricionário dá lugar a um ato vinculado[471]. O autor afirma que se tratam de casos em que o tribunal, ao entender que há apenas uma solução correta ao caso, substitui a decisão administrativa pela decisão da corte, o que ocorreu no caso julgado pela *Cámara Federal de Mar del Plata* que substituiu o ato administrativo da universidade que anulou um concurso para cadeira de titularidade e determinou a nomeação do vencedor do concurso[472].

Em consonância com o conceito de "*discrecionalidad cero",* Marçal Justen Filho esclarece que quando a lei não prevê um rol exaustivo para sua aplicação, a Administração tem liberdade para atuar de acordo com as circunstâncias do caso concreto, tendo em vista o interesse público e demais princípios administrativos. No entanto, ainda que a lei, no plano abstrato, permita uma margem de atuação, podem ter situações concretas em que há somente uma solução a ser adotada. Nesse caso, a Administração, mesmo dentro do seu âmbito de discricionariedade, não teria liberdade para decidir entre adotar ou não essa solução:

> Se, em vista das circunstâncias do caso concreto, a melhor solução é inquestionavelmente única, a autoridade é obrigada a escolhê-la, mesmo estando investida de competência discricionária. Assim se impõe porque a discricionariedade é sempre o meio para obtenção da melhor solução possível no caso concreto.[473]

No mesmo sentido, ensina Luís Roberto Barroso que somente há discricionariedade da Administração Pública se existir mais de uma solução possível que poderia discutivelmente ser adotada para o caso:

> (...) só há discricionariedade se for impossível identificar, no caso concreto, de forma pacífica e racional, qual a solução capaz de realizar da melhor forma possível a finalidade legal. Se por qualquer razão se puder concluir, de forma incontroversa, qual a medida adequada para a hipótese, não há poder discricionário – a Administração está vinculada a essa solução, a bem do interesse público que a norma pretende fomentar.[474]

---

[471] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. tomo 1. p. X-17.

[472] A *Cámara* entendeu que, como havia apenas um candidato à vaga e que dois componentes da banca que o havia aprovado tinham reputação internacional, sendo que um deles já havia falecido no momento em que a decisão foi proferida, não poderia ser tomada decisão diversa que a nomeação do candidato escolhido pela banca. (Ibid., p. XII-22.)

[473] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164.

[474] BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 365.

Assim como a Administração, no exercício do seu poder discricionário, pode decidir tomar certa decisão, ela também pode escolher por não atuar ou não emitir um ato administrativo em determinada situação, conforme ensina Odete Medauar:

> Embora estudado, de regra, sob o ângulo da edição de atos administrativos, como resultado concreto do seu exercício, o poder discricionário tem âmbito mais extenso, podendo, mesmo, seu exercício levar à não-edição de ato administrativo ou a um não-agir. Por conseguinte, também se exerce independentemente de edição de ato administrativo, manifestando-se, como já se disse, por uma decisão de não fazer.[475]

No entanto, Luís Roberto Barroso ressalta que o momento em que o ato foi praticado também possui grande relevância para se verificar se a finalidade do ato foi alcançada. Dessa forma, a omissão do ato, em um momento em que ele era necessário, também pode ser caracterizado como desvio da finalidade:

> Note-se ainda que a vinculação à finalidade legal repercute não apenas sobre a decisão acerca do conteúdo do ato administrativo, mas também sobre a oportunidade de praticá-lo, de modo que a omissão do ato que a finalidade da norma exige igualmente poderá configurar desvio de finalidade, assim como ocorre com as escolhas arbitrárias feitas a respeito do conteúdo do ato administrativo.[476]

Nos demais casos, em que há mais de uma solução adequada a ser adotada no caso concreto, cabe ao Judiciário verificar se a Administração atingiu a finalidade da norma por meio da adoção da melhor decisão possível em face das circunstâncias do caso concreto.[477]

Porém, diante de mais de uma opção a ser adotada no caso concreto, o Poder Judiciário não pode invalidar o ato administrativo para querer impor a opção que ele escolher, pois isso violaria o princípio da separação de poderes. Nesse sentido, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Se, após a interpretação [da norma diante do caso concreto], [o juiz] concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção.[478]

---

[475] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Coleção Doutrinas Essenciais: direito administrativo.* Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. MEDAUAR, Odete. Poder Discricionário da Administração. p. 1181.

[476] BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 365.

[477] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37

[478] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 136.

Portanto, ainda que o juiz não concorde com a escolha feita pelo administrador, se tal decisão não violou nenhum princípio administrativo e atendeu à finalidade pretendida pela norma, não poderá substituir a escolha administrativa pela sua própria.

Em tais casos em que a lei confere à Administração o poder discricionário para tomar uma decisão, Renato Alessi afirma que não cabe ao juiz fazer análise sobre o meio escolhido. No entanto, ele pode analisar se o meio escolhido funcionou de modo como normalmente deveria e como era esperado. O autor entende que a decisão administrativa poderá ser investigada no caso em que a norma prevê o meio e procedimento a ser adotado pela Administração, mas esta adotou conduta diversa e isso tenha causado um dano. A culpa da Administração poderá ser analisada com relação ao meio escolhido pela Administração, uma vez que não se estaria mais dentro do âmbito de discricionariedade da Administração.[479]

Nesse sentido, após breve análise do poder discricionário da Administração e os limites impostos pelo ordenamento jurídico tanto à Administração quanto à extensão da revisão de tais atos pelo Poder Judiciário, iremos analisar nos próximos itens se a omissão estatal estava dentro da margem de discricionariedade de cada atividade prestada pelo Estado (nos limitamos a analisar a atividade de poder de polícia e de regulação econômica-social) ou se não cabia à autoridade pública a liberdade de escolher se omitir, de forma que a omissão representava a violação de um dever de agir imposto ao poder público.

12.2. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: PODER DE POLÍCIA

De acordo com Themistocles Brandão Cavalcanti, a teoria do poder de polícia é baseada em dois elementos essenciais: de um lado, a proteção dos interesses coletivos e, de outro, o respeito aos direitos individuais. Nesse sentido, o referido autor ensina que "a cada um dos direitos individuais corresponde um sistema de limitações e que, a disciplina do exercício dêsses direitos é que define, afinal, a do poder de polícia"[480].

Dentre os poderes da Administração, há autores que defendem que uma das características do poder de polícia é a discricionariedade. No entanto, Vitor Rhein Schirato combate tal visão com a definição do conceito de discricionariedade:

---

[479] ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione.* 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 175.
[480] BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964. v. 3. p.14.

> a discricionariedade nada mais é do que uma forma de atuação da Administração Pública que poderá se manifestar nos seus mais diversos campos de atuação, *conforme a lei tenha determinado um campo de apreciação para a tomada de decisão diante do caso concreto.*[481]

Assim, como a forma de atuação discricionária da Administração depende do que estiver previsto em lei, não se pode fazer uma afirmação geral no sentido de que o poder de polícia da Administração é, em todas as situações, discricionário:

> (...) dada as características da discricionariedade administrativa, *é impossível, a priori, determinar se um dado campo de ação da Administração Pública (como o poder de polícia, por exemplo) será necessariamente discricionário ou vinculado*, pois sempre dependerá da forma de sua regulação pela lei.[482]

Esclarecido o primeiro ponto referente ao poder de polícia, passamos a explorar seu conceito.

Segundo Marçal Justen Filho, a atividade de poder de polícia se baseia, por um lado, na repressão e, por outro, no fomento de condutas: "reprimem-se as condutas indesejáveis e fomentam-se aquelas reputadas como necessárias ou úteis à realização de valores buscados pela Nação"[483].

O autor ressalta que o conceito de poder de polícia sofreu alterações ao longo do tempo. Isso porque a visão clássica do poder de polícia entendia que ele era um instrumento para o Estado manter a ordem pública, mencionando como exemplos a segurança e saúde. No entanto, o conceito de ordem pública foi se alargando para abranger outros direitos, podendo-se mencionar como decisivo para tal mudança o precedente francês, conhecido como "caso de arremesso de anões", por meio do qual se reconheceu que o poder de polícia também deve visar a proteção da dignidade da pessoa humana. Isso fez com que tal instituto se aproximasse do serviço público, o que não poderia ser diferente já que as atividades administrativas são voltadas para a proteção e promoção de direitos fundamentais[484].

No Brasil, também se entende que a promoção da ordem pública é feita por meio da proteção dos direitos fundamentais, tendo como consequência a ampliação do âmbito de aplicação do poder de polícia:

---

[481] SCHIRATO, Vitor Rhein. O Poder de Polícia é discricionário?. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Poder de Polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 30.
[482] Ibid., p. 33.
[483] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 565.
[484] Ibid., p. 565.

> No Brasil, não se passa diferente. A ordem pública é um valor a ser preservado como *meio* da promoção dos direitos fundamentais, com observância da democracia.
> A alteração do enfoque apresenta grande relevância, porque se reflete sobre o próprio conteúdo das providências em que se traduz a competência de polícia[485]

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito liberal de poder de polícia é diverso do conceito moderno, pois de acordo com o primeiro, a atividade estatal visa a limitar direitos individuais tendo em vista a segurança, enquanto o segundo estabelece que a limitação de direitos individuais é feita "em benefício do *serviço público*, qualquer que seja sua natureza"[486].

As considerações feitas por Vitor Rhein Schirato, apoiado nas lições de Odete Medauar, sobre o poder de polícia também é de grande relevância, por se tratar de uma visão mais atual do instituto e em consonância com o que vem sendo adotado em ordenamentos estrangeiros:

> O poder de polícia, hoje, refere-se a uma busca pelo *equilíbrio* na sociedade entre as liberdades e garantias conferidas aos indivíduos pela Constituição e a necessidade de coexistência pacífica e ordenada entre os indivíduos no espaço comum.[487]

É justamente nesse equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e o uso da autoridade do Estado com o objetivo de preservar as garantias de seus cidadãos que se encontra a margem de discricionariedade da Administração, pois esse equilíbrio precisa ser "ajustado" de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Mas, ressalta o autor, que isso não significa que a discricionariedade seja uma característica permanente do poder de polícia, pois ele também pode ser encontrado em atividades vinculadas.[488]

Exercendo o poder de polícia, há a polícia administrativa que tem como objetivo "*impedir ou paralisar atividades anti-sociais*"[489] e a polícia judiciária, que busca a "responsabilização dos violadores da ordem jurídica"[490]. Assim, a polícia judiciária atua para prevenir e reprimir ilícitos, enquanto que as atividades da polícia administrativa, que será objeto de estudo do presente item, correspondem à edição tanto de atos normativos de

---

[485] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 565-566.
[486] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.
[487] SCHIRATO, Vitor Rhein. O Poder de Polícia é discricionário?. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Poder de Polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 35.
[488] Ibid., p. 35-36.
[489] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 842.
[490] Ibid., p. 842.

caráter geral como de atos concretos voltados para casos específicos, e também à fiscalização do cumprimento de tais normas.[491]

Aline Lícia Klein divide as atividades da polícia administrativa em ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia.

De acordo com a autora, estão abrangidas na primeira categoria as previsões normativas, expedidas pela Administração e Legislativo, que impõem "deveres de fazer, não fazer e suportar"[492] aos administrados. Com relação à Administração, corresponde ao seu poder normativo de emitir normas jurídicas de segundo grau, que tem como objetivo regulamentar dispositivos legais[493].

São considerados como consentimento de polícia os atos em que a Administração autoriza o particular a praticar determinado ato, quando o consentimento prévio for requisito necessário para a realização do ato, como por exemplo a emissão de autorizações ou licenças.[494] O controle da atividade pode ser prévio e/ou enquanto a atividade é explorada, podendo ser necessária a emissão de outras autorizações ao longo do desenvolvimento da atividade, como ocorre, por exemplo, no setor de energia elétrica, em que a Agência Nacional de Energia Elétrica emite autorização para início da operação em teste e para início da operação comercial após já ter sido conferida a autorização para implantação do empreendimento.

A fiscalização de polícia corresponde ao controle exercido pela Administração de que as regras e deveres impostos estão sendo respeitados pelo administrado e de que as condições que levaram à anuência para exploração de determinada atividade se mantém. Nas palavras da autora, a fiscalização é feita "tanto no sentido de não se estar praticando um comportamento vedado quando no de não haver abuso de um bem ou no exercício de uma atividade"[495].

Constatada alguma irregularidade, entrará em cena a última atividade da polícia administrativa: a aplicação de sanção. Fábio Medina Osório ensina que a sanção administrativa tem quatro características fundamentais: a) o elemento subjetivo, ou seja, a autoridade administrativa que aplica a sanção; b) o elemento objetivo, que corresponde ao

---

[491] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 567-568.
[492] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia. *Tratado de Direito Administrativo: Funções Administrativas do Estado* (coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4, p. 286.
[493] Ibid., p. 286-287.
[494] Ibid., p. 295-296.
[495] MARQUES NETO, op.. cit., p. 299.

efeito que a sanção tem sobre aquele que praticou a irregularidade a medida, no sentido de puni-lo. No entanto, o autor ressalta que esse elemento é puramente objetivo, não havendo necessidade de se verificar se o efeito aflitivo da sanção se concretizou no caso; c) o elemento teleológico, sendo que a sanção pode ter além da finalidade punitiva, também finalidade disciplinar, e d) o elemento formal, que se trata do procedimento administrativo para aplicação da sanção[496].

Feita uma rápida análise sobre o poder de polícia e as atividades que ela abrange, passamos a analisar tal tema no caso específico da boate Kiss (e demais casos relacionados), com o objetivo de identificar de forma mais concreta quais são os deveres de agir abrangidos pelo poder de polícia e, no caso específico da boate Kiss, de forma a verificar se houve violação dos deveres impostos ao órgão público, podendo ser considerado como um dos responsáveis pela tragédia, ou se ele atuou dentro dos limites discricionários de sua atividade.

12.3. OMISSÃO NO PODER DE POLÍCIA - CASO DA BOATE KISS

No presente capítulo não nos propomos a analisar todos os casos que envolvem a omissão do poder de polícia, tendo em vista a ampla gama de atividades da Administração Pública que tal tema engloba, mas sim pretendemos focar na atividade de fiscalização da Administração e analisar, especificamente, o caso da boate Kiss.

Escolhemos estudar esse caso específico pela magnitude da tragédia (242 morreram na noite em que a casa de shows pegou fogo e mais 636 ficaram feridas), por se tratar de um caso recente e envolver o tema da omissão do poder de polícia. No entanto, antes de analisar o caso da boate Kiss e a participação do Estado nela, propomos analisar casos que foram julgados anteriormente a ela, pois eles trazem importantes diretrizes que irão contribuir para a análise do caso da boate Kiss.

Pretendemos realizar análise detalhada do caso julgado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 136.861, tendo em vista a atividade da Administração Pública discutida no precedente, dever de fiscalizar atividade de risco (comércio de fogos de

[496] OSÓRIO. Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 56.

artifício) e a análise feita pelo Relator Ministro Joaquim Barbosa a respeito da responsabilidade do Estado em decorrência da violação ao poder de polícia[497].

Trata-se de uma ação de indenização movida pelas vítimas da explosão de loja de fogos de artifício localizada em área residencial, sendo pleiteada indenização do Município de São Paulo por ter falhado à atividade de fiscalizar a atividade de risco.

Seguindo a cronologia do caso, cumpre ressaltar que o acórdão da 2ª Instância concluiu que não havia responsabilidade do Estado, pois entendeu que, embora tenha havido omissão do Estado em vistoriar a loja, a ação do Estado não seria capaz de ter impedido o evento danoso. Apenas os proprietários da loja seriam os responsáveis pelo ocorrido, então, entendeu-se que o fato de terceiro rompeu o nexo causal. Diante de tal decisão, as vítimas interpuseram recurso extraordinário, que foi julgado monocraticamente pelo Relator Ministro Joaquim Barbosa.

Na referida decisão monocrática, o Relator afirmou que o acórdão recorrido tem dois fundamentos, o primeiro, de que a ação do Município não teria impedido o resultado e o segundo, de que houve culpa exclusiva dos proprietários. Com relação ao segundo fundamento, o Relator discorda do acórdão recorrido quando afirma que a clandestinidade da atividade excluiria a responsabilidade objetiva do Município por três razões: (a) os proprietários do estabelecimento informaram ao município que estavam desempenhando a atividade de venda de fogos de artifício e requereram aprovação que era exigida pela legislação municipal; (b) o Estado tinha o dever de utilizar o poder de polícia para fiscalizar o uso do solo urbano (com base no disposto no artigo 30, VIII, da Constituição Federal[498]); e, por fim, (c) não se podia falar em culpa exclusiva de terceiro, pois "a exclusão da responsabilidade objetiva do Estado pela responsabilidade subjetiva do particular só poderia ocorrer se não fosse possível identificar, na omissão, a violação de um dever de cuidado do Estado".[499]

No que diz respeito ao primeiro fundamento, o Relator também discorda do acórdão recorrido ao defender que ao município cabia apenas expedir a licença para

---

[497] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR. Recurso Extraordinário nº 136.861/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 01 de fevereiro de 2011. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 25 de setembro de 2017.

[498] "Art. 30. Compete aos Municípios:
(...) VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;"

[499] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática no processo do AgR. Recurso Extraordinário nº 136.861/SP. Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2008. p. 2. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 25 de setembro de 2017.

funcionamento da loja, sendo que era de responsabilidade da polícia civil, portanto, Estado de São Paulo, fiscalizar a atividade. Isso porque os proprietários do comércio "recolheram a taxa imposta como contraprestação pelo poder de polícia exercido pelo município sobre a localização de lojas de fogos de artifício"[500]. Dessa forma, o Relator afirma que o município, ao recolher a taxa, atuou como se fosse competente para fiscalizar a prestação da atividade: "o ente que cobra a taxa de fiscalização também tem a responsabilidade pela atividade que licencia"[501].

Com o intuito de analisar a relevância da omissão do município na concretização do dano, ou seja, culpa na modalidade negligência, o Relator faz a seguinte indagação:

> a Administração municipal, mesmo que fosse incompetente para aferir a inteireza e a solidez do estabelecimento, para conferir a qualidade dos produtos e o respeito às normas técnicas que disciplinam a atividade, ainda assim, se tivesse agido, poderia ter evitado a ocorrência de explosão em área residencial, área em que a instalação de comércio de fogos de artifício, devidamente informada ao Município, não era recomendada pela própria legislação municipal?[502]

Ao que responde afirmativamente, sustentando que se o ente municipal houvesse atuado a explosão ainda poderia ter ocorrido, mas se daria em outro local que não fosse um bairro residencial. Nesse sentido, conclui que a omissão do município era relevante para a ocorrência do dano e ele deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados.

Em face da decisão monocrática, o Município de São Paulo interpôs Agravo Regimental. O Ministro Joaquim Barbosa manteve sua decisão, reforçando seu entendimento de responsabilidade do Estado com base na legislação municipal, que determinava que não deveria ser concedida licença de funcionamento para comércio de fogos de artifício em área residencial.

Com relação à alegação de excludente de ato de terceiro, o Relator ressalta que esta deve ser imprevisível e inevitável, de forma que ele não pudesse ter sido impedido pelo funcionamento normal da atividade estatal. Nesse sentido, "a responsabilidade do poder público é tanto mais evidente quanto maior é a possibilidade de prever e evitar o evento danoso, inclusive quando se tratar de dano provocado por ato de terceiro"[503].

No caso concreto, o normal funcionamento da máquina administrativa era suficiente para evitar o dano, pois a mera análise superficial do requerimento dos

---

[500] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática no processo do AgR. Recurso Extraordinário nº 136.861/SP. Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2008. p. 4. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal, <www.stf.jus.br> acesso em 25 de setembro de 2017.
[501] Ibid., p. 4.
[502] Ibid., p. 5.
[503] Ibid., p. 8.

proprietários da loja já seria suficiente para identificar que o comércio não poderia ser instalado no local por se trata de zona residencial. Logo, houve clara negligência na fiscalização desse tipo de comércio. Após debate do caso com os demais Ministros, decidiu-se reconhecer a repercussão geral da matéria e submetê-la a Plenário. Porém, até o momento de elaboração da presente dissertação[504], o Supremo Tribunal Federal ainda não havia julgado o assunto.

Outro precedente que irá nos auxiliar na análise do caso da boate Kiss é o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 888.420[505]. As vítimas que estavam em uma casa de espetáculo, que começou a pegar fogo após show pirotécnico promovido dentro do estabelecimento, pleitearam indenização do Município de Belo Horizonte, sob a alegação de que a casa de shows estava funcionando irregularmente, fato que a Administração Publica tinha conhecimento.

A Relatora Ministra Rosa Weber entendeu que não havia nexo de causalidade entre a omissão do Estado e os danos sofridos pelas vítimas. Isso porque entendeu que os danos foram causados pelo show pirotécnico, realizado dentro de um local fechado e, assim, inadequado para tal atividade. De um lado, entendeu os danos seriam atribuídos exclusivamente aos proprietários do estabelecimento que autorizaram o show pirotécnico e ainda permitiam o superlotamento da casa, autorizando a entrada de 1.500 pessoas quando a casa tinha capacidade para 270 pessoas. Por outro lado, entendeu que não houve omissão da Administração em adotar providência que pudesse ter evitado o evento danoso.[506]

Discordamos da conclusão a que chegou a Ministra Rosa Weber, uma vez que entendemos que o Município deve sim ser parcialmente responsável pelos danos causados. Isso porque, conforme aponta o acórdão recorrido do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao ente municipal cabia o dever de expedir o alvará de funcionamento da casa de shows e impedir que aqueles estabelecimentos que não tivessem autorização ficassem abertos ao público, o que não ocorreu no presente caso. Portanto, houve negligência do ente municipal ao permitir que o local funcionasse sem alvará.

