

# O RISCO RESPONSABILIZANTE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Sergio de Andréa Ferreira\*

**Sumário:** 1. Preâmbulo; 2. Introdução; 3. A Responsabilidade Civil do Estado; 4. P Viés Jurídico do Risco, do Perigo e da Segurança; 5. Evolução Histórica da Responsabilização Civil do Estado, no Direito Brasileiro; 6. Natureza da Responsabilidade das Pessoas Privadas Prestadoras de Serviços Públicos; 7. A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão; 8. Da Responsabilidade apenas por Reprovabilidade da Atuação;

## 1. Preâmbulo

Sinto-me especialmente honrado de, com particular júbilo, participar desta homenagem editorial ao querido Colega, e ilustrado administrativista, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO.

Mestre admirado por várias gerações, com brilhante participação acadêmica, na vida pública e profissional, DIOGO tem dado ao Direito Brasileiro inestimável contribuição, tendo a peculiar capacidade de, não só integrar-se na evolução vertiginosa da Ciência Jurídica, como, pró-ativamente, aportar-lhe significativo acervo, dotado de fértil ineditismo.

Companheiros de luta, que temos sido, desejo que minha presença junto à dos eminentes juristas, seja o testemunho de minha admiração e o público reconhecimento do imenso valor e das superiores qualidades pessoais do festejado publicista.

## 2. Introdução

1. Um singular sentimento de *insegurança*, de *vulnerabilidade*, assalta o homem de nossos dias, amedrontado com a perspectiva de um futuro em que estaria ameaçada a própria existência da humanidade e do planeta; em razão de fenômenos como o do aquecimento global, da poluição da atmosfera, da destruição do meio ambiente, da falta de alimentos; do sempre presente fantasma da guerra nuclear.

\* Professor Titular de Direito Administrativo. Desembargador Federal, aposentado. Ex-Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Advogado – Consultor.

2. Todo esse quadro, independentemente dos *riscos* e *perigos* que sempre estiveram presentes, como o dos conflitos armados, que se perpetuam, que se renovam, e que são cada vez mais destruidores; da violência sob todas as suas formas, na família, na sociedade, no terrorismo intestino e internacional; na criminalidade crescentemente perversa, a demonstrar o total desprezo pelo próximo; a difusão incontrolável das drogas; o próprio desenvolvimento científico e tecnológico, a criar meios e procedimentos utilizados sem os devidos critérios éticos.

3. Identifica-se uma *sociedade de risco*, com seu teórico, ULRICH BECK (*A sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade*), com ênfase na incapacidade de prever e controlar os riscos ecológicos, químicos, nucleares, genéticos; produzidos industrialmente, externalizados economicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente.

4. Em contraponto, a preocupação com a *segurança* faz surgir conceitos como a de *defesa social*, com graves *riscos à liberdade*; limitando-nos a privacidade, a locomoção; impondo-nos as mais diversas formas de monitoramento, com os grampeamentos, a espionagem e as interferências eletrônicas; as câmeras de segurança, a revista pessoal, a legitimação da tortura; o pensamento único, a retirar, praticamente, o poder de crítica e de divergência.

5. Em palestra na Academia Brasileira de Letras Jurídicas (Rio, 2012), sob o título *'Direito Penal e Direitos Fundamentais - uma relação bivalente'*, a Professora ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, destacou:

“O livro de David Garland ‘The culture of control’, de 2001, é já hoje um clássico da criminologia. A sua tese central é a seguinte: a desregulação tem por efeito reduzir o Estado às suas funções de controlo. A politização da segurança surge menos como um problema e mais como uma solução. E a partir daqui é apenas um pequeno passo até à ‘repenalização’ da segurança.

O Estado, securitário e penal, é também o resultado desta reorientação do ‘welfare state’ e da nova legitimidade do ‘work state’, cujo poder e competências não cessam de aumentar em matéria de polícia, repressão e segurança.

Esta ‘nova’ cultura de controlo é ainda estimulada – volto a Garland – pelo que o autor chama de ‘an angry and an anxious public’.

Quando uma economia está em crise e os conflitos sociais atingem o paroxismo, a sociedade ‘discute o crime’ e reivindica o ‘direito à segurança’. A sociedade de comunicação reforça a tendência dos poderes públicos para recorrerem ao ‘instrumentarium’ punitivo.

(...)