Ressalta-se que o ente público nem poderia alegar o desconhecimento do funcionamento da casa, uma vez que se tratava de uma casa de espetáculo amplamente

---

[504] 05 de dezembro de 2017

[505] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 888.420/MG. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 07 de maio de 2009. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[506] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 888.420/MG. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 07 de maio de 2009. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Superior Tribunal de Justiça, <www.stj.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

conhecida e que contava com divulgação diária na mídia. O fato de o local ser conhecido mostra que o ente falhou duplamente, em não fechar a casa de shows e não fiscalizar o número de pessoas que eram admitidas no local. Assim, fica clara a omissão municipal ao "dever de fiscalizar as edificações destinadas ao uso coletivo (...) assegurando-se que condições mínimas de segurança estejam sendo observadas"[507]. Ainda mais porque ficou comprovada que a casa não atendia aos requisitos exigidos para estar aberta, como ausência de alarme de incêndio, iluminação de emergência, extintores de incêndio, número insuficiente de saídas de emergência, dentre outros.

Portanto, concordamos com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que havia reconhecido a responsabilidade do ente municipal no presente caso, uma vez que se o Município tivesse atuado regularmente, ou a casa de espetáculos estaria fechada e o dano não teria se concretizado, ou ela estaria funcionando com as medidas de segurança exigidas pela legislação e a dimensão do dano teria sido reduzida significativamente:

> Ainda assim, me parece óbvio que, se o município tivesse sido diligente, exercendo regularmente seu poder de polícia, fiscalizando o estabelecimento e tomando as medidas condizentes com as irregularidades constatadas, certamente evitaria o incêndio, porque a Casa não estaria funcionando, ou, alternativamente, daria às pessoas ali presentes a possibilidade de se evadirem do local de maneira mais rápida e segura.[508]

Após a análise dos precedentes acima, passamos à análise da responsabilidade do Estado na tragédia da boate Kiss. No dia 27 de janeiro de 2013, a casa pegou fogo após o show da banda Gurizada Fandangueira que costumava utilizar artefatos pirotécnicos em suas apresentações. O fogo teve início no palco da boate e acabou se espalhando rapidamente por todo o estabelecimento. Havia apenas uma saída do local, não havia saída de emergência e não havia sinalização da saída de emergência, o que fez com que diversas pessoas se dirigissem ao banheiro acreditando que ali se tratava da saída, tendo sido esse o local que a maioria dos corpos foi encontrada. O incêndio resultou na morte de 242 jovens e diversos feridos entre aqueles que conseguiram se salvar.

Após a tragédia, descobriu-se que o local (a) não preenchia os requisitos de segurança impostos pelo Corpo de Bombeiros, pois contava com extintores de incêndio que estavam fora da validade (dois extintores falharam ao serem acionados na noite), não

---

[507] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 1.0024.03.045221-3/001. 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Moreira Diniz. Belo Horizonte, MG, 02 de março de 2006. p. 6. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, <www.tjmg.jus.br > acesso em 19 de setembro de 2017.

[508] Ibid., p. 6.

tinha segunda saída de emergência (havia apenas uma porta para entrada e saída de frequentadores), não tinha chuveiros automáticos e luzes de emergência que apontavam para a saída; (b) estava superlotado, superando a capacidade máxima de 750 pessoas; (c) tinha sistema de ar condicionado e exaustão que ajudaram a propagar a fumaça ao invés de dissipá-la; (d) estava com alvará do Corpo de Bombeiros vencido desde 12 de agosto de 2012; e (e) não obedeceu o plano de prevenção contra incêndio.[509]

Com relação ao alvará vencido, o Corpo de Bombeiro e a prefeitura defenderam que o processo de renovação do alvará estava em andamento, assim, a boate não estava operando ilegalmente. Também se constatou que no início de seu funcionamento, a casa noturna não tinha alvará de localização que é fornecido pela prefeitura e entre agosto de 2010 e agosto de 2011, ela estava funcionando sem o alvará dos bombeiros.

Decorridos mais de 4 anos da tragédia, diversos processos criminais e cíveis ainda estão aguardando decisão final[510]. Os sócios da boate Kiss e os integrantes da banda estão aguardando o julgamento do processo criminal em liberdade. Paralelamente, estão tramitando diversos processos na área cível, dentre os quais destacamos: (a) ação civil pública por improbidade administrativa contra quatro oficiais do Corpo de Bombeiros movida pelo Ministério Público[511]; e (b) ação coletiva movida pela Defensoria Pública pleiteando que os sócios da Boate Kiss, as empresas que prestaram serviços à casa de espetáculo, o Estado do Rio Grande do Sul e o município de Santa Maria sejam condenados a indenizar os sobreviventes e as famílias das vítimas que morreram no dia da tragédia.

Com relação à ação coletiva, a juíza da 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública deferiu parcialmente pedido liminar feito pela Defensoria, condenando os sócios da Boate Kiss e a própria empresa a arcar solidariamente com as verbas alimentares daqueles que dependiam das vítimas e com o pagamento de pensão aos sobreviventes que tiveram sua capacidade laboral diminuída ou tolhida. No entanto, a juíza indeferiu o referido pleito com relação à condenação do ente público estadual e municipal por entender que, naquele momento, não haviam "elementos aptos a comprovar a existência de conduta comissiva dos agentes públicos que tenha de fato nexo de causalidade com os

[509] Tragédia em boate no RS: o que se sabe e as perguntas a responder. Globo G1. Disponível em: <www.g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/01/tragedia-em-santa-maria-o-que-ja-se-sabe-e-perguntas-responder.html>. Acesso em 19 de setembro de 2017.
[510] Dados verificados em 05 de dezembro de 2017.
[511] O MP defende que os bombeiros descumpriram a legislação vigente ao permitir que a casa continuasse funcionando com as licenças vencidas. Ainda não foi proferida sentença no processo (dados verificados em 05 de dezembro de 2017).

danos"[512]. Tal decisão foi reformada pela 10ª Câmara Cível do TJ-RS[513], sob o fundamento de que os requisitos de tutela de urgência não estava presentes nos pedidos da Defensoria. Ainda não foi proferida sentença no processo[514].

Além da ação coletiva, também estão em tramitação ações de indenização individuais, sendo que algumas vítimas tiveram seus pleitos deferidos em segunda instância. Como em um dos casos, já houve inclusive acórdão da segunda instância, vamos analisar o caso a partir da decisão de primeiro grau e de segundo grau. Isso porque eles apresentam entendimentos opostos: enquanto a juíza de primeiro grau entendeu que não houve responsabilidade do Município e Estado, os desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul entenderam que estava configurada a responsabilidade dos entes públicos.

No processo nº 027/1.13.0016754-8, a autora pleiteava o reconhecimento da responsabilidade dos sócios da boate Kiss, do Município por ato comissivo (expedir alvará de localização sem as condições de segurança exigidas pela legislação), e a responsabilidade tanto do Município quanto do Estado por ato omissivo (por não ter fiscalizado o funcionamento da casa em descumprimento com as regras de segurança e sem respeitar a lotação máxima do empreendimento).

Em sentença proferida, juíza da 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública reconheceu que houve omissão do Poder Público ao permitir que o estabelecimento continuasse aberto sem respeitar as regras de segurança, porém, afirmou que "tais circunstâncias, para fins de responsabilização civil, **são causas que não se mostram relevantes juridicamente para produção do resultado danoso**[515]" (grifo do autor).

O Corpo de Bombeiro emitiu o alvará de prevenção contra incêndio e, após vistoriar a Boate, o Município emitiu o alvará de localização que autorizava o seu funcionamento. No entanto, posteriormente, foram feitas alterações estruturais no local que fizeram com que o alvará de prevenção contra incêndio se tornasse inválido. Diante de tal cenário, a magistrada aponta que cabia ao ente municipal, no exercício do seu poder de

[512] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo no 027/1.13.0004136-6. Comarca de Santa Maria. Santa Maria, RS. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[513] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo no 70054948922. 10ª Câmara Cível. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.
[514] Dados verificados em 05 de dezembro de 2017.
[515] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 027/1.13.0016754-8. 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública. Sentença. Juíza Eloisa Helena Hernandez de Hernandes. Santa Maria, RS, 09 de setembro de 2015. p. 8. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

polícia, ter realizado a fiscalização do estabelecimento e exigido as adequações necessárias, conforme estabelecido no artigo 30, V, da Constituição Federal[516], no artigo 13, I, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul[517], no artigo 9º da Lei Orgânica do Município[518] e no artigo 285 do Código de Posturas do Município[519]. Por outro lado, o Corpo de Bombeiros também tinha a obrigação de ter fiscalizado e interditado a casa noturna, de acordo com o disposto nos artigos 1º e 5º da Lei nº 10.987/1997[520].

Apesar de reconhecer a existência do dever específico de fiscalizar o estabelecimento para os dois entes, a magistrada entendeu que a falha (negligência ao dever de fiscalizar) do Poder Público pode ensejar a responsabilidade política e até administrativa e penal dos agentes públicos, mas não é capaz de ensejar a responsabilidade civil, uma vez que não há nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano, tendo este sido causado exclusivamente por ato de terceiro:

> Todavia, tal conduta dos Entes Públicos não gera dever de indenizar em razão da ausência de nexo de causalidade direto com o evento danoso, simplesmente porque terceiros agiram ativamente e com suas condutas deram causa ao

---

[516] "Art. 30. Compete aos Municípios:
(...)
V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;"

[517] Art. 13. É competência do Município, além da prevista na Constituição Federal e ressalvada a do Estado:
I -_ **exercer o poder de polícia administrativa nas matérias de interesse local**, tais como proteção à saúde, aí incluídas a vigilância e a fiscalização sanitárias, e proteção ao meio ambiente, a o sossego, à higiene e à funcionalidade, bem como dispor sobre as penalidades por infração às leis e regulamentos locais;

[518] Art. 9º. – Compete ao Município, no exercício de sua autonomia, dentre outras, as seguintes atribuições:
(…)
XVIII – Conceder e cassar os alvarás de licença dos estabelecimentos que, por suas atividades, se tornarem danosos à saúde, à higiene, aos sossego, à segurança, ao meio ambiente, ao bem-estar do público ou aos bons costumes;
(…)
XL – Suspender ou caçar o alvará de localização de estabelecimento que infringir dispositivos legais.

[519] "Art. 41 – Em todas as casas de diversões públicas e similares serão observadas, além da estabelecidas no Códigos de Obras, Meio Ambiente e das previstas nas normas de prevenção a incêndio, as seguintes disposições.
(...)
Art. 285. A fiscalização do disposto neste Lei será efetuada pela fiscalização do Poder Público Municipal."

[520] Art. 1º – Todos os prédios com instalações comerciais, industriais, de diversões públicas e edifícios residenciais com mais de uma economia e mais de um pavimento, deverão possuir plano de prevenção e proteção contra incêndio, aprovado pelo Corpo de Bombeiros da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.
Parágrafo 1º – O Corpo de Bombeiros, nos municípios em que possua destacamento, realizará inspeção anual nos prédios considerados de grande risco e médio e a cada dois anos nos prédios considerados de pequeno risco.
Art. 2º (...)
Parágrafo 5º – Os prédios que oferecerem risco de vida aos seus usuários ou transeuntes, por apresentarem elevada probabilidade de incêndio ou desabamento, e aqueles tomados perigosos pela ausência de itens mínimos de segurança contra incêndios poderão ter sua evacuação ou interdição determinada pelo Corpo de Bombeiros.

> resultado, logo, são esses terceiros que deverão arcar com as reparações respectivas.[521]

Em seguida, afirma que a falha na prestação de serviço por parte dos sócios da Boate Kiss não pode ser atribuída aos entes públicos e que a relação entre os atos estatais e o dano é meramente remota. A magistrada entendeu que o manuseio de fogo de artifício e o material de isolamento acústico altamente inflamável que era utilizado na Boate e gerou uma fumaça tóxica que acabou intoxicando os que estavam dentro do local foram as únicas causas relevantes para o evento danoso[522]. Assim, a magistrada (sem deixar claro qual teoria do nexo ela adota, se a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato) conclui que não havia nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano e que o fato exclusivo e independente de terceiro teria sido a causa do dano.

Para reforçar sua decisão, menciona o precedente do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 888.420), detalhado nos parágrafos anteriores, em que também se reconheceu que o nexo de causalidade entre o ato estatal e o dano foi rompido pelo ato exclusivo de terceiro e outro precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que os desembargadores reconheceram que o Município não foi negligente ao dever de fiscalizar estabelecimento que promovia a exploração sexual de menores[523].

---

[521] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 027/1.13.0016754-8. 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública. Sentença. Juíza Eloisa Helena Hernandez de Hernandes. Santa Maria, RS, 09 de setembro de 2015. p. 13. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[522] Ibid., p. 14.

[523] "APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL QUE PROMOVIA EXPLORAÇÃO SEXUAL DE ADOLESCENTES. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO MUNICÍPIO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO PODER PÚBLICO. NEGLIGÊNCIA ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADA. MUNICÍPIO QUE EFETUOU DIVERSAS FISCALIZAÇÕES NO ESTABELECIMENTO DEMANDADO EM CURTO PERÍODO DE TEMPO. DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO DO ENTE PÚBLICO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS.

1. De acordo com o entendimento emanado dos Tribunais Superiores, tratando-se de responsabilidade do Estado por omissão, não se aplica o disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, esteio normativo da responsabilidade objetiva da Administração Pública, devendo se perquirir e comprovar a ocorrência de culpa por parte do Poder Público. 2. Na espécie, não restou demonstrada a negligência administrativa do ente público municipal, que efetuou diversas fiscalizações no estabelecimento demandado em curto período de tempo, de modo que não se pode atribuir à municipalidade a responsabilidade pela conduta dos demais requeridos, que praticavam a exploração sexual de adolescentes no estabelecimento, que possuía alvará para funcionamento de atividades de bar noturno. Desse modo, ausente um dos requisitos necessários para a responsabilização do Estado por omissão – a demonstração da culpa –, é descabida a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME." (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70058146531. 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 24 de abril de 2014. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

Por fim, para demonstrar que a omissão dos entes públicos não teve relevância na sequência de eventos e que decorreu exclusivamente da conduta de terceiros, faz a seguinte suposição (assim, acaba invocando a teoria da *conditio sine qua non*, que não tem aplicação no Brasil):

> mesmo que tivesse havido fiscalização eficiente, mesmo que a "Boate Kiss" funcionasse com todos os alvarás válidos e cumprisse todas as exigências legais, **não há garantia alguma de que o incêndio não teria acontecido, e nem que teria menores proporções.** Por outro lado, **há certeza absoluta** de que se não tivesse sido utilizado o artefato pirotécnico pela banda dentro do estabelecimento de diversão o evento fatídico não teria ocorrido. (grifo do autor)[524]

Portanto, a juíza entendeu que nem o Estado nem o Município eram responsáveis pelos danos causados à autora, de forma que apenas a Boate Kiss foi condenada a pagar indenização à autora no valor de R$ 20 mil reais.

A autora interpôs recurso de apelação em face da sentença, sendo que quatro desembargadores deram parcial provimento ao recurso da autora, reconhecendo a responsabilidade dos entes públicos e apenas um desembargador acompanhou o entendimento exarado na sentença.

A relatora do acórdão afirmou que a legislação vigente, mencionada na sentença, claramente estabelecia o dever de o Estado e Município emitir os alvarás e fiscalizar o funcionamento do estabelecimento. Nesse sentido, o Município, em razão do poder de polícia que detém, deveria ter sido vigilante e realizado a fiscalização e fechamento do estabelecimento. Dever que, como se demonstrou, foi negligenciado pelo Município.

Igualmente o Corpo de Bombeiros agiu de forma "leniente, burocrática", uma vez que o pedido de inspeção da boate Kiss foi colocado em uma longa fila de espera, sendo que a instituição deveria ter se atentado que o local era muito popular na região e era diariamente frequentado por um número considerável de jovens. O fato de o local ser altamente popular e frequentado por muitos jovens em um cidade de pequeno porte e com diversas universidades confirma a negligência dos entes públicos que deveriam ter priorizado a fiscalização do local.

Dessa forma, entende que apesar de a causa direta do incêndio ter sido o uso do fogo de artifício e a espuma de isolamento acústico, tanto a omissão do Estado como do Município atuaram indiretamente para a produção do dano (no entanto, a Relatora não

---

[524] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 027/1.13.0016754-8. 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública. Sentença. Juíza Eloisa Helena Hernandez de Hernandes. Santa Maria, RS, 09 de setembro de 2015. p. 17-18. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

deixou claro qual teoria do nexo foi adotada). Concluiu, então, que os entes públicos devem arcar solidariamente com a empresa com o pagamento de indenização à autora.

A maioria dos desembargadores seguiu o entendimento da Relatora, cabendo destacar apenas o voto do Desembargador Léo Romi Pilau Júnior que afirmou que a própria irregularidade da casa noturna já tornava evidente a falha dos entes públicos com relação ao dever de fiscalização, de forma que era possível concluir que:

> em que pese a existência de uma causa imediata para ocorrência material do incêndio e para a eclosão dos conhecidos e lastimáveis episódios, a falha na fiscalização compõe, de fato, a cadeira causal, afastando-se, por conseguinte, a caracterização da culpa exclusiva de terceiro.[525]

Concordamos com o entendimento que prevaleceu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma vez que estão presentes no caso concreto todos os elementos que configuram a responsabilidade do Estado. Em primeiro lugar, com base nos dispositivos mencionados na sentença de primeiro grau, verifica-se que a legislação atribuía a ambos os entes o dever específico de fiscalizar estabelecimentos como a boate Kiss: de um lado, não somente a Constituição Federal atribuía ao Município o dever de exercer o poder de polícia nas matérias de interesse local, mas leis locais específicas lhe conferiam o dever de emitir e cassar alvarás bem como fiscalizar o cumprimento da legislação vigente por parte dos estabelecimentos; de outro lado, leis estaduais atribuíam ao Corpo de Bombeiros o dever de fiscalizar e interditar estabelecimentos que não seguiam as normas de segurança.

Em segundo lugar, ficou comprovado pela tragédia que houve falha por parte do Estado e Município em fiscalizar a estrutura da casa noturna e interditá-la, ao verificar que ela não estava cumprindo as normas de segurança e ainda estava funcionando com alvará de prevenção contra incêndio inválido (antes dele ter seu prazo expirado em 2012). Assim, a casa continuava operando, muitas vezes acima de sua capacidade, quando deveria ter sido fechada pelas autoridades públicas. Portanto, ficou comprovada a negligência aos deveres específicos, i.e., a conduta culposa do ente municipal e estadual. Nesse sentido, ensina Yussef Said Cahali que as autoridades públicas devem manter fiscalização permanente sobre as atividades que dependem de autorização para funcionar, sob pena de as próprias autoridades virem a ser responsabilizadas pelos danos causados:

---

[525] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70070346077. 6ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Elisa Carpim Corrêa. Porto Alegre, RS, 02 de dezembro de 2016. p. 32. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

> Em outras palavras, toda atividade ou serviço destinado ao grande público, sujeito a autorização, regulamentação, disciplina, ou permissão do Poder Público, deve merecer por parte dos agentes da Administração a permanente fiscalização na regularidade de sua prestação ou desempenho, sob cominação de responsabilidade pelos danos causados por sua desídia.[526]

Em terceiro lugar, ao contrário do afirmado na sentença de primeiro grau, está presente a relação de causalidade entre a omissão dos entes públicos e o dano causado. Entendemos que por meio da aplicação da teoria do dano direto e imediato (sob a Escola da necessariedade da causa) é possível identificar o nexo causal entre a omissão estatal e os danos causados.

A omissão do Estado e Município são causas necessárias, idôneas (junto ao ato de terceiro) à produção do resultado, pois competia a eles (a) fiscalizar e se certificar de que a casa de shows funcionava dentro dos padrões de segurança, o que teria levado à mudança do material usado para isolamento acústico e observância de demais medidas de segurança (como extintores de incêndio dentro da validade, saída de emergência e sinalização da saída de emergência); e (b) ter interditado a boate Kiss por não ter alvará de prevenção de incêndio válido (o que também acabou invalidando o alvará de localização emitido pela municipalidade) e respeitar as regras de segurança.

A tragédia somente ocorreu porque o estabelecimento não contava com sinalização e saídas de emergência adequadas e utilizava material para o isolamento acústico altamente inflamável e, assim, inapropriado para o local. Apenas a substituição do material de isolamento acústico já poderia ter evitado a morte de muitos jovens, pois a queima do material liberou uma fumaça tóxica e escura que impediu que as vítimas enxergassem onde era a saída. Além do mais, a perícia constatou que 100% das mortes foram causadas por asfixia, ou seja, decorreram da fumaça tóxica liberada pelo material utilizado na casa de shows. Portanto, tendo sido comprovado que a fumaça tóxica impediu a saída dos frequentadores do local (aliada à falta de sinalização e saídas de emergência) e foi a causa da morte de muitos jovens, entendemos que o funcionamento da boate Kiss em condições irregulares, aliado ao fato de terceiro (manuseio de artefatos pirotécnicos), foram as causas idôneas, sem as quais não se poderia ter produzido o resultado.

Além disso, não houve nenhum outro fato ou evento que tenha rompido o nexo causal. Não se pode considerar que o manuseio do artefato pirotécnico tenha rompido o nexo, tendo em vista que a perícia comprovou que o uso da espuma de isolamento acústico

---

[526] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 394.

fez com que o incêndio se alastrasse rapidamente e criou a fumaça tóxica que dificultou a saída e levou a morte dos jovens. As duas causas (uso de fogos de artifício e a estrutura da boate) foram essenciais para produção do resultado, de forma que o desfecho provavelmente poderia ter sido evitado em caso de ausência de uma delas[527]. Nesse sentido, tanto o fato de terceiro quanto as condições da casa de show também foram as causas necessárias para a tragédia. Portanto, está clara a relação causal entre a omissão do Estado e do Município e os danos causados, devendo os entes públicos serem responsabilizados.

Com relação ao precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul mencionado pela magistrada na sentença, Apelação Cível 70058146531[528], entendemos que tal julgado se diferencia do presente caso. Na referida Apelação Cível, o Município estava sendo condenado ao pagamento de indenização por danos morais coletivos por ter se omitido ao seu dever de fiscalizar estabelecimento que promovia a exploração sexual de adolescentes. No entanto, diante da comprovação de que haviam sido feitas inúmeras fiscalizações no local (que tinha autorização para funcionar como bar noturno) em um curto período de tempo, os desembargadores entenderam que não houve conduta negligente por parte do ente público. Assim, como não estava presente a culpa estatal, o Município não poderia ser responsabilizado pelos danos causados.