O relatório de Gus Hosein, de 2005, ‘Threatening the Open

Society: Comparing Anti-terror Policies and Strategies in the U.S. and Europe' é bem elucidativo: ali, temos a criação do 'Homeland Security Department', os poderes previstos nos 'Patriot Act', o 'screening' preventivo dos passageiros de aviões civis, as normas mais severas de entrada no país, o campo de prisioneiros de Guantánamo e as prisões secretas, os métodos de interrogatórios musculados acompanhados de um discurso oficial e de intelectuais a favor da 'tortura legítima' e de 'torture warrants', e podíamos continuar 'ad nauseam'; na Europa, o antiterrorismo também justifica que se vá muito longe: por exemplo, em matéria de interceptação de comunicações, de retenção de dados, de 'data profiling,' de 'data mining', ou de identificação biométrica; ou em matéria de imigração, quanto a controlo de fronteiras, a colaboração entre serviços de polícia, SIS I e SIS II, quanto a passaportes biométricos, a retenção de dados de comunicação, a acesso e interceptação de comunicações; ou, ainda, no campo da genética, quanto ao acesso ao ADN humano. Tudo a representar um 'humor repressivo' e engendrar a violação de muitos direitos fundamentais ligados à identidade europeia ocidental: a interdição de privações de liberdade arbitrárias, a proibição de tortura, o direito a um processo equitativo, a liberdade de expressão, o direito à vida privada ou o direito a não ser extraditado para um Estado em que o extraditando corra risco de tortura ou de lhe ser aplicada pena de morte."

### 3. A Responsabilidade Civil do Estado

1. Um dos princípios básicos da ordem estatal é o da *responsabilidade*; princípio cognato com os da legalidade, da moralidade e probidade; da legitimidade, eficiência, eficácia; do controle.

1.1. Trata-se, aqui, da *responsabilidade jurídica, civil*, ou mais abrangentemente, *cível* (isto é, *não, a punitiva*, penal ou administrativa), traduzida na oneração com sanções de direito, de cunho *patrimonial* – o *ressarcimento*, a *indenização*, a *reparação* –, impostas, em razão dos danos que, por atuação comissiva, ou por omissão, forem imputados no que ora nos concerne, ao Estado ou a outras pessoas a ele, de alguma forma, vinculadas ou relacionadas.

2. A *responsabilidade civil do Estado*, assunto que sempre se revestiu de especial relevância, assumiu, na atualidade, acentuados alargamento e aprofundamento contitudísticos.

2.1. Interpenetram-se, com a *responsabilidade jurídica*, a *responsabilidade política, social, de gestão*; sendo matéria informada pela *Ética* e pela *Equidade*, e vinculada a rico acervo de *princípios*; e que constituem, hodiernamente, *bens juridicamente tutelados*.

3. Outrossim, contribui, para essa ampliação, a caracterização de uma gama de *direitos*, que se interligam com a atuação estatal – *difusos, coletivos, individuais homogêneos, sociais* –; e a que correspondem *obrigações públicas*, a serem adimplidas por prestações comissivas, por ações afirmativas.

4. De outro lado, graves máculas tismam a estrutura e o funcionamento governamentais, em razão da péssima prestação dos serviços públicos essenciais; da burocracia, da corrupção; perverso conjunto, que leva à justa cobrança, da sociedade, pela efetividade de seus direitos; campo de reivindicações, em que agem a sociedade civil organizada, os movimentos sociais, os manifestantes de rua, sem podermos omitir a moderna atuação das redes sociais, que suprem gravíssimos vícios dos meios de comunicação.

5. Adite-se, como fundamental, o advento do *regime constitucional de 88*, a fornecer novo quadro para a responsabilização estatal, com significativo alargamento do arsenal dos instrumentos judiciais e extrajudiciais; o fortalecimento do Ministério Público e da Defensoria Pública; a multiplicação dos órgãos e processos de controle.

6. Como vimos na 'Introdução', a *insegurança*, causada pelo *Estado*, surge, mesmo quando invoca ele a proteção à segurança.

7. Ressalvemos, desde logo, que a designação '*responsabilidade civil do Estado*' exige compreensão extensiva, porquanto estão abrangidos, em verdade, o *Setor Público Estatal* e o *Não-Estatal*.

### 4. O Viés Jurídico do Risco, do Perigo e da Segurança

1. O Direito sempre trabalhou com as noções de *risco, perigo e segurança*.

1.1. Assim, no campo da *álea*, como nos *contratos aleatórios*, nos *contratos administrativos*; no Direito Penal, com os conceitos de *assunção de risco*, no dolo eventual; da *periculosidade*; dos *crimes de perigo*; da *ameaça*; da *perda de chance*; no Direito Social, da *seguridade*.

2. A *Constituição Federal* serve de conspícuo exemplo na matéria, com sua preocupação em '*assegurar*' a '*segurança*' (preâmbulo): em '*garanti-la*' (art. 5º, *caput*); com a proteção em face da '*ameaça a direito*' (inciso XXXV); na afirmação da *segurança* como '*direito social*' (art. 6º); na instrumentação da '*Defesa Nacional*' (arts. 89 e 90) e da '*Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*' (Título V), com a disciplina do *Estado de Defesa* (art. 136), do '*Estado de Sítio*' (arts. 137 a 139), com a estruturação das *Forças Armadas* (arts. 142 e 143) e a regulação da '*Segurança Pública*' (art. 144); e, na *Ordem Social* (Título VIII), com a organização da *Seguridade*

*Social* (Capítulo II); em que se colocam a meta de redução do *risco de doença* (art. 196); a *cobertura previdenciária* (art. 201); a *proteção do meio ambiente* (art. 225), mediante a imposição, ao Poder Público e à coletividade, do 'dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações', no âmbito conceitual da 'sustentabilidade', criando-se um *direito* para as gerações vindouras.

3. Enquanto o *risco* é a simples *possibilidade lesiva ou prejudicial*, já o *perigo* é a *probabilidade de dano*.

3.1. São, em si mesmos, *resultados, eventos*, e, como tal, alterações juridicamente relevantes do mundo externo, conforme a lição, sempre brilhante, de NELSON HUNGRIA (*Coms. ao CP*, Forense Rio, 4ª ed., V: 370). Cita, o inolvidável jurista, '*a impecável definição de ROCCO*', segundo a qual:

'*perigo* é a modificação do mundo exterior (resultado) voluntariamente causada ou não impedida (ação ou omissão), contendo a potencialidade (idoneidade, capacidade) de produzir a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse (dano)';

não constituindo, '*apenas, representação da mente humana*', como aduz HELENO CLÁUDIO FRAGOSO.

3.2. Este outro grande e inesquecível penalista desenvolve (*Lições de Direito Penal*, Forense Rio, 3º: 622/623):

"Para o conhecimento do *perigo*, porém, é indispensável uma '*previsibilidade*', isto é uma avaliação subjetiva sobre a *possibilidade* de superveniência do dano, que se funda sobre um *cálculo de probabilidades*, tendo por base a experiência comum, o 'id quod plerumque accidit'. A opinião do agente é irrelevante. Trata-se de um juízo sobre a existência do *perigo* (Urteilsgefahr)."

3.3. Valhamo-nos dos conceitos técnicos:

"a) *Risco*: capacidade de uma grandeza com *potencial* para causar *lesões, danos, prejuízos*. Os *riscos* podem ser eliminados ou controlados.

b) *Perigo*: situação ou condição de *risco* com *probabilidade* de causar lesão, inclusive por ausência de medidas de controle."

3.3.1. Constata-se que o termo '*risco*' admite um sentido lato, e outro, *estrito*.

3.4. A atividade, a que é insito o *risco*, não deixa a pessoa, que é potencialmente atingível, '*a salvo do*' *prejuízo*: não se configura '*o estar seguro*', no sentido do '*safety*'.

3.4.1. Mas, tomadas as adequadas cautelas, os cuidados ordinários; empregada a diligência pertinente, estará, mesmo sendo *atividade de risco*, garantida a *segurança* – no sentido de '*security*' –; o que, não obstante, não afasta, em definitivo, o *sinistro*, mas sim, gize-se, o *perigo*.

4. A *responsabilidade civil* sempre foi, tradicionalmente, ligada à ideia de culpa '*lato sensu*', em que ao lado do *caráter intencional* do *dolo direto*, e da culpa '*stricto sensu*' (imprudência, imperícia e negligência), já estava presente o elemento *risco*, na figura do *dolo eventual*, caracterizado por sua *assunção*.

4.1. De qualquer modo, ainda que limitados, e objeto de regras expressas, juntamente com a *teoria subjetivista*, calcada na imputabilidade dos ônus ao agente, cujo *procedimento* estivesse maculado com culpa, comprovada ou já presumida, configurando o *ato ilícito* (*Código Civil*, art. 186), já existiam casos de *responsabilização* dita *objetiva*, ou seja, independente da *ilicitude da conduta*; passada a tônica, da *antijuridicidade*, para o *dano*, a *lesão*, ou seja, o *resultado antijurídico* (v.g. art. 938 do CC).