Portanto, o Poder Público não foi responsabilizado porque comprovou que havia sido diligente e cumprido regularmente seu dever de fiscalização, ao contrário do que ocorreu com a boate Kiss, que não foi inspecionado por nenhum ente público e ficou funcionando por muito tempo com alvarás inválidos. Nesse sentido, não assiste razão à magistrada quando, com base nesse precedente, afirma que "a Corte Local [já se posicionou] no sentido de inexistir dever de indenizar do Município por falha no dever de fiscalização de estabelecimento que explorava prostituição infantil"[529].

---

[527] Chega-se à mesma conclusão quando analisamos o caso por meio da teoria da causalidade adequada. Tendo em vista que foram as duas causas combinadas que fizeram com que a tragédia atingisse tal magnitude naquela noite, sendo que a ausência de uma delas teria provavelmente evitado o dano, a omissão dos entes públicos pode ser considerada o antecedente adequado a ter produzido o dano.

[528] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70058146531. 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 24 de abril de 2014. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

[529] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 027/1.13.0016754-8. 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública. Sentença. Juíza Eloisa Helena Hernandez de Hernandes. Santa Maria, RS, 09 de setembro de 2015. p. 16. O inteiro teor da decisão pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, <www.tjrs.jus.br> acesso em 19 de setembro de 2017.

Como pudemos observar, no caso da Boate Kiss está claro que a omissão constitui violação direta dos deveres que eram impostos ao Estado e Município, de modo que nem se chegou a cogitar se os agentes agiram dentro do seu poder discricionário, pois isso implicaria assumir que os entes públicos teriam autorização legal para se abster de fiscalizar a casa de shows, o que não é o caso. A análise do caso seria diversa se, os agentes houvessem de fato fiscalizado a Boate Kiss, tivessem entendido que todas as normas de segurança haviam sido respeitadas e, com base nisso, emitido novas licenças. Nesse caso, caberia verificar qual foi a análise feita pelos agentes com base nas normas legais e se a interpretação dos agentes poderia ter sido adotada.

Feita breve análise sobre o conceito de poder de polícia, quais deveres são impostos ao Estado em razão do exercício da atividade e um caso concreto (caso da Boate Kiss), passamos a analisar a segunda atividade administrativa do Poder Executivo, a regulação econômico-social.

12.4. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: REGULAÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL

Na visão de Floriano de Azevedo Marques Neto, a função regulatória da Administração é definida como:

> *(...) modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses internos ao sistema regulado e à satisfação de finalidades públicas, condicionada aos limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico.*[530]

A atividade regulatória corresponde não apenas à competência da Administração para emitir atos de caráter geral e abstrato, mas engloba a atividade fiscalizatória, sancionatória e adjudicatória. O autor ressalta que apesar de tal função se aproximar muito do poder de polícia, há importantes distinções entre as duas atividades.

A primeira grande diferença seria conceitual, a atividade de regulação é mais ampla do que a do poder de polícia, sendo a regulação por incentivos, por meio do qual incentiva-se que os particulares adotem o comportamento desejado pelo Administração, o grande exemplo para distinguir os conceitos e demonstrar que a regulação é mais abrangente e complexa do que o poder de polícia.

---

[530] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia. *Tratado de Direito Administrativo: Funções Administrativas do Estado* (coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4, p. 512.

A segunda diferença seria metodológica, pois, se de um lado, o poder de polícia é baseado na autoridade da Administração e na participação limitada dos indivíduos, a quem cabe apenas cumprir os atos administrativos, por outro lado, a regulação admite maior participação do particular, na medida em que visa a tutelar tantos os seus direitos quanto os interesses (é o que ocorre, por exemplo, nas audiências e consultas públicas promovidas pelas agência reguladoras que têm como objetivo colocar em discussão com agentes e demais interessados, normas de caráter geral do setor, antes de sua aprovação final pela agência).

Ao exercer tal atividade, Marçal Justen Filho afirma que "recai sobre todo agente estatal um dever de diligência especial"[531], porque o agente "tem o dever jurídico de cercar-se de todas as precauções para evitar atuação imprecisa, defeituosa ou inadequada"[532]. Dessa forma, se o agente editar regras inadequadas, estaria atuando com imprudência e imperícia. Mas, segundo o autor, tal análise de culpa nem seria necessária, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabelece a responsabilidade objetiva do Estado em caso de conduta defeituosa do agente.

O autor ainda lembra que a atividade de regulação estatal é pautada pelo princípio da prevenção ou precaução, que determina que a atividade seja realizada com todas as cautelas possíveis. No entanto, a aplicação do princípio não seria absoluta, caso contrário iria impedir que a Administração tomasse diversas condutas diante dos mínimos riscos que elas poderiam gerar. Por isso, segundo o autor, tal princípio seria aplicado ao lado do princípio da proporcionalidade para determinar qual seria a conduta que melhor atendesse ao interesse público e gerasse menos riscos aos administrados, uma vez que é impossível eliminar absolutamente qualquer risco:

> É imperioso comparar os resultados potencialmente decorrentes das diversas alternativas e optar pela alternativa que se revelar menos nociva e, concomitantemente, mais apta a produzir resultados satisfatórios. Em suma, é impossível consagrar um modelo que elimine o risco de danos de modo absoluto.[533]

Diversos setores da economia são regulados por meio de agências reguladoras, como por exemplo, para regular o setor da telefonia há a ANATEL e o para o setor de energia elétrica, foi criada a ANEEL. Conforme ensina com Marçal Justen Filho, as

---

[531] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 643.
[532] Ibid., p. 643.
[533] Ibid., p. 644-645.

agências tem competência para "editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos num setor econômico"[534].

O autor ressalta que uma peculiaridade das agências reguladoras seria o fato de ao serem concedidas a elas tais competências, elas são retiradas da Administração Direta, o que significa que não há recurso hierárquico da decisão de uma agência ao Ministério que ela esteja subordinado. Seus atos podem ser revistos ou anulados somente pelo Poder Judiciário.[535]

Outra peculiaridade, atinente ao objeto de nosso estudo, seria a discricionariedade da agência reguladora para adotar a solução que achar mais adequada ao caso. De acordo com Marçal Justen Filho, "essa competência discricionária compreende inclusive questões técnicas e regulatórias, no tocante à prestação de serviços públicos e disciplina de atividades econômicas"[536].

Referido autor entende que transferir a regulamentação de certos assuntos do âmbito legislativo para as agências reguladoras amplia o âmbito de controle do conteúdo por parte do Poder Judiciário. No primeiro caso (competência do legislativo), o controle jurisdicional se daria pelo controle de constitucionalidade e legalidade. Enquanto que no segundo caso, o controle de atos normativos das agências reguladoras abrangeria tanto a análise de um procedimento voltado para a produção da norma como a verificação de que a decisão da agência possui embasamento técnico. Isso permitiria maior análise do conteúdo da decisão administrativa por parte do Poder Judiciário, o que não seria possível se se tratasse de uma lei. Nesse sentido, veja-se:

> Assim, a validade da decisão da agência dependerá da observância de um procedimento destinado a apurar todas as variáveis e todos os dados relevantes. Essa é uma exigência que não se põe como requisito de validade para leis. Mas também se poderá impugnar a decisão da agência em vista da contradição com fundamentos tecnológicos ou científicos.[537]

No entanto, o autor ressalta que a falta de conhecimento técnico-científico detido pelo Judiciário acerca de questões específicas de determinado setor regulado impõe ao juiz maior grau de cautela, sendo imprescindível valer-se da opinião de especialistas no assunto

---

[534] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 665.
[535] Ibid., p. 668.
[536] Ibid., p. 669.
[537] Id., *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 366 e 367.

antes de proferir sua decisão e devendo ter em mente que a discricionariedade da agência deve ser respeitada diante de mais de uma possível solução ao caso.[538]

Floriano de Azevedo Marques Neto tem o mesmo posicionamento ao defender que o controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre os atos decisórios das agências reguladoras é restrito, devendo respeitar a escolha feita pelo regulador, desde que o processo regulatório que antecedeu a tomada de decisão tenha respeitado a garantia do devido processo legal e todos os demais princípios impostos à Administração Pública, dentre eles, o da motivação.

O autor defende que deve prevalecer a decisão da agência, pois diante de duas ou mais possíveis soluções ao caso, o regulador, por ter mais conhecimento técnico do que o Poder Judiciário, estaria mais apto para decidir qual seria a melhor opção dentre as alternativas possíveis, devendo o juiz se conformar com a escolha técnica tomada. Nesse sentido, veja-se lição do autor:

> Quer-nos parecer que a realização de processo regulatório em que se observe a garantia do devido processo legal previamente à regulação determina uma postura de deferência do Poder Judiciário com relação à interpretação normativa elaborada pelo regulador. Isso significa que os juízes devem respeito à regulação emanada com fundamento na subsunção normativa, devendo revisá-la tão somente nas hipóteses em que o conteúdo decisório se mostre desarrazoado. Nessa mesma linha, compreendemos ser defeso ao Judiciário invalidar uma regulação apoiada em uma determinada metodologia em razão de outra técnica disponível no setor regulado: desde que o regulador tenha motivado suficientemente o porquê da adoção de uma em detrimento de outra, a postura de deferência deve novamente ser observada.[539]

Portanto, o Poder Judiciário deve ter cautela redobrada ao verificar se os atos das agências reguladoras possuem algum vício ou não, uma vez que tal constatação pode não se restringir apenas ao campo do Direito, mas sim demandar conhecimento em outras áreas. Nesses casos, é imprescindível ouvir a opinião de especialistas de cada área para verificar se a agência adotou a decisão mais adequada ao caso.

Com a criação das agências reguladoras no sistema brasileiro, responsáveis por regular setores específicos do país, cresceu a discussão a respeito do tema da discricionariedade técnica, segundo a qual a decisão da Administração é definida por critérios técnicos.

---

[538] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 592.

[539] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia. *Tratado de Direito Administrativo: Funções Administrativas do Estado* (coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4, p. 667-668.

Com relação à discricionariedade técnica, Maria Sylvia Zanella Di Pietro indaga se nessa atividade a Administração realmente tem a liberdade de escolher entre duas ou mais opções técnicas ou se a discussão envolvendo tal tema é a mesma que se coloca com relação aos conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, de que se trata apenas de um trabalho de interpretação da lei e, portanto, passível de avaliação judicial.[540]

A autora responde à pergunta no sentido de que não há discricionariedade administrativa quando a lei prevê conceitos técnicos que terão que ser definidos pela Administração. Isso porque "o órgão regulador limita-se a definir um conceito que já está contido na lei e cujo conteúdo vai ser apenas explicitado na norma infralegal"[541], assim, não há em tal atividade qualquer liberdade de apreciação da Administração. E, como não se trata de ato sob a discricionariedade administrativa, tais conceitos podem ser objeto de interpretação pelo Poder Judiciário que, com base em pareceres técnicos, pode rever as normas que trazem a definição dos conceitos.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que os atos normativos elaborados pelas agências reguladoras que definem conceitos técnicos não podem ser chamados de regulamentos, uma vez que por meio destes a Administração tem liberdade para atuar no espaço definido pela lei.

No mesmo sentido se posiciona Marçal Justen Filho. O autor entende que os casos chamados pela doutrina de discricionariedade técnica[542], não são casos em que há a discricionariedade propriamente dita. A lei confere à Administração autonomia para decidir, no entanto, essa decisão deve ser tomada com base em critérios técnicos, não podendo a Administração tomar uma decisão que seja contrária a tais critérios. Nas palavras do autor, "nos casos de discricionariedade técnica, a lei não autoriza uma escolha de natureza política, a ser realizada pelo aplicador"[543]. Porém, o autor ressalta que em muitas situações a avaliação técnica fornecerá mais de uma solução, cabendo ao administrador fazer um juízo valorativo das opções propostas.

---

[540] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121.
[541] Ibid., p. 122.
[542] "Uma delas é a chamada discricionariedade técnica, expressão utilizada no passado para indicar situações em que a lei se vale do conhecimento técnico-científico para disciplinar uma situação". JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 217.
[543] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 217.

Por fim, a Administração pode ser responsabilizada em razão de sua *inércia regulamentar,* se não regulamentou determinada lei quando deveria tê-lo feito, tendo em vista a violação do princípio da legalidade:

> De resto, o princípio da legalidade, rigorosamente entendido, comporta para a administração uma dupla exigência: uma, negativa, em não tomar nenhuma decisão que seja contrária à lei; outra, positiva, consiste em aplicá-la, isto e, tomar todas as medidas regulamentares ou individuais que a sua execução necessariamente implica. Ora se uma lei é inaplicável em consequência da não regulamentação da mesma, expressamente exigida no próprio texto legal, então pode haver uma sanção contra a inércia ou demora do poder encarregado da emanação dos regulamentos de aplicação. Essa sanção será a responsabilidade do Estado no caso de a lei, ao conferir direitos a certas categorias de pessoas, ter encarregado a administração de emanar as normas necessárias à sua concretização.[544]

A seguir, iremos analisar um caso que ganhou bastante destaque no cenário brasileiro entre 2008 e 2010, em que se discutia uma possível omissão por parte da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL ao não fiscalizar e rever a metodologia tarifária que estava sendo aplicada, o que levou à aprovação de tarifas de energia elétrica em valores superiores ao que deveria ter sido feito, prejudicando consumidores de todo o país. Iremos analisar se tal omissão estava dentro do poder discricionário da agência, constituindo, assim, um ato legítimo da agência que acabou causando danos a diversos consumidores ou se seu ato omissivo extrapolou seu âmbito de discricionariedade, cabendo, assim, ser responsabilizada pelos danos causados.

12.5. OMISSÃO NA REGULAÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL – ANEEL E A APLICAÇÃO DA METODOLOGIA DE REAJUSTE TARIFÁRIO ANUAL DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA

Em meados de 2008, teve início discussão acerca de uma possível falha da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que vinha ocorrendo desde 2002, no que diz respeito à aprovação do reajuste anual das tarifas das distribuidoras de energia elétrica. O caso foi analisado pelo Tribunal de Contas da União - TCU e levou à abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar o assunto, conhecida como CPI das Tarifas.

A pedido da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, o TCU realizou auditoria no processo de reajuste tarifário da Companhia Energética de

[544] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos.* Coimbra: Almedina, 1974. p. 199.

Pernambuco – CELPE (concessionária de distribuição do Estado de Pernambuco) e da Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG (concessionária de distribuição do Estado de Minas Gerais), referente ao período de 2002 a 2008, pois o aumento das tarifas das distribuidoras havia sido maior do que a inflação acumulada para o mesmo período (a tarifa da CELPE havia aumentado 78% nesse período e a inflação acumulada, medida pelo IGPM, havia sido de 61% e tarifa da CEMIG cresceu 42,6% entre 2004 e 2007 e a inflação acumulada do mesmo período foi de 13,4%).

Na sessão de 08.10.2008, o TCU, ao analisar o reajuste tarifário da CELPE, identificou algumas inconsistências na metodologia empregada pela ANEEL no processo de reajuste tarifário da concessionária:

> 15. No tocante à análise da metodologia empregada pelos contratos de concessão, os estudos realizados apontam evidências de que a método adotado para o reajuste tarifário apresenta uma grave falha conceitual que leva ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.[545]

Para entender melhor o caso, é importante esclarecer que os custos da concessionária de distribuição são divididos em Parcela A e Parcela B. Compõem a Parcela A os chamados custos não-gerenciáveis da concessionária, que não dependem de sua operação, como os encargos setoriais, de transmissão e decorrentes da compra de energia elétrica. Os custos da Parcela A são repassados integralmente aos consumidores por meio da tarifa.

Estão na Parcela B os custos gerenciáveis da empresa, que correspondem aos custos operacionais (pessoal e material, por exemplo) e a remuneração do capital investido. "São custos próprios da atividade de distribuição e de gestão comercial dos clientes, que estão sujeitos ao controle ou influência das práticas gerenciais adotadas pela concessionária"[546]. Durante a revisão tarifária periódica, a ANEEL define uma meta de eficiência para a concessionária e se ela conseguir atingir a meta, diminuindo os custos da Parcela B, ela pode se apropriar dos respectivos ganhos. Assim, quanto menor for a Parcela B, maior será o seu lucro.

---

[545] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2210/2008. Processo n° TC – 021.975/2007-0. Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 08 de outubro de 2008. p. 3. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal de Contas da União <www.tcu.gov.br>. acesso em 13 de junho de 2017.

[546] BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Nota Técnica no 65/2010-SRE/ANEEL. Superintendente de Regulação Econômica Davi Antunes Lima. Brasília, DF, 17 de março de 2010. p. 8. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site da ANEEL <www.aneel.gov.br >. acesso em 13 de junho de 2017.

No presente caso, foi analisada e questionada a metodologia de reajuste tarifário[547] da concessionária. Em tal processo, a ANEEL faz o reajuste da tarifa homologada no processo de revisão tarifária periódica, por meio da aplicação do Índice de Reajuste Tarifário. Esse Índice corresponde à razão entre a Receita na Data de Reajuste em Processamento (Receita DRP), que corresponde à receita para manter o poder de compra da concessionária após o reajuste, e a Receita na Data de Referência Anterior (Receita DRA), que se trata da receita efetivamente arrecada pela empresa nos últimos 12 meses.[548]

Em primeiro lugar, é realizado o cálculo da Receita DRA, verificando-se a receita efetivamente arrecadada nos últimos 12 meses anteriores ao reajuste. Em seguida, é verificado o valor que a concessionária efetivamente gastou com os custos da Parcela A no mesmo período, sendo o cálculo da Parcela B o resultado entre a receita efetivamente arrecadada menos o valor da Parcela A.[549]

Em segundo lugar, é calculada a Receita DRP, composta pela soma da Parcela A e Parcela B estimadas para o período após reajuste. A Parcela B é calculada corrigindo a Parcela B calculada na Receita DRA pela inflação e pelo Fator X e a Parcela A é calculada com base na Parcela A da Receita DRA.[550]

Após o cálculo da Receita DRA e DRP, são calculados os valores da Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da Parcela A – CVA, que será detalhada nos parágrafos seguintes por ter se tornado o tema central na discussão sobre o reajuste tarifário das concessionárias.

Ao realizar a auditoria no processo de reajuste tarifário da CELPE e da CEMIG, o TCU apontou como principais erros na metodologia de reajuste tarifário o cálculo da Parcela B e a não consideração no cálculo das variações de mercado da concessionária de

---

[547] As tarifas das concessionárias de distribuição de energia elétrica são revistas de três formas diferentes, por meio do processo de (i) revisão tarifária periódica, que ocorre a cada 4 ou 5 anos, e visa restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, levando em consideração as "alterações na estrutura de custos e de mercado da distribuidora, os níveis de tarifas observados em empresas similares, no contexto nacional e internacional, e os estímulos à eficiência e à modicidade tarifária" (conforme conceito de Revisão Tarifária Periódica disponibilizado no site da ANEEL: http://www.aneel.gov.br/glossario) . A tarifa fixada nesse processo permanece vigente até a próxima revisão; (ii) reajuste tarifário, realizado anualmente, e tem por objetivo restabelecer o poder de compra da receita da concessionária a partir da receita fixada na revisão tarifária; e (iii) revisão tarifária extraordinária, que pode ser realizada a qualquer momento e a pedido da concessionária, quando houver alterações significativas nos custos da empresa que alterem o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

[548] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2210/2008. Processo n° TC – 021.975/2007-0. Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 08 de outubro de 2008. p. 4. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal de Contas da União <www.tcu.gov.br>. acesso em 13 de junho de 2017.

[549] Ibid., p. 5.

[550] Ibid., p. 5.

distribuição de energia. Isso porque a Parcela B em Receita DRA era calculada simplesmente por meio da diferença entre a receita efetivamente arrecadada e os custos efetivamente despendidos com a Parcela A. Dessa forma, a Parcela B acabava sendo formada por outros custos que não necessariamente tinham relação com os custos que deveriam integrá-la (custos gerenciáveis). Nesse sentido, veja-se voto do TCU:

> Ao optar por esse caminho, a metodologia abandona todo o rigor técnico utilizado no cálculo dos custos operacionais e dos custos de capital no processo de revisão e o substitui por uma forma simplificada de cálculo baseada na diferença de duas variáveis que nada tem a ver com os custos gerenciáveis da empresa.[551]

Como a receita efetivamente arrecadada aumentava conforme o aumento da demanda de energia e a Parcela B era o resultado da diferença entre tal receita e a Parcela A, a Parcela B acabava absorvendo as variações de demanda de energia da concessionária, conferindo à empresa um ganho que não estava previsto na metodologia e não era repassado ao consumidor. A concessionária era beneficiada com tais valores, pois tanto dentro da Parcela A como da Parcela B existem custos fixos (como custos com encargos setoriais na Parcela A e custos administrativos na Parcela B) que não aumentam com o aumento do mercado da empresa.

Feita tal constatação, o TCU verificou que nos últimos anos as concessionárias registraram aumento do consumo de energia, sendo que somente em 2001, ano em que ocorreu o Apagão e de crise energética, houve uma redução da demanda. Nesse cenário, o Tribunal entendeu que a metodologia aplicada estava favorecendo indevidamente as concessionárias, uma vez que permitia que elas se apropriassem de ganhos que não estavam relacionados ao aumento da eficiência do serviço prestado.

Como tal ganho não decorreu do aumento da melhoria dos serviços da empresa, então, ele deveria ter sido repassado ao consumidor e não ter sido absorvido pela concessionária. Nesse sentido, a metodologia utilizada pela ANEEL estava prejudicando o interesse público e beneficiando indevidamente as concessionárias:

> 45. Portanto, fica evidente que a metodologia utilizada para o reajuste tarifário desequilibra o contrato em favor das concessionárias de energia elétrica, gera ganhos ilícitos e prejudica o interesse público em favor do lucro privado indevido.

---

[551] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2210/2008. Processo n° TC – 021.975/2007-0. Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 08 de outubro de 2008. p. 6. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal de Contas da União <www.tcu.gov.br>. acesso em 13 de junho de 2017.

> 46. A metodologia atual permite que as empresas se apropriem dos ganhos de escala do negócio, mesmo quando não decorram de um aumento de eficiência operacional. Esses ganhos, derivados do aumento do consumo, deveriam ser repassados aos consumidores em sintonia com o princípio da modicidade tarifária. Dessa forma, a metodologia utilizada desvirtua a finalidade do mecanismo de reajuste, que é manter o poder de compra da concessionária durante o período tarifário.[552]

Além de violar o princípio da modicidade tarifária, o TCU defendeu que a inconsistência na metodologia também comprometia o aumento da eficiência operacional da empresa, uma vez que lhe atribuía ganhos que não decorreram de melhorias feitas na qualidade e eficiência do serviço.

Também estava sendo ferida a neutralidade da Parcela A, tema que ganhou destaque na discussão do reajuste das tarifas das distribuidoras. Isso porque a neutralidade dos itens da Parcela A deveria ter sido observada desde 2002, assim, as concessionárias não poderiam auferir lucro dos custos que estão em tal Parcela.

Em 04.09.2001, foi editada a Medida Provisória nº 2.227/2001[553], com objetivo de estabelecer que os parágrafos 1º e 3º do artigo 2º da Lei nº 10.192/2001[554] (que proibia o reajuste ou correção monetária em período menor do que 1 ano) não se aplicariam para o mecanismo de compensação das variações de valores dos itens da Parcela A dispostos nos contratos de concessão das distribuidoras de energia[555].

Em 24.02.2002, foi elaborada pelo Ministério de Minas e Energia e Ministério da Fazenda a Portaria Interministerial nº 25/2002, regulamentando a MP nº 2.227/2001.

---

[552] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2210/2008. Processo n° TC – 021.975/2007-0. Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 08 de outubro de 2008. p. 7. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal de Contas da União <www.tcu.gov.br>. acesso em 13 de junho de 2017.

[553] A Medida Provisória nº 2.227/2001 foi editada antes da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001 e permanece vigente até o momento de elaboração da tese (05 de dezembro de 2017), em razão do disposto no artigo 2º da Emenda Constitucional 32 ("[a]s medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional").

[554] "Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.
§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.
§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.
§ 3º Ressalvado o disposto no § 7o do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual."

[555] "Art. 1º Não se aplicam as disposições dos §§ 1º e 3º do art. 2º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, a mecanismo de compensação das variações, ocorridas entre os reajustes tarifários anuais, de valores de itens da "Parcela A" previstos nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, a ser regulado, por proposta da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, em ato conjunto dos Ministros de Estado de Minas e Energia e da Fazenda."

Assim, criou-se a Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da Parcela A – CVA "destinada a registrar as variações, ocorridas no período entre reajustes tarifários, dos valores dos [seguintes] itens de custo da Parcela A"[556].

Nos processos de revisão e reajuste tarifário, a ANEEL deveria calcular o saldo da CVA com o objetivo de neutralizar as variações dos valores da Parcela A. Porém, a metodologia imposta pela Agência era omissa nesse ponto e não estava considerando as variações de mercado da concessionária ao fazer o cálculo do saldo da CVA, permitindo, assim que empresas tivessem lucro ou prejuízo em decorrência da oscilação de mercado.

Como o problema encontrado estava na metodologia empregada pela ANEEL, o TCU concluiu que o caso da CELPE e CEMIG não era isolado e todas as concessionárias de distribuição de energia elétrica que tiveram suas tarifas revistas por tal metodologia tiveram ganhos indevidos. De acordo com o Tribunal, os consumidores tiveram prejuízo de aproximadamente R$ 1 bilhão por ano[557].

Diante das conclusões acima, em decisão proferida em 08.10.2008, o TCU determinou, dentre outras medidas, que a ANEEL corrigisse as inconsistências apontadas na metodologia de reajuste tarifário das concessionárias de distribuição de energia elétrica. A ANEEL opôs Embargos de Declaração em face dessa decisão do TCU[558], defendendo que, com relação à garantia de neutralidade da Parcela A, ela tinha uma interpretação diferente da feita pelo TCU sobre o disposto na Portaria Interministerial nº 25/2002.

---

[556] Redação do artigo 1º da Portaria Interministerial nº 25/2002: "Art. 1º Criar, para efeito de cálculo da revisão ou do reajuste da tarifa de fornecimento de energia elétrica, a Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da "Parcela A" - CVA destinada a registrar as variações, ocorridas no período entre reajustes tarifários, dos valores dos seguintes itens de custo da "Parcela A", de que tratam os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica:"

[557] 61. Como foi demonstrado ao longo das análises apresentadas, **a citada falha metodológica remunera ilegalmente as concessionárias de energia elétrica em detrimento do interesse público e gera impactos de alta materialidade e prejuízos para o usuário de pelo menos R$1 bilhão ao ano**. (grifou-se). BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2210/2008. Processo n° TC – 021.975/2007-0. Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 08 de outubro de 2008. p. 11. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal de Contas da União <www.tcu.gov.br>. acesso em 13 de junho de 2017.

[558] Nos Embargos, a ANEEL alegou, dentre outros, de que (a) no regime do serviço pelo preço, o risco de variação do mercado era arcado pelas concessionárias; (b) a metodologia de reajuste tarifário estava prevista no contrato de concessão das empresas, revestindo-se, assim, de legalidade e constituindo ato jurídico perfeito; (c) "as recomendações sugeridas pelo TCU no controle de mérito [poderiam] ou não ser acolhidas pelas Agências dentro de um juízo discricionário, sob pena de violação da autonomia técnica das Agências e do modelo de Estado Regulador"; (d) a alteração da metodologia teria que se dar por meio de alteração de cláusula econômica do contrato de concessão, o que não poderia ser feito unilateralmente pela Administração, necessitando, assim, de anuência das concessionárias; (e) a análise isolada da oscilação de demanda não era suficiente para comprovar que houve do alteração do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, pois todas as variáveis que compõem a equação deveriam ser analisadas em conjunto; e (f) as concessionárias de distribuição CELPE e CEMIG não puderam se manifestar nos autos, violando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A Agência entendia que o cálculo da CVA previsto na referida portaria emitida pelo MME e MF não permitia que fosse capturada a variação de mercado da concessionária e que a ANEEL devia atuar somente nos estritos limites do estabelecido pelos ministérios. Ela constrói seu argumento a partir do que está definido em cada artigo da Portaria Interministerial nº 25/2002.

Assim, conforme explicado na Nota Técnica nº 65/2010-SRE/ANEEL[559], o artigo 1º da Portaria Interministerial nº 25/2002 define quais itens compõem a CVA. Em seguida, o artigo 2º[560] trata sobre a forma de cálculo da CVA: o saldo da CVA é obtido pelo somatório da diferença entre o valor do item na data do último reajuste e o seu valor na data de pagamento[561]. O artigo 3º da referida Portaria trata sobre a compensação do saldo da CVA, sendo que seu parágrafo 4º[562] prevê que na verificação da compensação do saldo da CVA deve-se analisar se foi levado em consideração a oscilação de mercado que ocorreu durante os 12 meses de compensação do saldo da CVA.

Assim, no entendimento da ANEEL, em primeiro lugar, deve-se apurar o saldo da CVA, conforme o artigo 2º da Portaria Interministerial nº 25/2005, e, em seguida, verifica-se se o saldo foi efetivamente compensado, sendo que a consideração da oscilação de mercado apenas seria incluída nessa segunda fase. O ponto defendido é que somente se a variação de mercado estivesse inserida no artigo 2º da referida Portaria, estaria correto o entendimento de que a concessionária não poderia auferir lucro ou prejuízo de custos relacionados à oscilação de mercado. Como a variação de mercado está inserida apenas no

[559] A Nota Técnica no 65/2010-SRE/ANEEL foi emitida no âmbito da Audiência Pública no 33/2010. Explicamos o posicionamento da ANEEL a partir de tal documento, uma vez que ele analisou profundamente a metodologia de reajuste tarifário anual e seu entendimento foi posteriormente acolhido pela Diretoria da ANEEL.

[560] Art. 2º O saldo da CVA é definido como o somatório das diferenças, positivas ou negativas, entre o valor do item na data do último reajuste tarifário da concessionária de distribuição de energia elétrica e o valor do referido item na data de pagamento, acrescida da respectiva remuneração financeira.

[561] BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Nota Técnica nº 65/2010-SRE/ANEEL. Superintendente de Regulação Econômica Davi Antunes Lima. Brasília, DF, 17 de março de 2010. p. 15. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site da ANEEL <www.aneel.gov.br >. acesso em 13 de junho de 2017.

[562] Art. 3º O saldo da CVA deverá ser compensado nas tarifas de fornecimento de energia elétrica da concessionária nos 12 (doze) meses subseqüentes à data de reajuste tarifário anual, sendo eventual diferença considerada no cálculo do reajuste tarifário seguinte.

(...)

§ 4o No final do período que trata o caput, verificar-se-á se o saldo da CVA foi efetivamente compensado, levando-se em consideração as **variações ocorridas entre o mercado de energia elétrica** utilizado na definição do reajuste tarifário da concessionária e o mercado verificado nos 12 (doze) meses da compensação, bem como a diferença entre a taxa de juros projetada e a taxa de juros SELIC verificada, sendo eventual diferença na compensação do saldo da CVA considerada no reajuste tarifário anual subseqüente. (grifou-se)

artigo que trata sobre a compensação CVA, então, a concessionária deve suportar tal risco[563].

Como foi uma portaria conjunta do MME e MF que definiu tal metodologia, a ANEEL defendia que a oscilação de mercado somente poderia ser considerada na metodologia de reajuste tarifário se fosse alterada a Portaria Interministerial nº 25/2002. Por esse motivo, somente o MME e MF, e não a Agência, teriam competência para promover tal alteração na metodologia aplicada às concessionárias.

Em face do recurso da ANEEL, em 12.11.2008, os ministros do TCU reconheceram que deveria ter sido dada oportunidade para que as concessionárias que tiveram seus reajustes tarifários analisados no processo, CELPE e CEMIG, se manifestassem. Assim, em razão da violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, a decisão proferida em 08.10.2008 foi anulada e os autos foram encaminhados à unidade técnica para oitiva das concessionárias.[564]

Enquanto a nova decisão do TCU não era proferida, em maio de 2009, foi criada a Comissão Parlamentar de Inquérito das Tarifas de Energia Elétrica (CPI das Tarifas). A CPI das Tarifas tinha o objetivo de investigar os itens que compõem a tarifa de energia elétrica e a atuação da ANEEL e, assim, desvendar o motivo de as tarifas de energia elétrica serem tão altas no país, sendo a maior tarifa de energia dentre os países que compõem o G7.

A CPI das Tarifas escutou a ANEEL, o MME, as entidades de defesa do consumidor e as concessionárias de distribuição de energia elétrica ao longo das audiências públicas promovidas.

A ANEEL, com base nos argumentos defendidos perante o TCU e descritos nos parágrafos acima, defendeu que sua atuação estava limitada pelo disposto nas regras vigentes. Ainda, afirmou que a legislação não lhe dava competência para promover alterações à metodologia de reajuste tarifário, definida no contrato de concessão, em lei e na Portaria Interministerial nº 25/2002. Nesse sentido, a oscilação de mercado só poderia ser incluída no cálculo da CVA caso o MME alterasse a referida Portaria.

O Ministro de Minas e Energia e o Secretário de Energia Elétrica do Ministério de Minas e Energia também foram ouvidos ao longo do processo. Conforme fala do

---

[563] BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Nota Técnica no 65/2010-SRE/ANEEL. Superintendente de Regulação Econômica Davi Antunes Lima. Brasília, DF, 17 de março de 2010. p. 15. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site da ANEEL, <www.aneel.gov.br > acesso em 13 de junho de 2017.

[564] O relator Benjamin Zymler não analisou os demais pontos levantados pela ANEEL, explicados acima, uma vez que entendia que a violação ao contraditório e ampla defesa já era suficiente para anular a decisão.

Secretário, Josias Matos de Araújo, inicialmente, o MME havia concordado com a sugestão da ANEEL de revogar a Portaria Interministerial nº 25/2002 e criar uma nova regulamentação sobre o assunto. No entanto, em seguida, tanto a área técnica como a área jurídica do MME mudaram de posicionamento, afirmando que a Portaria Interministerial nº 25/2002 já assegurava a neutralidade dos itens que fazem parte da CVA e que não havia necessidade de se criar ou alterar a norma que trata da matéria.

O MME, com base na avaliação feita na Nota Técnica nº 51/2009-ASSEC, rebateu a leitura da ANEEL acerca das disposições da Portaria Interministerial nº 25/2002 (no sentido de que a variação de mercado deve ser considerada somente na compensação do saldo da CVA), defendendo que, uma vez que o artigo 3º da Portaria Interministerial nº 25/2002 estabelece que a compensação do saldo da CVA deve levar em consideração as oscilações de mercado, é preciso que tal dado já tenha sido incluído no saldo da CVA definido no artigo 2º da mesma norma:

> Sendo assim, o MME defende que, uma vez que o processo da CVA possui 3 estágios: definição dos valores de referência para definição da tarifa de fornecimento; apuração de eventuais saldos a ser dada nos 12 meses seguintes; compensação do saldo acumulado por meio de novas tarifas. A plena eficácia do terceiro estágio depende da consideração do efeito de variação do mercado no momento na apuração dos saldos, ou seja, no segundo estágio.[565]

A Nota Técnica nº 51/2009-ASSEC defende que o artigo 1º da Portaria Interministerial nº 25/2002, que determina que a CVA tem como objetivo "registrar as variações, ocorridas no período entre reajustes tarifários, dos valores dos seguintes itens de custo da Parcela A, não deixa claro qual deve ser a natureza ou causa das variações, podendo ser uma variação decorrente do aumento ou diminuição do mercado da distribuidora ou por outros fatores. Dessa forma, concluir que o entendimento da ANEEL, no sentido de que a Portaria Interministerial nº 25/2002 não garante a neutralidade da Parcela A, decorre de uma interpretação restritiva feita pela Agência ao parágrafo 4º do artigo 3º da referida norma[566].

Do ponto de vista jurídico, o MME afirmou que a CVA foi criada com a finalidade de impedir que a volatilidade dos custos não-gerenciáveis das concessionárias de distribuição afete sua capacidade de investimento e a manutenção dos serviços de

---

[565] Nota Taquigráfica da Audiência Pública realizada no dia 28.10.2009. p. 20. http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpitaele/notas-taquigraficas-arquivos-pdf/NT291009.pdf

[566] BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Nota Técnica nº 51/2009-ASSEC. Superintendente de Regulação Econômica Davi Antunes Lima. Brasília, DF. p. 4 e 7. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site da ANEEL, <www.aneel.gov.br > acesso em 13 de junho de 2017.

distribuição, conforme se depreende da Exposição de Motivos nº 62/2001 da Medida Provisória nº 2.227/2001[567].

Assim, tendo em vista a finalidade da CVA e partindo-se do pressuposto de que as normas não devem ser interpretadas isoladamente e sim de forma harmônica e interdependente, o Parecer CONJUR/MME nº 514/2009 ressaltou que cabia à ANEEL, responsável por aplicar a Portaria Interministerial nº 25/2002, ter adotado a interpretação que melhor se adequa com os princípios e demais regras do setor vigente, i.e., ter interpretado as disposições da referida Portaria de modo a garantir a neutralidade da Parcela A, em consonância com a Medida Provisória nº 2.227/2001, o princípio da modicidade tarifária e da eficiência. Em outras palavras, afirma que a metodologia imposta pela ANEEL foi omissa no que diz respeito à neutralidade da Parcela A.

Diante disso, na visão do MME, a ANEEL não tinha discricionariedade para ter deixado de prever na regulamentação a neutralidade da Parcela A, uma vez que ela estaria diante de somente uma interpretação possível da Portaria Interministerial nº 25/2002:

> 53. A atividade regulatória, destarte, não possui discricionariedade ampla, pois o regulador, caso tenha uma única opção possível, deve, obrigatoriamente, adotá-la. Por outro lado, diante de várias opções juridicamente válidas, está compelido a adotar aquela que melhor atenda aos interesses coletivos.
> (...)
> 60. Sendo assim, a regulação da Portaria nº 025, de 2002, deve refletir uma interpretação juridicamente válida que confira eficácia à neutralidade aos itens que compõem a CVA e à modicidade tarifária, possibilitando, na compensação do saldo da referida conta, considerar as variações de mercado da concessionária.[568]

Assim, com o objetivo de conferir máxima eficácia à norma, o artigo 2º, que dispõe que o saldo da CVA é definido pelo somatório da diferença entre o valor do item na data do último reajuste tarifário e o valor do referido item na data de pagamento, deveria ser interpretado pela Agência da seguinte forma: dentro do "valor do item na data de pagamento", deveriam ser incluídas as oscilações de mercado da concessionária. [569]

---

[567] Conforme trecho da Exposição de Motivos nº 62/2001 da Medida Provisória nº 2.227/2001 "Dessarte, tendo em vista que custos não gerenciáveis podem afetar significativamente tanto a capacidade de investimento das concessionárias como a manutenção dos serviços de distribuição de energia elétrica, faz-se mister um mecanismo específico que proporcione às concessionárias meios para que não cessem esses investimentos na área de energia elétrica nem se comprometa o fornecimento atual de seus serviços. O mecanismo previsto nesta Medida Provisória busca evitar que volatilidades de curto prazo sejam transferidas aos preços e tarifas a serem praticados na cadeia de comercialização de energia elétrica".

[568] BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Parecer CONJUR/MME nº 514. Advogado da União Mauro Henrique Moreira Sousa. Brasília, DF, 23 de outubro de 2009. p. 9 e 14. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site da ANEEL, <www.aneel.gov.br > acesso em 13 de junho de 2017.

[569] Ibid., p. 14.

Em razão de todas as considerações feitas, o Parecer CONJUR/MME nº 514/2009 é categórico ao afirmar que a Portaria Interministerial nº 25/2002 "traça uma diretriz de observância obrigatória pela Agência, qual seja, a de levar em consideração as variações ocorridas no mercado de energia elétrica da concessionária entre os reajustes tarifários"[570]. Consequentemente, não haveria necessidade de se alterar ou criar nova regra para disciplinar o assunto, uma vez a ANEEL já teria todas as ferramentas necessárias para garantir a neutralidade da Parcela A.

Portanto, de um lado, a ANEEL defendia que a falta de consideração da oscilação de mercado das distribuidoras decorreu de falha na portaria publicada pelo MME e MF e que cabia a tais autoridades promover a alteração da metodologia de reajuste tarifário. Nesse sentido, a cobrança indevida dos consumidores devia ser atribuída à omissão dos Ministérios em alterar a Portaria Interministerial nº 25/2002. De outro lado, o MME afirmava que a Portaria Interministerial nº 25/2002 já assegurava a neutralidade da Parcela A e que cabia à ANEEL conferir eficácia a essa neutralidade. Assim, a cobrança indevida decorre de erro na metodologia formulada pela ANEEL, sendo que tal cobrança foi se repetindo ao longo dos anos em razão de sua omissão em alterar a regulamentação imposta.

Durante a última Audiência Pública da CPI das Tarifas[571], realizada em 29.10.2009, o presidente da CEMIG reconheceu que havia sim uma brecha na lei, da qual os agentes do setor não tinham conhecimento, e que permitiu que eles se apropriassem de tais ganhos. No entanto, ressaltou que as concessionárias não podiam ser responsabilizadas por tal brecha, uma vez que suas ações sempre estiveram dentro da lei. Em seguida, o presidente afirmou que a concessionária estava disposta a unir forças com a ANEEL e MME para resolver esse problema.[572] Os presidentes das demais companhias seguiram o entendimento

---

[570] BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Parecer CONJUR/MME nº 514. Advogado da União Mauro Henrique Moreira Sousa. Brasília, DF, 23 de outubro de 2009. p. 14. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site da ANEEL, <www.aneel.gov.br > acesso em 13 de junho de 2017.

[571] Além do MME e da ANEEL, também foram ouvidos os presidentes das maiores concessionárias de distribuição de energia elétrica do país, como Grupo AES (AES Eletropaulo (São Paulo) e AES Sul (Rio Grande do Sul)), AMPLA e CEMIG (Rio de Janeiro) e da Neoenergia (grupo que tem distribuidoras como CELPE (Pernambuco), COELBA (Bahia) e COSERN (Rio Grande do Norte)).

[572] Fala do Sr. Djalma Bastos Morais, presidente da CEMIG: "(...) De qualquer maneira, eu queria expressar para os senhores que houve uma brecha na lei, e nós, Presidente [da CPI], não podemos ser acusados de fazer tunga, ou qualquer coisa, porque a tunga representa que o agente tinha conhecimento da situação. Os agentes de distribuição não tinham conhecimento dessa brecha. E, realmente, fizemos essa cobrança. (...) Mas eu gostaria muito, Sr. Presidente, Sr. Relator, que não imputassem às distribuidoras uma responsabilidade total do problema. Não é. Nós estivemos sempre dentro da lei. (...) E eu lhe digo com toda sinceridade: nós, da CEMIG desconhecíamos. Apenas após a leitura mais atenta do fato é que realmente verificamos que o nosso consumidor tem razão. Ele terá de ser ressarcido de alguma forma. E a minha proposta é que, a partir de um momento curtíssimo, a ANEEL, o Ministério já pode resolver todos os problemas do futuro. E do passado

do presidente da CEMIG, como, por exemplo, o presidente do Grupo AES.[573] Assim, independentemente do erro na metodologia ter sido da ANEEL ou do MME, as concessionárias de distribuição reconheceram que foram beneficiadas pela brecha na regulamentação.

No Relatório Final da CPI das Tarifas, aprovado em 30.11.2009, a avaliação feita pelos membros da Comissão foi de que o resultado da CPI foi positivo, tendo sido possível ter mais conhecimento sobre o setor elétrico brasileiro e identificar um problema no cálculo do reajuste tarifário das distribuidoras. A partir disso, concluiu-se que o problema deveria ser sanado e os consumidores ressarcidos[574].

Diante disso, o Relatório Final recomendou que fosse determinado (a) ao MME que explicasse porque não promoveu alteração da Portaria Interministerial nº 25/2002 e o motivo de ter mudado de ideia com relação à necessidade de alteração da Portaria Interministerial nº 25/2002; e (b) à ANEEL que (i) justificasse a sua falta de providência com relação à alteração dos contratos de concessão das distribuidoras; (ii) calculasse os valores pagos pelos consumidores em razão da inconsistência identificada na metodologia de reajuste tarifário; e (iii) desenvolvesse mecanismo para a devolução de tais valores. No entanto, como a CPI das Tarifas foi encerrada com a aprovação do Relatório Final, não conseguimos identificar se o MME e ANEEL apresentaram as justificativas solicitadas.

Em razão do posicionamento do MME durante a CPI das Tarifas, antes mesmo do término da CPI, a ANEEL instaurou, em 06.11.2009, a Audiência Pública nº 43/2009 com o objetivo de discutir minuta de termo aditivo ao contrato de concessão das distribuidoras que buscava alterar a metodologia de cálculo do reajuste tarifário anual, garantindo a

---

vamos tentar resolver". Nota Taquigráfica da Audiência Pública realizada no dia 29.10.2009. p. 2, 3 e 6. http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpitaele/notas-taquigraficas-arquivos-pdf/NT291009.pdf

[573] Fala do Sr. Britaldo Soares, presidente do Grupo AES: "Quer dizer, o modelo do setor elétrico é um modelo em constante aperfeiçoamento. E se nós temos aqui a oportunidade de mais um aperfeiçoamento, tanto a AES-Eletropaulo como a AES-Sul estarão dispostas, sim, Sr. Deputado Eduardo da Fonte, a junto com a ANEEL, junto com o Ministério de Minas e Energia — uma vez que nós somos empresas reguladas, devemos pautar a nossa conduta pela regulamentação, pela legislação vigente — estaremos, sim, prontos a sentar para contribuir para o aperfeiçoamento da regulação que está sobre a mesa". Nota Taquigráfica da Audiência Pública realizada no dia 29.10.2009. p. 23. http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpitaele/notas-taquigraficas-arquivos-pdf/NT291009.pdf

[574] Nesse sentido, veja-se trecho do Relatório Final da CPI das Tarifas: "Ainda que tenha havido um grande esforço da parte da Comissão, não foi possível determinar precisamente os montantes que foram cobrados indevidamente dos consumidores, porém sabe-se que se trata de valores de grande magnitude. Este, certamente, foi o resultado mais importante da CPI e é necessário que as medidas para corrigir o problema sejam tomadas com a máxima brevidade e, fundamentalmente, que os consumidores sejam efetivamente ressarcidos dos valores pagos a maior."

neutralidade da Parcela A.[575] Em voto que aprovou a versão final do termo aditivo, o Diretor-Relator da ANEEL José Guilherme Silva Menezes Senna afirmou que " [e]mbora as concessionárias assumam o risco de mercado, não parece razoável que, da cobrança dos encargos setoriais, onde desempenham papel meramente secundário e arrecadatório, sobrevenha algum efeito econômico positivo ou negativo".

Ressaltou, ainda, que a participação dos encargos setoriais sobre a receita anual das concessionárias cresceu sensivelmente ao longo dos anos[576], gerando ganhos muito acima do que havia sido inicialmente previsto quando foram assinados os contratos de concessão. Logo, reconheceu que a metodologia que estava sendo aplicada vinha beneficiando indevidamente as concessionárias. Em razão disso, a Agência havia decidido promover a atualização da metodologia de reajuste tarifário por meio da aprovação de um Termo Aditivo.

A alteração da metodologia de reajuste tarifário teria como objetivo neutralizar apenas as variações dos encargos setoriais, uma vez que estes não se vinculam diretamente com o serviço prestado e as concessionárias se limitam a arrecadar e repassar tais valores[577]. Por fim, a Diretoria da ANEEL decidiu aprovar o termo aditivo que dentre outras cláusulas continha a Subcláusula Décima-Oitava[578] que expressamente prevê a neutralidade dos encargos setoriais da Parcela A. Em seguida, as concessionárias de distribuição de energia elétrica assinaram o termo aditivo aprovado.

Posteriormente, em 28.05.2010, a Agência abriu a Audiência Pública nº 33/2010, dessa vez para discutir se a metodologia de reajuste tarifário que ela aplicava, antes da

---

[575] Quanto à questão da competência da Agência para rever a metodologia, em parecer emitido em outubro de 2009 (Parecer nº 1.059/2009-PF/ANEEL), a Procuradoria da ANEEL havia concluído que apenas o MME e MF tinham competência para alterar a forma de cálculo prevista na Portaria Interministerial nº 25/2002. No entanto, após a manifestação do MME na CPI, a Procuradoria da ANEEL analisou a possibilidade de se garantir a neutralidade da Parcela A de outra forma, qual seja, por meio da alteração do cálculo do Índice de Reajuste Tarifário previsto no contrato de concessão das distribuidoras (Parecer nº 1.161/2009-PF/ANEEL. p. 3.).

[576] Conforme itens 17 e 18 do Voto do Despacho ANEEL nº 245, de 02.02.2010: os encargos setoriais representavam 3% da receita da distribuidora em 1995-1997, quando os primeiros contratos de concessão foram assinados e aumentaram para 11,1% em 2008.

[577] Item 32 do Voto do Despacho ANEEL nº 245, de 02.02.2010.

[578] Subcláusula Décima-Oitava - Fica assegurada à CONCESSIONÁRIA, nos processos de revisão e reajuste tarifário, **a neutralidade dos Encargos Setoriais da "Parcela A" com relação à variação de mercado que vier a ocorrer a partir de fevereiro de 2010**, correspondente aos seguintes custos: Reserva Global de Reversão - RGR; Conta de Consumo de Combustíveis - CCC; Conta de Desenvolvimento Energético - CDE; Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA; Encargo de Serviços do Sistema - ESS; Encargo de Energia de Reserva - EER; Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica - TFSEE; contribuição ao Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS; e Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos – CFURH, consideradas as diferenças mensais apuradas entre os valores faturados de cada item no período de referência e os respectivos valores contemplados no reajuste ou revisão tarifária anterior, devidamente remuneradas com base no mesmo índice utilizado na apuração do saldo da Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da "Parcela A" – CVA. (grifou-se)

alteração por meio do termo aditivo, era ilegal ou não e se caberia a devolução dos valores que as concessionárias receberam em razão da falta de neutralidade da Parcela A.

A Procuradoria da ANEEL se manifestou por meio do Parecer nº 799/2010-PGE/ANEEL afirmando que o risco da demanda havia sido assumido pela concessionária e que ANEEL estava restrita a aplicar a política tarifária que foi definida pelo governo, qual seja, a definida pela Portaria Interministerial nº 25/2002. No entanto, a alteração da conjuntura econômica e da estrutura da tarifa, com os encargos setoriais tendo aumentado sua participação na receita da concessionária, tornaram necessária o aperfeiçoamento da metodologia.

No mesmo sentido, a Diretoria da ANEEL, por meio do Despacho nº 3.872, de 14.12.2010, decidiu que a metodologia anteriormente vigente era legal e que seu "aprimoramento" decorreu da necessidade de adequá-la à nova realidade do setor elétrico. Além disso, não caberia a aplicação retroativa da nova metodologia, sob risco de violação da segurança jurídica e da estabilidade regulatória, "que trazem diversos benefícios para toda a sociedade". Portanto, não caberia a compensação dos valores que foram pagos às concessionárias em razão da aplicação da metodologia anterior.

Após o término da CPI das Tarifas e das audiências públicas promovidas pela ANEEL, o TCU voltou a analisar o processo referente ao assunto em 10.12.2012. A Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação - SEFID manteve seu entendimento no sentido de que realmente havia uma inconsistência na metodologia de reajuste tarifário e omissão por parte da ANEEL, que deveria ter garantido a neutralidade da Parcela A e não poderia ter permitido que as concessionárias auferissem lucro de custos não-gerenciáveis:

> *63. A **falha regulatór**ia possibilitou ganhos ou perdas decorrentes da parcela dos 75% que não dizem respeito à gestão empresarial do negócio de distribuição.*
> *(...)*
> *68. (...) Foi identificado que por **omissão regulatória e inobservância de dispositivos e princípios contratuais e legais por parte da Aneel**, entidade da administração pública responsável pela regulação, fiscalização e pela gestão dos contratos de concessão de serviços públicos do setor elétrico e definição de tarifas, houve a fixação incorreta do limite máximo tarifário, provocada por distorção por ocasião dos reajustes tarifários, levando à presente situação de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.*[579] *(grifou-se)*

[579] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3438-51/12-P. Processo n° TC – 021.975/2007-0. Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2012. p. 26. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal de Contas da União <www.tcu.gov.br>. acesso em 13 de junho de 2017.

O voto do Relator Ministro Valmir Campelo seguiu o entendimento da SEFID, afirmando que o erro na metodologia de reajuste tarifário decorreu da "insuficiência da regulação desenvolvida pela Aneel para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato" [580] e determinou que a ANEEL calculasse o valor que foi pago às concessionárias em razão da falha na metodologia e tomasse as providências necessárias para que tais valores fossem compensados na tarifa de energia elétrica[581].

No entanto, os ministros do TCU acabaram seguindo o voto do Revisor, Ministro Raimundo Carreiro, que entendeu que a alteração da metodologia de reajuste tarifário feita por meio de termo aditivo ao contrato de concessão corrigiu as inconsistências que haviam sido identificadas pelo Tribunal na decisão proferida em 2008. O Ministro-Revisor também reconheceu que a legislação e regulamentação vigente, como a Medida Provisória nº 2227/2001 e a Portaria MME/MF nº 25/2002, já eram suficientes para garantir a compensação das variações de mercado[582].

Apesar de reconhecer que os ganhos decorrentes das variações de mercado devessem ter sido repassados ao consumidor, o Revisor afirma que o TCU não poderia emitir decisão a respeito da compensação de tais ganhos, pois não tem competência para analisar a relação consumidor-concessionária, mas tão somente a relação União/ANEEL-concessionária. Nesse sentido, caberia ao Poder Judiciário analisar se tal compensação é devida ou não aos consumidores.[583]

---

[580] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3438-51/12-P. Processo n° TC – 021.975/2007-0. Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2012. p. 34. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal de Contas da União <www.tcu.gov.br>. acesso em 13 de junho de 2017.

[581] Ibid., p. 36.

[582] "21. Em outras palavras, a falha regulatória em comento existia desde a implementação da metodologia de reajuste tarifário e a Aneel, como ente regulador, no uso de seu poder normativo e discricionário, dispunha dos instrumentos necessários para assegurar a neutralidade da Parcela A e buscar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão a qualquer tempo, com a observância das regras contidas no contrato, com a utilização da fórmula paramétrica do reajuste tarifário, com os procedimentos de revisões tarifárias (cuja metodologia não está predefinida no contrato) e com a observância da legislação em vigor". BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3438-51/12-P. Processo n° TC – 021.975/2007-0. Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2012. p. 43. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal de Contas da União <www.tcu.gov.br>. acesso em 13 de junho de 2017.

[583] 25. (...) Competiria ao TCU, como órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo, fiscalizar a relação entre o poder público (no caso a União, representada pela Aneel) e o particular a quem foi delegada a prestação de serviços públicos (concessionárias de energia elétrica). Portanto, **este Tribunal não poderia, porque não detém competência para tanto, intervir na relação jurídica consumidor/concessionária via ente regulador**, obrigando o recolhimento/compensação dos valores calculados na forma mencionada no parágrafo anterior, quer em favor do consumidor, quer em favor da concessionária. (Grifou-se). BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3438-51/12-P. Processo n° TC – 021.975/2007-0. Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2012. p. 43. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal de Contas da União <www.tcu.gov.br> acesso em 13 de junho de 2017.

Assim, seguindo o voto do Revisor, os Ministros do TCU determinaram que a ANEEL fornecesse a qualquer pessoa que solicitasse a metodologia do reajuste tarifário para que ela pudesse ser usada para fundamentar ação judicial promovida perante o Poder Judiciário.

No ano de 2010, portanto, antes da última decisão do TCU, a Pro Teste Associação Brasileira de Defesa do Consumidor ajuizou uma ação civil pública com o objetivo de reconhecer o direito dos consumidores de energia elétrica serem compensados pelos valores pagos indevidamente entre 2002 e 2009 e também que a ANEEL fosse condenada a editar uma norma que estabelecesse como seria realizada tal compensação em um prazo máximo de 5 anos.

Em sentença proferida somente em 02.06.2015, o juiz federal da 3ª Vara Federal de Minas Gerais concluiu que a metodologia aplicada entre 2002 e 2009 não era ilegal e, por isso, os pleitos da Pro Teste não poderiam ser acolhidos. Seu entendimento foi no sentido de que os contratos de concessão das distribuidoras foram afetados pela variação do mercado das empresas e que a alteração desse cenário gerou a necessidade de se alterar a metodologia.[584]

Adicionalmente, entendeu que a modicidade tarifária havia sido preservada na medida em que o contrato de concessão inicial já estabelecia que as tarifas poderiam ser revistas em caso de mudança nos custos da empresa e, a ANEEL, observando tal mudança não só reviu as tarifas, como reviu a metodologia como um todo.[585] Como os pedidos da autora foram julgados improcedentes, a Pro Teste apelou da sentença proferida, mas, até o momento de elaboração da dissertação[586], o recurso não havia sido julgado.

Relatamos o caso acima, de grande repercussão, com o objetivo de analisar se realmente houve omissão por parte da ANEEL por ter aprovado a partir de 2002 tarifas maiores do que deveriam ter sido aprovadas e, em caso positivo, quais seriam as consequências de tal omissão.

Em primeiro lugar, concordamos com a interpretação da ANEEL a respeito da Portaria Interministerial nº 25/2002. Entendemos que, de fato, da forma como a referida norma estava redigida, não havia como se defender que estava previsto que as variações de mercado deveriam ser consideradas no cálculo da CVA.

---

[584] BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Processo nº 12062-43.2010.4.01.3800. 3ª Vara Federal. Juiz Federal Ricardo Machado Rabelo. Belo Horizonte, MG, 02 de junho de 2015. p. 7. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site do Tribunal Regional Federal 1, < www.portal.trf1.jus.br > acesso em 13 de junho de 2017.

[585] Ibid., p. 11.

[586] 05 de dezembro de 2017

Com relação ao artigo 2º da Portaria Interministerial nº 25/2002[587], a área técnica da ANEEL afirmou que o saldo da CVA não capturava as variações de mercado, pois o saldo da CVA era calculado pelo valor do item pago pela empresa subtraído o valor do mesmo item na data do último reajuste.

Entendemos que a área técnica tem razão quando afirma que, pela redação do artigo, o "objetivo da CVA, desde sua origem sempre foi a de neutralizar, exclusivamente, a variação de preço de alguns itens de custo da Parcela A, tanto é que itens não objeto da CVA são exatamente aqueles que estão concatenados com a data de reajuste das concessionárias"[588]. Nos parece que a redação da Portaria Interministerial nº 25/2002 realmente se refere apenas à diferença de valores de alguns itens que compõem a Parcela A.

Além disso, o saldo da CVA, conforme disposto no artigo 2º da Portaria Interministerial nº 25/2002, não era calculado a partir dos valores que foram efetivamente incorridos pela concessionária, que podia ser maior ou menor do que o previsto no reajuste tarifário a depender do aumento ou diminuição do mercado. Portanto, a redação do referido artigo apresentou inconsistências que permitiram que as concessionárias tivessem lucros de itens sobre os quais elas não possuíam nenhuma gerência e em que elas deveriam atuar como mera recolhedora e repassadora de recursos.

A Portaria Interministerial nº 25/2002 somente menciona a variação de mercado quando trata da compensação do saldo da CVA, que deve ocorrer nos 12 meses subsequentes ao reajuste tarifário. Assim, após o cálculo da CVA deve-se verificar se o valor foi devidamente compensado, levando em consideração a variação de mercado que ocorreu entre o período que abrange a definição do saldo da CVA e a compensação desse valor, conforme redação do parágrafo 4º do artigo 3º da Portaria Interministerial nº 25/2002[589].

---

[587] Art. 2º O saldo da CVA é definido como o somatório das diferenças, positivas ou negativas, entre o valor do item na data do último reajuste tarifário da concessionária de distribuição de energia elétrica e o valor do referido item na data de pagamento, acrescida da respectiva remuneração financeira.

[588] BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Nota Técnica no 65/2010-SRE/ANEEL. Superintendente de Regulação Econômica Davi Antunes Lima. Brasília, DF, 17 de março de 2010. p. 14. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site da ANEEL, <www.aneel.gov.br > acesso em 13 de junho de 2017.

[589] Art. 3º O saldo da CVA deverá ser compensado nas tarifas de fornecimento de energia elétrica da concessionária nos 12 (doze) meses subseqüentes à data de reajuste tarifário anual, sendo eventual diferença considerada no cálculo do reajuste tarifário seguinte.
(...)
§ 4º No final do período que trata o caput, verificar-se-á se o saldo da CVA foi efetivamente compensado, levando-se em consideração as variações ocorridas entre o mercado de energia elétrica utilizado na definição do reajuste tarifário da concessionária e o mercado verificado nos 12 (doze) meses da compensação, bem

Portanto, entendemos que a redação da Portaria Interministerial nº 25/2002 não considerava a oscilação de mercado no cálculo da CVA e, assim, não promovia a neutralidade da Parcela A. Em razão disso, a distribuidora poderia, por exemplo, arrecadar mais encargo setorial do que ela efetivamente pagava.

No entanto, entendemos que havia sim a garantia da neutralidade da Parcela A, pois a exposição de motivos da proposta da Medida Provisória nº 2.227/2001 frisava que o objetivo de criação da referida norma era "evitar que volatilidades de curto prazo [fossem] transferidas aos preços e tarifas a serem praticados na cadeia de comercialização de energia elétrica". E a CVA havia sido criada com o objetivo de assegurar tal finalidade, conforme já reconheceu a própria área técnica da ANEEL[590]. No entanto, da forma como o mecanismo da CVA foi estabelecido, tal fim não estava sendo observado.

Conforme explicado acima quando analisamos o poder discricionário da Administração, ainda que estivesse dentro do âmbito da atuação discricionária do MME definir como seria calculado o saldo da CVA, sua atuação estava limitada pelos princípios de direito administrativo, conforme dispõe o artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29.01.1999[591].

Dentre tais princípios, o princípio da finalidade limita a conduta da Administração, na medida em que ela deve sempre buscar a finalidade pretendida pela norma, conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade *específica* abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da *finalidade legal*, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quando naquele em que o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato. [592]

---

como a diferença entre a taxa de juros projetada e a taxa de juros SELIC verificada, sendo eventual diferença na compensação do saldo da CVA considerada no reajuste tarifário anual subseqüente.

[590] Verificou-se que a fórmula paramétrica constante dos contratos de concessão utilizada no cálculo do Índice de Reajuste Tarifário anual (IRT) não consegue evitar os efeitos tarifários que comprometem a neutralidade da "Parcela A", pois não captura as diferenças de custos, e a CVA, que deveria atender tal objetivo, não considera as variações de mercado. BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Nota Técnica no 22/2010-SRE-SCT/ANEEL. Superintendente de Regulação Econômica Davi Antunes Lima e Superintendente de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição Jandir Amorim Nascimento. Brasília, DF, 28 de janeiro de 2010. p. 6. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no site da ANEEL, <www.aneel.gov.br > acesso em 13 de junho de 2017.

[591] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, **finalidade**, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". (Grifou-se)

[592] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 106 e 107.

Como o mecanismo da CVA determinado pela Portaria Interministerial nº 25/2002 não considerava a oscilação do mercado da concessionária e, dessa forma, não garantia a neutralidade da Parcela A, a regulamentação não estava em consonância com a finalidade definida pela Medida Provisória nº 2.227/2001.

Por mais que o MME/MF tivessem liberdade para definir o cálculo da CVA, sua atuação estava limitada pelo fim imposto pela norma, pois, nas palavras de Caio Tácito, a "finalidade é, em última análise, um elemento sempre vinculado, que não comporta apreciação discricionária"[593].

A falta de neutralidade da Parcela A também feria o princípio da modicidade tarifária, previsto no artigo 6º da Lei nº 8.987, de 13.02.1995[594]. Nas palavras de Marçal Justen Filho, a "modicidade tarifária significa a menor tarifa possível, em vista dos custos necessários à oferta do serviço adequado"[595]. No presente caso, as concessionárias acabaram se apropriando de tais valores injustificadamente, quando deveriam ter repassado tais valores ao consumidor por meio de tarifas módicas.

Portanto, tendo em vista que a Portaria Interministerial nº 25/2002 violou a finalidade estabelecida na Medida Provisória nº 2.227/2001 e o princípio da modicidade tarifária, o MME não poderia ter se mantido inerte, deixando a redação da referida Portaria como estava. Como sua conduta inerte violava os princípios da finalidade e da modicidade tarifária, ele não tinha discricionariedade no presente caso para decidir não alterar a norma.

Como a Portaria Interministerial nº 25/2002 foi emitida pelo MME e MF e eles detinham a competência para definir a regulamentação sobre o assunto, entendemos que os ministérios deveriam ter sido responsabilizados pelo erro na metodologia, de modo que lhes fosse imposta a obrigação de alterar a Portaria Interministerial nº 25/2002. Além disso, dada a ilegalidade da norma, entendemos que cabia a compensação aos consumidores pelos valores que foram embolsados pelas concessionárias em razão da não consideração da oscilação de mercado no cálculo da CVA.

No entanto, defendemos que a ANEEL também deveria ter sido responsabilizada junto com o MME e MF. Isso porque ao aplicar o disposto na Portaria Interministerial nº 25/2002, a Agência deveria ter identificado que não estava sendo respeitada a neutralidade

---

[593] TÁCITO, Caio. *Temas relevantes de direito público.* 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 97.

[594] Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

[595] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 702.

da Parcela A e, diante disso, deveria ter notificado o MME a respeito da brecha na regra criada e recomendar a alteração da norma, o que foi feito somente após a repercussão do caso.

Ainda que se entendesse que a metodologia estava correta na época em que foi elaborada, cabia à Agência fiscalizar sua adequabilidade ao longo dos anos. Em nosso entendimento, ao não ter fiscalizado as atividades das concessionárias e não ter identificado que elas estavam cobrando valores indevidos dos consumidores, a Agência negligenciou, além dos princípios mencionados acima, especificamente os deveres que lhe foram impostos pelo Decreto nº 2.335, de 06.10.1997 (que criou a Agência), quais sejam, o de regular e fiscalizar os serviços das concessionárias com base na legislação em vigor e zelar pela modicidade tarifária[596]. Dessa forma, também houve culpa por parte da ANEEL que deveria ter atuado para impedir a concretização do dano.

Conforme mencionamos no item 2. acima, Adriano Vaz Serra ensina que a omissão será causa do dano quando forem observados os seguintes requisitos: o agente tinha o dever jurídico de realizar o ato e seu ato teria evitado, com certeza ou maior probabilidade, o dano[597]. No presente caso, podem ser identificados os dois critérios: o Decreto nº 2.335/1997 impõe à ANEEL o dever de agir, conforme esclarecemos no parágrafo acima, e a ação por parte da Agência teria com certeza evitado ou limitado os danos causados.

Ao analisarmos a negligência da ANEEL à luz da teoria do dano direto e imediato[598] é possível identificar que a omissão foi uma das causas do dano, uma vez que a imposição das cobranças indevidas por todos esses anos somente foi possível em razão da

---

[596] Anexo I do Decreto no 2.335/1997:
Art. 2º A ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, de acordo com a legislação e em conformidade com as diretrizes e as políticas do governo federal.
(...)
Art. 3º A ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com
(...)
IV - criação de condições para a modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta e com ênfase na qualidade do serviço de energia elétrica;

[597] VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Obrigação de Indenização (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização). Direito da Abstenção e de Remoção*. Boletim do Ministério da Justiça. nº 83 e 84. Lisboa, 1959. p. 108.

[598] Ao se aplicar a teoria da causalidade adequada também é possível identificar a relação causal entre a omissão e o dano. Seguindo os ensinamentos de Agostinho Alvim a respeito da aplicação da referida teoria, deve ser feita uma análise *in abstracto* se o fato era apto a produzir o dano, com base no curso natural dos eventos. Adaptando esse exercício para conduta omissiva: deve-se analisar *in abstracto* se a ação que foi omitida era apta a impedir a produção do dano, sob circunstâncias normais. No presente caso, era a ANEEL que detinha a competência para fiscalizar a atividade das concessionárias e as informações necessárias para identificar a cobrança indevida. Como a ação da Agência teria sido apta a impedir que os danos fossem realizados, ela deveria ser responsabilizada junto com o MME e MF.

negligência da Agência. A omissão opera como causa necessária (mas não isolada) do dano, uma vez que a agência reguladora detinha a competência legal e técnica para fiscalizar e identificar o erro, sua ação era necessária para interromper a cobrança indevida. E os efeitos de sua conduta omissiva foram somente se agravando e causando maiores danos ao longo dos anos, na medida em que, conforme ela própria apontou, os itens da Parcela A passaram a ter maior participação na receita da concessionária (de 3% em 1995-1997, época em que os contratos de concessão foram assinados, para 11% em 2008), aumentando, na mesma proporção, o lucro indevido da empresa. Diante da omissão da Agência, cabia ao Judiciário ter reconhecido que tal omissão afrontava os deveres impostos à ANEEL, além de violar os princípios da finalidade e da modicidade tarifária. Nesse sentido, veja-se ensinamento de Floriano de Azevedo Marques Neto:

> (...) o controle judicial pode ser dirigido à inação do regulador, evidenciada nas situações em que a competência regulatória deixa de ser exercida a despeito de ser um dever legal. (...) Além da concessão de autorizações e licenças para desenvolvimento de atividade econômica, também integram os casos de inação regulatória a ausência de ato normativa necessário para que o regulado se oriente quanto à validade de suas práticas.[599]

Além disso, entendemos que nesse caso também houve enriquecimento sem causa por parte da concessionárias, uma vez que elas acabaram recebendo valores que não eram devidos pelos consumidor, o que corresponde a clara violação do artigo 884 do Código Civil, abaixo transcrito:

> Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Conforme lição de Eros Roberto Grau, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa decorre da interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, consagrando-se como norma jurídica ordenadora das demais regras jurídicas:

> "[C]umpre também considerarmos que o Direito brasileiro consagra, ainda que de modo latente, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa.
> (...)
> Embora não disponha, nosso Direito Positivo, de norma genérica expressa sobre a matéria, tal como ocorre em outros Direitos, é indisputável o reconhecimento de que o princípio da vedação do enriquecimento sem causa neles atua como norma jurídica, informando e conformando soluções jurídicas a serem aplicadas a determinadas hipóteses.

[599] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia. *Tratado de Direito Administrativo: Funções Administrativas do Estado* (coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4, p. 668.

> Cuida-se, aí, de princípio de Direito que, no caso dos Direitos que o consagram, pouco ou nada importa tenha sido mesmo positivado como regra. O que conta é a circunstância de, na expressão de Francisco Madrazo, funcionar como fundamento do direito das obrigações, regra de ouro das transferências patrimoniais, padrão ou medida com o qual se julga a eqüidade de um negócio ou de uma situação jurídica."[600]

Como concluímos que a cobrança feita não encontrava respaldo legal e técnico, deixou de existir a "justa causa" para a cobrança do valor decorrente de erro na metodologia adotada, assim, houve enriquecimento sem causa por parte das concessionárias em detrimento dos consumidores.

Portanto, a ANEEL, junto com o MME e MF, deveriam ter sido responsabilizados pela falta de neutralidade da Parcela A, sendo que a Agência deveria ter sido obrigada a reparar os danos causados aos consumidores por meio de duas obrigações de fazer: estabelecendo que as concessionárias devolvessem os valores que receberam indevidamente e criando um mecanismo de devolução desses valores aos consumidores, como por exemplo descontando tais valores das próximas tarifas de energia elétrica.

No entanto, caso concordássemos com o que foi defendido pelo MME e ANEEL e entendêssemos que estava dentro da margem de discricionariedade dos órgãos terem estabelecido a metodologia do jeito que fizeram, estaríamos diante um ato legítimo da Administração Pública que causou danos a diversos consumidores. Com o intuito de explorar mais esse ponto, analisaremos no capítulo final a fundamentação da responsabilidade do Estado por ato legítimos e se ela poderia ser aplicada ao presente caso.

12.6. RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO PODER DISCRICIONÁRIO – RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGÍTIMOS

Dentro de sua margem de discricionariedade, a Administração tem a liberdade (limitada) de escolher qual medida adotar de acordo com as circunstâncias do caso. Caso essa medida respeite os limites do seu poder discricionário, estamos diante de um ato legítimo e lícito da Administração.

No entanto, mesmo atos legítimos e lícitos podem, em algumas situações, causar danos a um particular ou a determinado grupo de pessoas. Nesse caso, veremos a seguir que, ainda que o ato seja realizado dentro da lei e com o consentimento dela, o lesado

[600] GRAU, Eros Roberto. Princípio da Equivalência e o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos. *Revista de Direito Administrativo 96/1990*. p. 64.

ainda tem o direito de ser indenizado pelo dano sofrido, porém sob fundamento diverso da responsabilidade por ato ilícito.

Passamos a analisar o tema denominado por alguns doutrinadores como indenização pelo sacrifício ou como responsabilidade por ato legítimo ou lícito. Iniciaremos o estudo com as lições de Renato Alessi e José Joaquim Gomes Canotilho, dentre outros autores portugueses, devido a influência que tais autores exerceram na construção do assunto dentro do sistema brasileiro e no desenvolvimento das teses dos doutrinadores brasileiros, além de tais ensinamentos poderem ser aplicados a luz das regras do direito brasileiro.

Renato Alessi ensina que, em uma relação entre partes privadas, diante de um ato legítimo, o direito subjetivo de outrem "se enfraquece", reduzindo-se à categoria de mero interesse jurídico. Assim, nessa situação não haveria a violação do direito e sim um sacrifício do interesse. No entanto, em uma relação com o poder público, o Estado, em algumas situações e em nome do interesse público, deve sacrificar não apenas os interesses dos particulares, mas também deve sacrificar seus direitos subjetivos.[601]

O autor ressalta que como não há violação do direito do particular, mas sim seu sacrifício em nome do interesse público, não se poderia falar, com base nas regras vigentes, em responsabilidade do Estado e o dano decorrente do sacrifício do direito não ensejaria, em princípio, o direito de o particular ser ressarcido (*risarcimento*) [602]. Porém, em muitas situações em que a norma prevê o sacrifício do direito, ela também já define a indenização (*indennizo*) do dano, como é o caso da desapropriação, estabelecendo, assim, uma hipótese de indenização por ato legítimo.[603]

Alessi afirma que em tais casos o fundamento da indenização não seria propriamente de ressarcimento do dano[604], pois para nascer a obrigação de ressarcir o dano deve ter havido a violação de um direito[605], o que não ocorre no presente caso. Ele diferencia ressarcimento (*risarcimento*) de indenização (*indennizzo*), entendendo que enquanto o primeiro compreende todos os danos diretos e imediatos de um ilícito, a

---

[601]ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica ammnistrazione*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 218-219.
[602] Ibid., p. 219.
[603] Ibid., p. 219-220.
[604] Nesse ponto, o autor ressalta que as normas italianas recorrem ao uso da palavra "indennizo" do que " risarcimento". O autor prefere utilizar a expressão "rifusione del danno", no sentido de reembolso, restituição do dano causado. Ibid., p. 220.
[605] "Conforme dissemos anteriormente que a compensação em questão não se trata de uma forma de ressarcimento do dano, uma vez que o conceito técnico-jurídico de ressarcimento [*risarcimento*] pressupõe a responsabilidade por ressarcir um dano, que, por sua vez, pressupõe, como já dissemos mais de uma vez, a violação de um direito subjetivo" (tradução livre). Ibid., p. 223.

indenização está limitada ao valor efetivo e atual do direito sacrificado, excluindo-se, assim, ganhos decorrentes de condições que não haviam se concretizado na época.[606]

Paolo Morozzo Della Rocca esclarece, ainda, que o particular somente faz jus à indenização nas hipóteses previstas em lei e deve ser calculada conforme dispõe o texto legal, ao passo que o ressarcimento por ato ilícito é devido em qualquer caso e na medida em que o dano seja restaurado integralmente.[607]

Como se pode observar, a indenização pelo sacrifício do direito teria fundamento diverso da responsabilidade por ato estatal ilícito, em que há a violação de um direito. Além de ser tratada de forma diversa do que os casos de responsabilidade por atos ilícitos estatais: enquanto o ressarcimento por atos ilícitos do Estado é tratado sob o termo de *responsabilità*, a compensação pelo sacrifício do direito é tratado sob o termo *indennizo*.

Na maioria dos casos, Alessi afirma que a norma expressamente prevê o sacrifício do interesse do particular, como no caso de desapropriação, ou, ainda, indiretamente legitima o sacrifício ao autorizar a exploração de uma atividade que pode gerar danos imprevistos ao particular, como no caso de calamidade pública.[608]

No entanto, a imposição do sacrifício do direito em nome do interesse público não seria ilimitada, uma vez que determinados direitos não estão sujeitos a qualquer tipo de limitação, como por exemplo, o direito à vida. Sendo admissível a restrição de direitos patrimoniais, como ocorre nos casos de desapropriação.

Alessi entende que a indenização por sacrifício do direito tem como fundamento o princípio da repartição dos encargos públicos ("principio di giustizia distributiva"), segundo o qual estabelece que o dano deve ser suportado pela coletividade (representado pelo Estado) e não pelo particular, uma vez ele resultou de um ato que visava promover o interesse público.[609] Acrescenta que nos casos em que a Administração se apropriou de bens do particular, o fundamento da indenização encontra-se não somente no princípio da repartição dos encargos públicos, mas também no princípio que veda a apropriação patrimonial injustificada[610].

---

[606] ALESSI, Renato. *Principi della responsabilità civile nella pubblica ammnistrazione*. Bologna: Zanichelli, 1956. p. 34. Porém, diversos autores discordam dessa diferenciação, como Torregrossa - Il problema della resp de atto lecito, Duni - Lo Stato e la resp patrimoniale.

[607] DELLA ROCCA, Paolo Morozzo. Gli atti leciti dannosi. In: Cendon, Paulo (org). *La responsabilità civile – Responsabilità extracontrattuale*. Torino : UTET, 1998. Vol. VIII. p. 421

[608] ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica ammnistrazione.* 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 222-223.

[609] Ibid., p. 224.

[610] Ibid., p. 225.

Outro fundamento para justificar o dever de indenização da Administração estaria na aplicação por analogia do artigo 42, 3º da Constituição italiana[611], pois o autor esclarece que quando o artigo menciona a possibilidade restringir o direito propriedade, o legislador não queria limitar a aplicação do artigo apenas ao direito real de propriedade, mas sim aos direitos patrimoniais do indivíduo[612].

Desse artigo pode ser extraído um princípio que rege as hipóteses de sacrifício de direito do particular em nome do interesse público, qual seja, o princípio da intangibilidade do patrimônio. Intangibilidade que não é absoluta, uma vez que sobre ela prevalece o interesse público. No entanto, o fundamento da primazia do interesse público não pode ser utilizado para sacrificar o direito da particular, mas sim para convertê-lo em uma justa indenização.[613]

Alessi ainda afirma que para surgir o dever de a Administração indenizar o particular devem estar presentes os seguintes requisitos: deve ter sido imposto o sacrifício concreto de um direito e não apenas a limitação teórica dele, em outras palavras, não basta que o sacrifício do direito esteja previsto na norma, mas deve ter sido emitido um ato administrativo que colocou a norma em prática e sacrificou o direito, como o ato que desapropria bens de uma determinada pessoa[614]; no caso de dano genérico causado por uma determinada atividade estatal, o autor defende que somente há o dever de indenizar o dano anormal causado (excluindo, assim, o dano necessário e inevitável causado pela exploração da atividade de fim público), sendo que o fundamento da indenização é a própria norma que dispõe sobre a atividade que, por si só, já traz uma limitação, em abstrato, sobre os direitos que podem vir a ser afetados pela atividade[615]; deve ter sido imposto o sacrifício permanente de um direito real ou, ainda, pessoal e não a mera limitação temporária do direito[616]; e por fim, o dano deve ser legítimo, ou seja, deve ter sido causado por um ato legítimo da Administração Pública e não deve derivar da negligência, imprudência ou imperícia no desenvolvimento da atividade legítima, como a falha na manutenção de uma obra pública[617].

---

[611] Veja tradução livre do artigo 42, 3º da Constituição da Itália: "A propriedade privada pode ser, nos casos previstos em lei, e salvo indenização, desapropriada por motivo de interesse público".
[612] ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica ammnistrazione.* 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 227.
[613] Ibid., p. 228.
[614] Ibid., p. 230.
[615] Ibid., p. 231.
[616] Ibid., p. 235.
[617] Ibid., p. 237.

Outro grande doutrinador que se dedicou ao tema da indenização de danos causados por atos lícitos, foi José Joaquim Gomes Canotilho. Ao contrário de Alessi, o autor defende que o instituto da responsabilidade deve ser tratado "como materialmente unitário, não havendo também motivo para uma bipartição radical entre actos lícitos e ilícitos"[618]. Isso porque entende que a responsabilidade do Estado é um instrumento de legalidade, tanto no caso de atos ilícitos quanto lícitos:

> E instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indemnização por sacrifícios autoritativamente impostos cumpre uma outra função ineliminável no Estado de Direito Material – *a realização da justiça material*.[619]

E acrescenta que considerar a responsabilidade de forma unitária não significa ignorar as peculiaridades atinentes a cada tipo de ato.

Com relação ao ato lícito danoso, o autor português ressalta que ele é um ato voluntário e final, uma vez que o ato do agente visa a produção do dano, sendo que sua licitude deriva da "existência de um direito legalmente reconhecido a um sujeito de sacrificar bens ou valores jurídicos de terceiros inferiormente valorados pela ordem jurídica"[620].

Canotilho defendeu que a responsabilidade do Estado por atos lícitos encontra fundamento, em primeiro lugar, no princípio da igualdade:

> Não se trata, agora, de encontrar o fundamento jurídico da responsabilidade por actos lícitos num princípio da igualdade perante os encargo públicos; visa-se, sim, reconhecer ao cidadão um direito de exigir que iguais situações obtenham um tratamento igual e que as desigualdades motivadas pelo interesse público sejam compensadas mediante reintegração patrimonial. [621]

Além disso, ressaltou que o artigo 49, § I, da Constituição portuguesa ao determinar que a expropriação somente poderia ocorrer em razão do interesse público e mediante justa indenização, já claramente estabelecia uma regra de indenização em caso de expropriação ou limitação de direitos, sob pena de violação do dispositivo constitucional.

> E se a expropriação dos direitos adquiridos exige sempre justa indenização, então a regra indemnizatória constitucionalmente consagrada levantará, certamente, a questão de saber se a causação de um acto impositivo de sacrifício

---

[618] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. p. 12.
[619] Ibid., p. 13.
[620] Ibid., p. 81.
[621] Ibid., p. 136-137.

> que não discipline simultâneamente o respectivo ressarcimento não virá inquinado *ab initio* de ilegimidade constitucional.
> A resposta afirmativa não é imprescindível à tutela dos cidadãos, até porque muitas ingerências nas posições jurídicas subjectivas são produzidas por actos não finalisticamente expropriatórios, vindo a natureza grave da lesão a revelar-se só *ex post* – caso dos danos acidentais.[622]

No entanto, como a exigência de expressa previsão legal de indenização seria válida somente para as expropriações *stricto sensu*, Canotilho defende uma *interpretação constitucionalizante* para os demais casos. Isto é, de que nos casos em que o Estado emitiu uma norma que visava o sacrifício do direito sem estabelecer em contrapartida a justa indenização devida ao prejudicado, a conduta estatal deve ser interpretada como guiada pelos princípios previstos na Constituição, dentre eles, o princípio da igualdade e da justa indenização. Dessa forma, mesmo nos casos em que não houver previsão expressa de indenização, o dever de indenizar é garantido ao prejudicado em razão da aplicação dos princípios constitucionais.[623]

Vaz Serra defende possui o mesmo entendimento de Canotilho ao defender que fundamento da indenização pelo sacrifício seria a violação do princípio da igualdade e a violação da justa indenização:

> Mas a valer esta exigência [necessidade de os actos normativos disciplinadores de procedimentos expropriatórios incluírem sempre a previsão de indemnização pelos sacrifícios impostos], no nosso direito, só em relação às expropriações stricto sensu poderá rigorosamente aplicar-se. Este facto não impede, porém, uma interpretação constitucionalizante, conducente à presunção de que o legislador ou a administração, editando actos anormalmente oneratórios das posições jurídicas subjectivas se guiaram pelas normas superiores da constituição. E assim voltará ao princípio da igualdade: se a violação do princípio da igualdade caracteriza a expropriação, sendo esta violação inconstitucional se não for acompanhada de justa indemnização, também, paralelamente, a ruptura do mesmo princípio através de medidas semelhantes a expropriações será contrária à Constituição se não for reposta sucedaneamente a igualdade através da conversão monetária do sacrifício.[624]

Já Marcello Caetano fundamenta a responsabilidade da Administração por fatos lícitos tanto na justa indenização, para converter o direito sacrificado em seu valor monetário, quanto no princípio da repartição dos encargos públicos, para justificar quem deve arcar com os danos causados:

---

[622] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. p. 138.
[623] Ibid., p. 139.
[624] Ibid., p. 139.

> Se um direito tem de ser sacrificado ao interesse público, torna-se necessário que esse sacrifício não fique inìquamente suportado por uma pessoa só, mas que seja repartido pela colectividade. Como se faz tal repartição? Convertendo o direito sacrificado no seu equivalente pecuniário (justa indemnização) pago pelo erário público para o qual contribui a generalidade dos cidadãos mediante a satisfação dos impostos.
> Assim, a responsabilidade pelos prejuízos causados na esfera jurídica dos particulares em consequência do sacrifício especial de direitos determinado por factos lícitos da Administração pública funda-se no princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos.[625]

Canotilho ainda elenca quais são os requisitos essenciais da responsabilidade por atos lícitos: a existência de um ato administrativo legal, a consequência de tal ato deve representar um sacrifício do direito subjetivo e não sua simples limitação ou ofensa a apenas de um interesse legítimo[626] e o fundamento para imposição do sacrifício deve ser interesse público.

Com relação à extensão da indenização, Canotilho critica veemente a diferenciação feita por Alessi no sentido de que os danos causados por atos ilícitos devem ser totalmente ressarcidos, ao passo que a indenização dos danos por atos lícitos devem ser apenas limitada e corresponder apenas ao seu respectivo valor monetário:

> Só a manutenção duma ultrapassada concepção do justo preço, aliás limitada historicamente ao instituto da expropriação, e a radical separação entre indemnização de direito público, englobadora exclusivamente de danos objetivos, e uma responsabilidade por ilícito, justificativa da extensão do ressarcimento às lesões subjetivas, poderão explicar a sobrevivência de uma distinção que não em qualquer razoabilidade.

Mais uma vez, o princípio da igualdade é invocado para fundamentar a obrigação de indenização integral. Entendimento contrário significaria defender que o particular lesado teria que contribuir em montante superior aos demais para suportar o prejuízo realizado em nome do interesse público.

Atualmente, a legislação portuguesa prevê na Lei nº 67, de 31.12.2007, que estabelece o Regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas – RRCEE, o dever de o Estado indenizar o direito ou interesse sacrificado por ato legítimo. Veja a disposição do artigo 16 da referida Lei nº 67/2007:

> **Artigo 16.º**

---

[625] CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 9 ed. 2ª reimpressão. rev. e atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1983. t. 2. p. 1239.

[626] Celso Antônio Bandeira de Mello explica que não há essa distinção entre direito e interesse legítimo no ordenamento brasileiro, de forma que a expressão "direito" acaba abrangendo o interesse legítimo. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*. Revista dos Tribunais. Ano 70. Outubro de 1981. Volume 552. p. 18.

> **Indemnização pelo sacrifício**
> O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.

Ao comentar a indenização pelo sacrifício prevista no artigo 16 da Lei nº 67/2007, António Menezes Cordeiro explica seu fundamento:

> A ideia de base é simples: o Direito, de acordo com os critérios nominalmente enformados pelo interesse público exige, em certos casos, sacrifícios selectivos que envolvem a supressão ou a compressão de direitos privados ou a postergar de interesses seus legitimamente protegidos. Quando tal suceda, impõe-se compensar o atingido.[627]

Mas ressalta que, para que os encargos impostos ao particular sejam considerados lícitos, eles devem ser feitos "nos termos legalmente previstos e com cobertura constitucional"[628].

Guilherme da Fonseca analisa criteriosamente o artigo 16 da Lei nº 67/2007, qualificando a indenização pelo sacrifício, dentre outros, da seguinte forma:

> - é responsabilidade civil extracontratual decorrente de actos lícitos e legais, qualquer que seja a sua natureza, ou de operações materiais lícitas, o que chama à colação o estado de necessidade, em especial o estado de necessidade administrativa, como causa de exclusão da ilicitude;
> - é responsabilidade civil extracontratual, directa e objectiva, no sentido de não convocar, como seu pressuposto, a culpa (e daí a diferença fácil da responsabilidade subjectiva da aquiliana);
> - é responsabilidade civil extracontratual que culmina na fixação de uma indemnização condicionada, portanto, em bom rigor, não é uma indemnização, no sentido de reparação, mas, antes, uma compensação pelos danos/encargos em causa (em todo o caso, devendo respeitar o modelo traçado no art. 3º).[629]

De acordo com o autor, para que a Administração seja obrigada a indenizar o particular por meio desse artigo, o ato administrativo deve ter sido voluntário e produzir danos, a necessidade do ato ter sido fundado no interesse público e o dano produzido tem que ter sido especial e anormal.[630]

---

[627] MENEZES CORDEIRO, António. *A responsabilidade civil do Estado*. In: ATHAYDE, Augusto de. CAUPERS, João. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010. p. 915.
[628] Ibid., p. 915.
[629] FONSECA, Guilherme da. A responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos e a indemnização pelo sacrifício. *Scientia Ivridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. t. LXIII. Nº 334. Jan/abr. 2014. Braga: Universidade do Minho. p. 47.
[630] Ibid., p. 50.

Defende, ainda, que o fundamento da legitimidade do interesse público e do ato administrativo é o estado de necessidade administrativa. O estado de necessidade está previsto no art. 151, nº 1, do Código de Procedimento Administrativo[631] e se refere a situações em que a tomada de algumas medidas urgentes prescinde da observância de determinadas regras procedimentais, como é o caso de requisição de bens dos particulares[632].

No entanto, para se limitar a aplicação do artigo 16 da Lei nº 67/2007, os danos tem que ser especiais e anormais, não sendo indenizados danos generalizados e que afetem um grande número de pessoas, apesar do número de vítima não ser motivo para se restringir a indenização.

Apesar de o sistema brasileiro não contar com um dispositivo que expressamente determine a indenização de danos causados por atos lícitos do Estado como ocorre no sistema português, podem ser extraídos do nosso ordenamento princípios que fundamentam suficientemente o dever de o Estado indenizar o prejudicado nessas situações.

Celso Antônio Bandeira de Mello acata as lições de Renato Alessi no sentido de que quando há indenização pelo sacrifício do direito não se deve falar em responsabilidade civil do Estado, muito menos os temas devem ser confundidos:

> Não há falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém.[633]

---

[631] "Artigo 151. Menções obrigatórias.1 - Sem prejuízo de outras referências especialmente exigidas por lei, devem constar do ato:
a) A indicação da autoridade que o pratica e a menção da delegação ou subdelegação de poderes, quando exista;
b) A identificação adequada do destinatário ou destinatários;
c) A enunciação dos factos ou atos que lhe deram origem, quando relevantes;
d) A fundamentação, quando exigível;
e) O conteúdo ou o sentido da decisão e o respetivo objeto;
f) A data em que é praticado;
g) A assinatura do autor do ato ou do presidente do órgão colegial que o emana."[632] FONSECA, Guilherme da. A responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos e a indemnização pelo sacrifício. *Scientia Ivridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. t. LXIII. Nº 334. Jan/abr. 2014. Braga: Universidade do Minho. p. 51.

[632] FONSECA, Guilherme da. A responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos e a indemnização pelo sacrifício. *Scientia Ivridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. t. LXIII. Nº 334. Jan/abr. 2014. Braga: Universidade do Minho. p. 51.

[633] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1003.

O autor brasileiro concorda com Alessi ao defender que não cabe falar em responsabilidade do Estado naqueles casos em que a lei legitima a autoridade a praticar um ato que tem como objetivo sacrificar o direito de um particular. No entanto, se distancia do mestre italiano[634] ao defender que podem existir sim casos de responsabilidade civil do Estado por ato lícitos, que correspondem aos casos em que o Estado, por meio de uma atuação legítima, acaba ferindo, indiretamente, o direito de outrem. Nesse caso, a norma que conferiu o poder ao Estado não tinha como finalidade a lesão do direito, mas isso foi uma decorrência do exercício do ato legítimo.

> Vale dizer: há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem. Sem embargo, o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, violando-os, como mero subproduto, como simples resultado ou sequela de uma ação legítima.[635]

Dessa forma, Celso Antônio Bandeira de Mello considera que somente os danos causados indiretamente por uma atividade legítima do Estado devem ser analisados sob o tema da responsabilidade. Nesse ponto, ousamos discordar de doutrinador brasileiro e concordar com a lição de Alessi. Isso porque uma vez que os fundamentos para a indenização do dano, que serão tratados a seguir, são os mesmos tanto no caso em que o sacrifício do direito é uma decorrência direta ou indireta do exercício da atividade legítima, não encontramos motivos pelos quais deve ser dado tratamento diverso às duas situações. Além disso, entendemos que ambos os casos devem ser tratados sob o tema da responsabilidade civil do Estado, assim como propõe Canotilho.

Caso o ato que preveja o sacrifício do direito do particular não estabeleça expressamente a indenização devida, o direito do lesado ser devidamente ressarcido pelos danos que sofreu encontra seu fundamento no princípio constitucional de vedação ao confisco. Tal princípio está previsto no artigo 150 da Constituição Federal:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> (...)
> IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

---

[634] Conforme esclarece o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, Alessi também reconheceu a existência dos dois cenários, porém, acaba conferindo o mesmo tratamento aos dois, qual seja, de que se tratam de casos de sacrifício do direito e, portanto, foram do tema da reponsabilidade do Estado. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1004.
[635] Ibid., p. 1003.

O artigo transcrito acima proíbe o Estado de utilizar a tributação para subtrair uma parte razoável do patrimônio do contribuinte[636]. Esse é o entendimento já consolidado do Supremo Tribunal Federal:

> O art. 150, IV, da Carta da República veda a utilização de tributo com efeito confiscatório. Ou seja, a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a a título de indenização.[637]

Apesar de o artigo 150 da Constituição Federal apenas restringir a sua redação à proibição de uso do tributo de forma confiscatória, é pacífico na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o princípio de vedação ao confisco não se limita apenas a tal atividade estatal, mas sim possui um sentido bem mais amplo. Nesse sentido, veja-se lição de Ives Gandra Martins:

> Assegura também a Lei Suprema que a propriedade não poderá ser retirada sem justa e prévia indenização, qualquer que seja, mesmo aquela que não cumpra sua função social[638].
> (...)
> Desta forma, por confisco deve-se entender toda a violação ao direito de propriedade dos bens materiais e imateriais, retirado do indivíduo sem justa e prévia indenização, não podendo a imposição tributária servir de disfarce para não o configurar.
> O princípio, portanto, embora colocado no capítulo do sistema Tributário – e objetivando atalhar veleidades impositivas descabidas do erário -, transcende o campo específico do direito fiscal. E nesta transcendência compreende-se a expressão 'efeito' de confisco mais abrangente que a singela vedação do confisco tributário. [639]

Portanto, ainda que a imposição de restrições ao particular encontre previsão legal e tenha como fundamento o interesse público, o Estado deve indenizá-lo sob pena de incorrer em hipótese de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988.

Além de violação ao princípio de vedação ao confisco, o direito de o particular lesado ser ressarcido encontra fundamento no princípio da justa indenização, uma vez que a Constituição Federal de 1988 expressamente prevê tal princípio, à semelhança do artigo 42, parágrafo 3º da Constituição italiana mencionado por Alessi. Veja-se:

> Art. 5º [...]

---

[636] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26 ed., São Paulo: Malheiros, p.715.
[637] Voto do M. Relator Ilmar Galvão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 55-1, julgada em 24.10.2002.
[638] *Celso Bastos ensina 'A propriedade tornou-se, portanto, o anteparo constitucional entre o domínio privado e o público. Neste ponto reside a essência da proteção constitucional: é impedir que o estado, por medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos ou, já tendo esta ocorrido, venha a sacrificá-la mediante um processo de confisco'.* (Nota do original)
[639] MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 6. t. I. p. 164-165.

> XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

O princípio da justa indenização estabelece que o particular seja indenizado no mesmo montante do dano sofrido, de modo que não sofra perdas em seu patrimônio, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição, é aquele que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio.[640]

Diante da previsão constitucional do princípio de vedação ao confisco e da justa indenização, entendemos que não cabe questionamentos quanto ao direito de o lesado ser ressarcido pelos danos sofridos ainda que eles tenham decorrido de atos lícitos do Estado, tendo em vista o interesse público.

Além disso, uma vez que o ato legítimo da Administração tem como fim beneficiar a todos, então, a indenização do dano deve ser arcada e repartida entre todos os beneficiados (sendo a coletividade representada pelo Estado) e não somente pelo particular afetado. Nesse sentido, Caio Tácito conclui que o fundamento para divisão da indenização seria o princípio da repartição dos encargos públicos, que tem sua origem no artigo 13 da Declaração de Direitos do Homem:

> Tratando-se de um benefício à coletividade, desde que o ato administrativo lícito atende ao interesse geral, o pagamento da indenização redistribui o encargo, que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito.[641]

Portanto, entendemos que mesmo diante de um ato lícito e legítimo do Estado, se este teve como consequência um dano, o ordenamento brasileiro garante ao particular lesado o direito de ser ressarcido. Esse entendimento é válido para qualquer ato da Administração, tantos os atos discricionários quanto os vinculados. No entanto, com relação aos atos discricionários, a diferença é que, em primeiro lugar, caberá investigar se o ato discricionário não violou nenhum dos limites impostos ao poder discricionário.

Assim, se dentro de seu juízo de discricionariedade, o administrador decida conscientemente se abster e encontra respaldo legal para fazê-lo, não seria justo que apenas

---

[640] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 893.

[641] TÁCITO, Caio. Tendências Atuais sôbre a Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro. n. 55. jan/mar. 1959. p. 272.

uma pessoa ou determinado grupo tenha que arcar com o ônus de uma decisão que visa a beneficiar o interesse público. Assim, pelo princípio da repartição equânime de prejuízos e da justa indenização, caberia ao Estado arcar com tal dano.

> Do mesmo modo que é justo, sendo expropriados bens por utilidade pública, se dê ao expropriado uma indemnização do que, em benefício da coletividade, lhe é tirado, também é justo que, nos outros casos em que os direitos de alguém sejam sacrificados lìcitamente no interesse geral, se atribua ao lesado uma indemnização do prejuízo.[642]

No presente estudo não vamos analisar a extensão do dano a ser ressarcido, mas gostaríamos de fazer uma breve e superficial menção ao assunto.

A diferenciação entre ato lícito e ilícito ganha importância quando é analisada a extensão do dano. Celso Antônio Bandeira de Mello defende que, no caso de ato lícito do Estado, somente deve ser indenizado o dano que, além das características mencionadas acima, for anormal e especial. O dano especial é aquele que decorreu de uma situação particular de um indivíduo ou de um grupo, não se trata de um dano genérico imposto à coletividade. O dano anormal é aquele que está acima dos meros infortúnios da vida em sociedade.[643]

Essas duas características impõem limitação ao dano a ser indenizado, uma vez que não haverá responsabilidade do Estado por indenizar a vítima por prejuízo que não exceda os encargos normais impostos ao indivíduo ou sociedade em decorrência da atividade regular do Estado:

> Essa imposição, todavia, para motivar o reconhecimento da responsabilidade do Estado, exigirá a combinação desses dois requisitos mencionados: especialidade e anormalidade post que, ausentes essas condições, o ato será considerado restritivo de direito sendo abrangente de toda a coletividade ficando, portanto, dentro da esfera de atuação no mundo social.
> (...)
> A especialidade e a anormalidade decorrentes do ato impositivo de sacrifício servindo como pressuposto do próprio ato lícito danoso vem, também, fixar o limite do dano ressarcível, ou seja, haverá a indenização apenas quando demonstrados esses dois fatores, não bastando a simples gravidade do prejuízo apontado.[644]

---

[642] VAZ SERRA, Adriano Paes de. *Responsabilidade civil (Causas justificativas do facto; responsabilidade contratual e extracontratual; abuso de direito; responsabilidade de terceiros no não-cumprimento de obrigações; responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades, pelas pessas obrigadas a vigilância, dos funcionários públicos e do Estado)*. Boletim do Ministério da Justiça. Nº 85. Lisboa, 1959. p. 496.

[643] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1031.

[644] TÁCITO, Caio. Tendências Atuais sôbre a Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro. n. 55. jan/mar. 1959. p. 271.

A respeito da limitação da indenização decorrente de ato lícito, Caio Tácito explica que, entendimento contrário, no sentido de que o Estado deveria indenizar qualquer prejuízo "seria a própria denegação da supremacia do interesse público e da destinação social da propriedade"[645].

Voltando ao caso do item tratado acima, caso entendêssemos que as regulamentações impostas pelo MME, MF e ANEEL estavam dentro da margem de discricionariedade de cada órgão e não violaram nenhum princípio ou lei, estaríamos diante de atos legítimos que impuseram o cálculo das tarifas de energia elétrica.

Nessa hipótese, entendemos que os consumidores de 2002 e 2009 não poderiam alegar que teriam direito à indenização com fundamento na responsabilidade por atos legítimos. Em primeiro lugar, a responsabilidade por atos legítimos pressupõe que o sacrifício de um direito do particular em prol do interesse público. Além disso, é preciso que esteja claro, ainda que não expresso, qual o sacrifício que está sendo imposto ao particular e a particularidade da situação. No entanto, ao entender que a metodologia aplicada estava correta, a regulamentação imposta pelo MME ou ANEEL não estaria impondo nenhum sacrifício ao direito dos consumidores daquela época, mas apenas a cobrança de valores considerados adequados.

Em segundo lugar, entendemos que não existiria a figura do dano, muito menos estaria presente a figura do dano anormal e especial. Como vimos acima, para que o dano causado por ato lícito seja indenizado ele deve ter como característica a anormalidade e a especialidade. Entretanto, no presente caso, estamos tratando de uma regulamentação de caráter amplo e geral do setor elétrico estabelecida pela agência reguladora, o que significa que ela seria aplicada indistintamente para todas as distribuidoras de energia elétrica e, consequentemente, a todos os consumidores.

Dessa forma, seria um dano genérico imposto à sociedade daquela época, e não um dano decorrente de uma situação específica de um grupo, e não seria anormal, pois teria decorrido da vida em Sociedade que "implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente (...)"[646].

---

[645] TÁCITO, Caio. Tendências Atuais sôbre a Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro. n. 55. jan/mar. 1959. p. 271.

[646] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1031.

CONCLUSÃO

Com o objetivo de conseguir analisar adequadamente o tema da responsabilidade civil do Estado por omissão do Poder Executivo, entendemos que era necessário primeiro estudar os requisitos da responsabilidade civil, a conduta e o nexo causal. Dessa forma, nossa preocupação inicial era responder as seguintes indagações: (a) o que o Direito entende por omissão?; (b) a partir de qual momento a conduta omissiva passa a ter relevância jurídica?; e (c) em que quais hipóteses a omissão enseja a responsabilidade do omitente?

O ato omissivo pode abranger, mas não se restringir, à mera inércia ou abstenção do agente. O termo tem sentido bem mais amplo do que simplesmente "não fazer nada" e, para adquirir relevância jurídica precisa representar a violação de um dever de agir. Assim, a omissão se aproxima mais da figura da negligência do que do simples ato de se abster.

Dessa forma, o requisito essencial da omissão é a existência de um dever de agir. O problema passa a ser, então, o de identificar as fontes do dever de agir. Conforme vimos, o direito português tem um artigo que trata especificamente da omissão como fundamento da responsabilidade civil, bem como dispõe sobre as fontes do dever de agir. Nesse sentido, o artigo 486 do Código Civil português prevê que o dever de agir pode advir da lei ou do negócio jurídico.

No entanto, a doutrina portuguesa reconhece outras fontes do dever de agir. Como exemplo, António Menezes Cordeiro reconhece que os deveres de tráfego também geram uma série de obrigações para o criador do dano[647], Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho entende que o princípio do abuso do direito também pode ser usado como fundamento para se exigir determinada conduta do agente[648] e Vaz Serra defende que aquele que se omitiu pode ser responsabilizado se tinha conhecimento da iminência do dano, era a única pessoa capaz de evitá-lo e não havia nenhuma justificativa para deixar de ter agido[649].

O ordenamento brasileiro, por sua vez, adota posicionamento mais amplo do que o direito português ao determinar no artigo 186 do Código Civil de 2002, que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a

---

[647] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. vol - Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010. t. 3. p. 574.
[648] NUNES DE CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha. *Omissão e dever de agir em Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1999. p. 219-222
[649] VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Obrigação de Indenização (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização). Direito da Abstenção e de Remoção*. Boletim do Ministério da Justiça. Nº 83 e 84. Lisboa, 1959. p. 111.

outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Assim, ele não faz menção expressa às fontes do dever de agir, de forma que é possível adotar outras fontes além da lei e do negócio jurídico.

As fontes do dever de agir defendidas pelos autores portugueses também encontram fundamento em nosso ordenamento. Em primeiro lugar, o artigo 187 do Código Civil de 2002 considera ilícito o exercício anormal do direito, podendo se traçar um paralelo entre o referido dispositivo e o instituto do abuso do direito como criador de dever de agir. Em segundo lugar, também se admite a criação do risco como fonte do dever de agir, sendo este o fundamento para a indenização pelo risco da atividade previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

Portanto, o dever de agir pode ser imposto pela lei, por negócio jurídico ou pela situação de risco criada. No entanto, reconhecemos que podem surgir situações em que o dever de agir não é imposto por nenhuma dessas fontes. Ao examinar o erro de conduta, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho ressaltam que existem casos em que o agente, inicialmente, visa a praticar um ato lícito, mas por falta de cuidado, sua conduta acaba produzindo um resultado ilícito.

Os autores defendem que, ainda que nem a lei nem o contrato tenham estabelecido o dever que se violou, a responsabilidade do agente tem como fundamento um dever geral de cuidado, imposto pelo Direito[650], que é definido por meio da conduta que o *bonus pater familias* adotaria se estivesse no mesmo lugar e diante das circunstâncias específicas do caso. Dessa forma, definem a culpa como "conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento dano involuntário, porém previsto ou previsível"[651].

Assim, as circunstâncias concretas em que o agente se encontrar é que determinarão se ele deveria ter agido com base no dever geral de cuidado ou não. Essa formulação pode parecer um tanto abstrata e parece ampliar consideravelmente os casos de responsabilização do omitente. No entanto, se refere apenas aos cuidados que qualquer cidadão médio adotaria na situação, de forma que cabe ao magistrado fazer a ponderação entre a falta de conduta do agente e o que o cidadão médio e prudente faria em seu lugar.

---

[650] Os autores defendem seu posicionamento afirmando que "o artigo 186 do Código Civil, corretamente, não fala em violação da lei, preferindo usar a expressão mais ampla: violar direito". DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. *13*. p. 68.

[651] DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. *13*. p. 69.

Além de o estudo da omissão exigir uma mudança na forma como vemos a conduta propriamente dita, ele também requer que nossa percepção sobre o nexo de causalidade seja alterada. Isso porque como a maioria dos casos de responsabilidade civil gira em torno da conduta positiva, acabamos confundindo a relação causal naturalística com a relação causal jurídica.

Há situações específicas, no que diz respeito à omissão, em que elas podem ser considerada como sinônimos, como é o caso da mãe que deixa de dar remédio ao seu filho e ele vem a sofrer algum dano por esse motivo. Porém, a regra é que tal confusão não ocorre quando se trata de conduta omissiva, pois o nexo causal é criado por uma conduta positiva, seja de terceiro, da própria vítima ou fato da natureza, que dá início ao evento lesivo, sendo que a conduta omissiva é inserida no nexo por não ter impedido a concretização do dano, quando deveria e poderia tê-lo feito. Podemos citar como exemplo uma criança que começa a jogar objetos cortantes pela janela e acaba ferindo pessoas que estão transitando em local próximo naquele momento: nesse caso, a conduta positiva da criança deu início ao evento, mas cabia ao seu genitor ter impedido que ela jogasse tais objetos.

Regra geral, a omissão enseja a responsabilidade civil subjetiva daquele que se omitiu, exigindo, assim, a presença do elemento culposo. No entanto, o Código Civil estipulou hipóteses em que a responsabilidade do omitente é objetiva, como é o caso da responsabilidade do genitor, tutor, curador e empregador em face dos danos causados pelo filho, tutelado, curatelado e subordinado prevista no artigo 932 do Código Civil de 2002. Apesar de ser denominada responsabilidade por fato de terceiro, tais hipóteses tratam de casos de responsabilidade por fato omissivo próprio, uma vez que os responsáveis negligenciaram os deveres que lhe eram impostos.

O Código Civil também admite que a responsabilidade sem culpa para os atos omissivos é aquela que trata do risco da atividade, previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002. Isso porque o responsável por criar a situação de risco deve adotar medidas de cautela que sejam capazes de evitar que o dano ocorra. Tais deveres são intrínsecos à atividade e impõem ao empreendedor o ônus de evitar todo e qualquer dano que esteja no fortuito interno da atividade, ainda que o fato não seja previsível e evitável. Com relação à aplicação do referido dispositivo, adotamos o entendimento defendido por Claudio Luiz Bueno Godoy, no sentido de que ele se aplica quando o desempenho normal da atividade gera um risco especial, particular, anormal. Assim, não é necessário que a

atividade seja intrinsicamente perigosa, mas basta que ela crie um risco excepcional para terceiros.

Outra hipótese de responsabilidade por omissão, objeto central da presente dissertação, é a responsabilidade civil por omissão do Estado. Em primeiro lugar, ressaltamos que apesar da divergência doutrinária sobre a responsabilidade do Estado por atos omissivos ser subjetiva ou objetiva entendemos que, na prática, não há muita diferença quando se aplicam as duas teorias, uma vez que os partidários da corrente subjetiva defendem a presunção de culpa do Estado, o que a aproxima da responsabilidade sem culpa.

Após analisar as características da conduta omissiva de forma geral, não podemos deixar de concordar com os fundamentos apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello para defender que a análise da omissão não pode estar afastada do elemento culposo. De fato, o agente será responsabilizado por sua conduta omissiva quando ela representar violação de um dever de agir que lhe era imposto. E tal violação somente pode ter sido intencional ou ter decorrido de sua negligência, imprudência e imperícia. Por esse motivo, a responsabilidade do Estado por atos omissivos tem natureza subjetiva. Assim, a exigência da culpa somente poderia ser afastada em casos específicos e quando a lei o determinar (como é o caso do artigo 21, XXIII, alínea *d,* da Constituição Federal, que estabelece que a responsabilidade por danos nucleares é objetiva), o que não nos parece ser o caso do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Além disso, entendemos que a lição de Sérgio Cavalieri Filho e Guilherme Couto de Castro também merece ser acatada parcialmente. A divisão que os autores propõem entre dever genérico e dever específico é de grande importância ao se analisar os casos que envolvem a omissão estatal, tendo em vista a ampla gama de deveres/atividades que são impostas/desempenhadas pelo Estado. No entanto, ao contrário do defendido pelos autores, tratamos as duas espécies de omissão à luz da responsabilidade subjetiva.

Entendemos ser interessante dividir o ato omissivo em genérico e específico, em primeiro lugar, porque as lições civilistas sobre conduta omissiva não podem ser simplesmente transpostas para a responsabilidade estatal. No caso de responsabilidade do Estado não são em todos os casos que basta a presença de um dever de agir para que possa surgir o dever de indenizar. O Estado, ao contrário do particular, possui uma ampla gama de deveres genéricos, como por exemplo o dever de segurança, sendo que se a vítima pudesse sempre fundamentar seu pleito com base em tal dever, o Estado seria obrigado a indenizar em quase todas as situações, o que levaria à sua falência.

Tanto na omissão genérica como na específica, além do dever de agir, também é preciso estar presente a possibilidade de o Estado ter agido para impedir ou atenuar o dano (i.e., que não tenha incidido nenhuma causa excludente de responsabilidade). No entanto, a exigibilidade do ato é diferente quando estamos tratando de um dever genérico, como o dever de garantir a segurança dos cidadãos, ou de um dever específico, como o de garantir a segurança dos alunos enquanto estão na escola pública.

Enquanto nessa última situação é muito mais fácil se identificar a negligência ao dever imposto ao Estado (como manter vigilância sobre os estudantes), na situação envolvendo o dever genérico a negligência não é muito clara, pelo menos em um primeiro momento. Assim, para surgir a responsabilidade do Estado com base em um dever genérico, é preciso, além da presença do dever, buscar identificar qual conduta poderia ter sido razoavelmente exigida do poder público com base nas circunstâncias do caso concreto. Como exemplo, o cidadão que foi assaltado enquanto caminhava na rua não pode exigir indenização do Estado alegando que o dano decorreu da falta de segurança. No entanto, seu pleito seria diverso se um policial estivesse presente no momento em que o assalto ocorreu, sem nada ter feito para impedir o assaltante.

Além disso, após examinar os precedentes da jurisprudência nos parece que essa divisão também é adotada pelos tribunais. A análise da omissão parece ser diversa quando comparamos as situações em que o Estado estava diante de um dever específico, como a guarda de coisas perigosas (como armamento militar) ou a vigilância sobre os presos, com os casos em que o dano foi causado por fato da natureza ou fato de terceiro, mas cabia ao Estado um dever genérico de ter impedido o dano (como ter canalizado córrego para evitar sua inundação no período de chuvas).

Diante de um dever específico, o exame da responsabilidade pelo tribunais girou em torno, além da violação do dever, a possibilidade de o Estado ter agido para evitar o dano, ou seja, se não estava presente uma causa excludente de responsabilidade (como no Tema 592 de repercussão geral que trata sobre o dever de o Estado manter a integridade dos presos que estão sob a sua vigilância). Por sua vez, no caso do dever genérico, a investigação para averiguar se há responsabilidade estatal se concentra mais na razoabilidade de se exigir tal ato do Estado, aliada com a previsibilidade e evitabilidade do dano (como é o caso dos alagamentos causados pela força das chuvas em que se verifica se o Estado poderia ter previsto, com base no histórico de inundações, que tal resultado iria ocorrer, e ter tomado providências para evitá-lo).

Dentro da responsabilidade civil por omissão do Estado também é possível identificar hipóteses em que danos são causados por condutas do poder público que não constituam violação de dever, mas, ao contrário, representem uma escolha do administrador. São os casos em que a lei confere ao administrador o poder discricionário de atuar, de forma que ele pode escolher se omitir ou se abster em determinadas situações sem que isso constitua ilícito.

Entretanto, é importante ressaltar que, ainda que a lei atribua tal liberdade de atuação ao administrador, essa margem de discricionariedade encontra limites em diversos princípios, como o princípio da moralidade, da razoabilidade, da supremacia do interesse público, dentre outros. Tendo em vista a maleabilidade de seu conceito, tais princípios podem acabar restringindo sobremaneira as decisões aptas a serem tomadas pela Administração ou, ainda, podem ser invocados para contestar grande parte das escolhas feitas pelo poder público. Nesse sentido, a análise a respeito da violação dos princípios irá depender do que está previsto na legislação, das características do caso concreto, dos fundamentos apresentados pelo administrador, da apreciação do juiz a respeito da adequabilidade da decisão e seu entendimento sobre o princípio invocado.

Como o tema da discricionariedade é amplo, podendo, por si só, ser tema de uma dissertação de mestrado, decidimos limitar a nossa análise a duas atividades da Administração Pública, quais sejam: o poder de polícia e a regulação econômico-social. No caso do poder de polícia, verificamos que seu objetivo é o de promover o equilíbrio entre as liberdades individuais e o uso da autoridade, sendo que a margem de discricionariedade da Administração se encontra justamente na busca por tal equilíbrio, que deve ser calibrada de acordo com as circunstâncias do caso concreto e os interesses envolvidos.

O exercício desse poder impõe uma série de deveres aos entes públicos, como o de editar atos de caráter geral e concreto para casos específicos, autorizar e fiscalizar a exploração de determinadas atividades e impor sanções diante de violações de normas. Os precedentes que tratavam sobre atividade de autorização mostraram o entendimento dos tribunais no sentido de que a expedição de alvará implica responsabilização do ente que permitiu a exploração da atividade caso os danos causados pelos estabelecimentos tenham decorrido da falta de cumprimento de normas de segurança ou de demais requisitos exigidos por lei.

Ao emitir o documento, cabia ao ente público ter verificado se o estabelecimento cumpria todas as exigências legais e oferecia a segurança que se esperava, devendo ser

responsabilizado pelo dano causado, em conjunto com o estabelecimento, caso não tenha feito tal verificação adequadamente (como no precedente da loja de fogos de artifício localizada em bairro residencial).

Além disso, no que diz respeito a atividades que oferecem maior risco a terceiros, cabe à Administração o dever de promover fiscalização regular de tais estabelecimentos. No entanto, reconhece-se que em cidades grandes, como São Paulo/SP, em que os agentes públicos têm uma longa lista de empreendimentos a serem vistoriados, a mera falta de fiscalização do empreendimento não constitui causa suficiente para gerar o dever de o Estado indenizar o dano. Isso porque é irreal se exigir (em razão da dimensão da cidade, quantidade de estabelecimentos que são abertos todo mês e número de funcionários públicos designados à atividade de fiscalização) que o poder público esteja em dia com a vistoria de todos os imóveis. O entendimento seria diverso caso o imóvel tivesse sido recentemente vistoriado ou ainda caso se tratasse de uma cidade de porte pequeno, como a cidade de Santa Maria/RS, onde ocorreu a tragédia na Boate Kiss.

No caso da Boate Kiss, se identificou a existência de deveres específicos concernentes a cada ente na legislação infralegal, de modo que cabia ao Corpo de Bombeiros a expedição de alvará de prevenção de incêndio e fiscalização do estabelecimento com relação ao cumprimento das exigências impostas, e ao Município cabia a emissão de alvará de localização e fiscalização regular do empreendimento. Além disso, ambos tinham o poder de interditar a Boate caso verificassem que ela apresentava irregularidades.

Em segundo lugar, se atestou a falha dos deveres impostos, uma vez que os entes permitiram o funcionamento irregular do estabelecimento, operando sem alvará e sem cumprir as normas de segurança que haviam sido apontadas pelo Corpo de Bombeiros por um longo período de tempo. O fato de a casa de shows ser uma das principais em uma cidade universitária de pequeno porte e de atrair diariamente muitos jovens, bem como tais informações serem de conhecimento das autoridades públicas apenas reforça a exigibilidade da conduta e mostra a grave negligência das autoridades públicas ao não fiscalizarem de maneira devida o estabelecimento.

Entendemos que, aplicando a teoria do dano direto e imediato é possível identificar a relação causal entre a omissão do Município e do Estado e os danos causados. A negligência dos entes ao seu dever de fiscalização constituiu uma das causas necessárias, junto com o fato de terceiro, à produção do resultado, uma vez que ficou comprovado que

irregularidades no funcionamento da casa, que deveria ter sido vistoriada pelos entes públicos, foram decisivas para a morte de muitos jovens[652].

Em razão do exame desse caso concreto acabamos não analisando o tema da responsabilidade por ato discricionário da Administração, uma vez que entendemos que não há como se alegar que os entes públicos tinham qualquer margem de discricionariedade diante das circunstâncias do caso. No entanto, retomamos essa análise quando tratamos da segunda atividade que trata da regulação econômico-social.

Por meio da atividade de regulação econômico-social, a Administração emite atos de caráter geral e abstrato e também atos específicos, além de desempenhar as funções sancionatória e adjudicatória. O elemento da discricionariedade se encontra mais presente nessa atividade, uma vez que as agências de regulação possuem ampla gama de atividades a serem desempenhadas e a lei lhes confere liberdade de tomar decisões referentes ao setor de acordo com o que entendem ser tecnicamente mais correto, desde que respeitados os princípios que limitam o poder discricionário. Nesses casos, a adoção da solução mais adequada diante das circunstâncias concretas envolve, muitas vezes, a análise técnica e regulatória.

É justamente a discricionariedade da agência regulatória que estava sendo ponderada no caso concreto que analisamos envolvendo a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e o Ministério de Minas e Energia – MME. Estava sendo contestada a metodologia aprovada pela ANEEL que tratava a forma de cálculo das tarifas de energia elétrica, uma vez que se verificou que ela permitia que as concessionárias de distribuição de energia se apropriassem de valores que não estavam relacionados com a melhoria do serviço e que, por isso, deveriam ter sido repassados ao consumidor.

Nesse caso, concluímos que houve omissão tanto por parte da ANEEL e como do MME em impedir que o dano ocorresse e fosse se acumulando por tanto tempo. O MME deliberadamente decidiu nada fazer, i.e., não alterar a Portaria Interministerial MME/MF nº 25/2002, de forma que sua omissão representava violação da legislação vigente. No entanto, ele não poderia ter considerado que tal decisão estava dentro do seu poder discricionário, uma vez que ela violava princípios de direito administrativo, como o princípio da finalidade e da modicidade tarifária. Assim, sua atuação discricionária encontrava limitações por parte dos princípios aplicáveis.

---

[652] Com efeito, verificou-se que a falta de sinalização de saída de emergência, a falta de outra saída de emergência e o material altamente inflamável utilizado para isolamento acústico dificultaram a saída dos jovens do local, o que acabou levando a sua morte por asfixia.

Por outro lado, concluímos que também houve omissão por parte da ANEEL. Ainda que tenhamos concordado com os argumentos da agência no sentido de que sua regulamentação estava apenas seguindo diretriz imposta pelo MME, entendemos que a definição da metodologia de cálculo das tarifas deveria ser pautada pelos mesmos princípios que regem a conduta do MME. Adicionalmente, o fato de não ter fiscalizado o que estava sendo incluído nas tarifas de energia elétrica e identificado que as concessionárias estavam se apropriando de valores por tantos anos representou negligência aos deveres que lhe foram impostos quando a agência foi criada, como o de regular e fiscalizar os serviços prestados pelas concessionárias e zelar pela modicidade tarifária.

Dessa forma, discordamos do desfecho que tal episódio teve, de forma que entendemos que cabia a responsabilização da ANEEL e do MME pelos danos causados, devendo ter lhe sido impostas as obrigações de alterar as regulamentações vigentes (o que a ANEEL fez) e de criar mecanismo tarifário que fizessem com que as concessionárias devolvessem todos os valores dos quais se apropriaram indevidamente (o que não foi feito).

Como concluímos que em tal caso a escolha por se omitir não estava no âmbito de discricionariedade do MME e da ANEEL, nos propusemos a analisar a seguinte hipótese: se a ANEEL tivesse atuado dentro do seu âmbito de discricionariedade e imposto tal metodologia aos consumidores, ela teria, por meio de um ato legítimo, imposto dano aos consumidores. Neste caso, os consumidores teriam direito a ressarcimento?

Para responder a tal pergunta estudamos brevemente a responsabilidade por atos legítimos. O fundamento de tal responsabilidade é diverso da responsabilidade por atos ilícitos, pois estamos diante de uma hipótese em que a lei autoriza que o direito seja sacrificado, seja o sacrifício decorrência direta ou indireta da atividade legítima. No entanto, ainda que se trate de um ato legítimo, o particular que teve o direito sacrificado encontra fundamento para seu pleito no princípio constitucional de vedação ao confisco, no princípio de justa indenização e no princípio de repartição dos encargos públicos.

Entretanto, ainda que o instituto da responsabilidade por atos legítimos encontre respaldo no ordenamento nacional, reconhecemos que em nosso caso hipotético os consumidores não teriam fundamentos para pleitear o ressarcimento dos valores que foram apropriados pelas concessionárias. Isso porque ao se considerar que a cobrança foi adequada, não se tem como considerar que houve sacrifício do direito dos consumidores. Além disso, não estaria presente a figura do dano anormal ou especial, requisito essencial para ser indenizado por atos legítimos, uma vez que a regulamentação de caráter amplo e

geral da ANEEL teria causado apenas um dano genérico a ser suportado igualmente por todos os consumidores.

Encerramos a presente dissertação com o reconhecimento que o estudo dos diversos precedentes envolvendo a responsabilidade civil do Estado por omissão do Poder Executivo apenas reforçaram nosso entendimento de que a análise da conduta omissiva estatal vai muito além da mera identificação de um dever de agir, o que seria suficiente se estivéssemos estudando a conduta apenas à luz do direito privado.

Dessa forma, não é possível adotar uma fórmula genérica a ser aplicada a todas as situações envolvendo a omissão do poder público. Muito pelo contrário, em alguns casos é exigido que, além da identificação do dever, diversas vezes genérico, também se examine o que, razoavelmente, se poderia ter exigido do Estado diante das circunstâncias; enquanto em outras situações até se prescinde da violação de um dever, como ocorre na responsabilidade por atos legítimos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Culpa e Risco Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 15. jan/mar. 1949.

ALESSI, Renato. *Principi della responsabilità civile nella pubblica ammnistrazione*. Bologna: Zanichelli Editore, 1956.

_____. *La responsabilità della pubblica amministrazione.* 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações.* 7. ed. rev e atual. Coimbra: Almedina, 1998.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coord.) *Novo Código Civil: questões controvertidas.* São Paulo: Método. 2005. v. 4.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*. Revista dos Tribunais. Ano 70. Outubro de 1981. v. 552.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 47, jul./set. 2011.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964. v. 3.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 9 ed. 2ª reimpressão. rev. e atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1983. t. 2

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos.* Coimbra: Almedina, 1974.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro:* o papel da culpa em seu contexto. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALCANTI, Amaro Bezerra. *Responsabilidade civil do Estado*. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 1.

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

_____. Responsabilidade civil no Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. n.. 48. p. 69. Out. 2003.

CHIRONI, Giampietro P. *La colpa nel diritto civile odierno*. Roma: Fratelli Bocca, 1886.

CIMINI, Salvatore. *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*. Torino: G. Giappchelli Editore, 2008.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1964.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil:* Obrigações e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. vol - Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010. t. 3.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. rev. e atual. Coimbra; Almedina, 1998.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: DPJ, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 202. p. 20. out/dez.

CRETELLA JÚNIOR, José. O *Estado e a Obrigação de Indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA GONÇALVES, Luiz. Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 1937. V. XII.

DELLA ROCCA, Paolo Morozzo. Gli atti leciti dannosi. In: Cendon, Paulo (org). *La responsabilità civile – Responsabilità extracontrattuale*. Torino : UTET, 1998. v. 8.

DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général.* I – Source des Obligation. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923. t. 3.

DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge.* 12. ed. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1948. t. 2.

DE PLÁCIDO e SILVA. *Vocábulo Jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1963. V. II/1.093.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. e SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Coleção Doutrinas Essenciais: direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 22.ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei no 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13.

DOGLIOTTI, Massimo e FIGONE, Alberto. Cendon, Paulo (org). *La responsabilità civile – Responsabilità extracontrattuale*. Torino : UTET, 1998. v. 8.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O direito administrativo na futura constituição. *Revista de Direito Administrativo* nº 168. Abr./jun. 1987. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

FARIA, Edimur Ferreira de (coord.). *Responsabilidade civil do Estado no Ordenamento Jurídico e na Jurisprudência Atuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; Ferreira, Marina Baird (Coord). *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FONSECA, Guilherme da. A responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos e a indemnização pelo sacrifício. *Scientia Ivridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro.* T. 63. nº 334. Jan/abr. 2014. Braga: Universidade do Minho.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, João Melo; ANTUNES MARTINS, António Herlander. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos* (na doutrina e na jurisprudência) 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal*. Revista Jurídica Luso Brasileira, v. 01, 2015.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. rev. atual e ampl. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro:* Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fundación de Derecho Administrativo. t. 2.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 3.

GRAU, Eros Roberto. Princípio da Equivalência e o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos. *Revista de Direito Administrativo 96/1990*.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. São Paulo: Francisco Alves, 1915.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco.* 2. ed. rev. e atual. pelo prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes contratuais das obrigações – responsabilidade civil*. 4. ed. rev e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia. *Tratado de Direito Administrativo: Funções Administrativas do Estado* (coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4.

MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 6. t. I.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

MASCARENHAS ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de. Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego. Coimbra: Almedina, 2015.

MAZEUD, Henri. MAZEUD, Leon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* 4. ed. Paris: Librairie Du Recueil Sirey. 1947. t. 1.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO, Diogo L. Machado de. *Culpa extracontratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António. *A responsabilidade civil do Estado*. In: ATHAYDE, Augusto de. CAUPERS, João. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:* direito das obrigações. 34. ed. rev. e atual por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas da Responsabilidade civil do Estado*. FREITAS, Juarez (org). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MUKAI, Toshio. Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente. Conferência pronuncia no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental, realizado de 11 a 13 de novembro de 1987, em Curitiba, PR. *Revista de Direito Administrativo*. n. 171. jul./set. 1988.

NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da administração pública. NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES DE CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha. *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

OSÓRIO. Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAIVA, Alfredo de Almeida. Responsabilidade civil do Estado – Inteligência do art. 194 da Constituição de 1946 – A teoria do risco e o nosso sistema de direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 33. jul/set. 1953

PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil.* rev. por Georges Ripert. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. t. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 3.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998.

PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Lisboa: Almedina, 1995.

PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. atual. São Paulo: Elsevier, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. 6.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 3.

_____.. *Tratado de direito privado* – Parte especial – Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 22.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Pena Brasileiro.* 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. MAMEDE, Gladston. ROCHA, Maria Vital. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SAVATIER, René. *Traité de Responsabilité Civile em Droit Français*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1939. t. 1.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O Poder de Polícia é discricionário?. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Poder de Polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHUTA, Andréia. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico.* 28 ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Glaucia Carvalho. Rio de Janeiro: 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26 ed., São Paulo: Malheiros.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz.* São Paulo: Atlas, 2008.

STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TÁCITO, Caio. Tendências atuais sôbre a responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro. n. 55. jan/mar. 1959.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2008.

TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. Leme: Ed de Direito, 1996.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011. v. 1.

VAZ SERRA, Adriano Paes de. *Obrigação de Indemnização*. Boletim do Ministério da Justiça n. 84. mar. 1959

_____. *Obrigação de Indenização (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização). Direito da Abstenção e de Remoção*. Boletim do Ministério da Justiça. Nº 83 e 84. Lisboa, 1959.

_____. *Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas).* Boletim do Ministério da Justiça. Nº 90. Lisboa, 1959.

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