5. A *corrente objetivista* ganhou, no entanto, terreno, assentando a *obrigação de ressarcir* no materialismo do *fato danoso*; e uma vertente deslocou o fundamento, da *responsabilidade*, da culpa para o *risco*; fracionando-se em vários segmentos, como o do *risco criado*; o do *risco-proveito*; do *risco excepcional*; do *risco profissional*; do *risco integral*; e do *risco administrativo*.

6. Historicamente, cite-se o Decreto nº 2.681, de 07.12.12, sobre a *responsabilidade civil das estradas de ferro* (art. 26). Arrole-se a *responsabilidade por acidentes do trabalho*.

## 5. Evolução Histórica da Responsabilização Civil do Estado, no Direito Brasileiro

1. No *Direito Brasileiro*, nunca predominou a *teoria da irresponsabilidade estatal*.

2. Em '*A Culpa Civil das Administrações Públicas*' (Rio, 1898), RUI BARBOSA assim se expressou: '*Na jurisprudência brasileira nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos de seus empregados. Sempre se professou em nossos cursos, e nos nossos auditórios se proclamou sempre a noção de imputabilidade das pessoas morais pela culpa contratual ou aquiliana dos seus representantes... Pelo dano causado ao direito de particulares não hesitaram jamais as justiças brasileiras em responsabilizar municipalidades, províncias, estados, o governo do império, o da república, tendo por idéia inconcussa a de que no ministro, no presidente, no governador, no prefeito, em todos os que administram, ou servem a uma função administrativa, conta a administração pública verdadeiros prepostos, cuja identidade, pelo princípio da representação, desaparece na do preponente.*'

3. Por seu turno, acentuou AMARO CAVALCANTI (Responsabilidade Civil do Estado, 1904): “*Se não havia, nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado; nem por isso é menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e a julgar do teor das suas disposições consagradas e dos numerosos julgados dos tribunais de justiça, e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir, que a teoria, aceita no país, tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para freqüentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum.*”

4. Com efeito, pelo art. 99 da *Constituição de 1824*, a pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, não estando ‘*sujeito a responsabilidade alguma*’. Mas os Ministros de Estado (arts. 133 a 135) e os Conselheiros de Estado (art. 143) eram responsabilizáveis. O art. 135 enunciava: ‘*Não salva os Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador, vocal ou por escrito.*’

4.1. Os textos constitucionais frisaram a responsabilidade dos funcionários públicos, inclusive dos juizes (*Constituição do Império*, arts. 156 e 179, § 2º; *Constituição de 1891*, arts. 82 e 83); e das pessoas jurídicas de direito público e dos seus agentes (*Constituição de 1934*, art. 171 e §§ 1º e 2º; *Constituição de 1937*, art. 158; *Constituição de 1946*, art. 194; *Carta de 67*, art. 105; EC nº 1 de 69, art. 107; *Constituição de 1988*, art. 37, § 6º).

5. AMARO CAVALCANTI cita as decisões judiciais extensivas, à época, da responsabilidade em apreço, dentre as quais as que reconheciam a responsabilidade ‘*pelo prejuízo e danificação causados à propriedade particular na execução de obras e serviços públicos diversos (STF, 19 de maio de 1897, e 10 de setembro de 1898)*’.

5.1. Já no período de 1895 a 1903, o Supremo Tribunal Federal decidia que, no caso de nulidade de lei, ou de outra regra jurídica, a sentença que a decretasse haveria de condenar a entidade estatal a indenizar ‘*os prejuízos provadamente sofridos com a execução da lei suposta*’.

6. A responsabilidade civil dos organismos públicos se dava, no entanto, à época, nos mesmos moldes da responsabilização civil dos particulares, ou seja, fundava-se na *culpa subjetiva* dos agentes da administração.

6.1. Foi dentro dessa orientação que o *Código Civil Brasileiro de 1916* dispôs, em seu art. 15, que as *pessoas jurídicas de direito público* eram *civilmente responsáveis* por atos dos seus *representantes*, que, *nessa qualidade* – afastadas, portanto, as *faltas pessoais* –, causassem danos a terceiros, *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*; salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

6.2. Adotava-se, assim, a noção da *responsabilidade*, das *pessoas jurídicas públicas*, por atos de seus *órgãos* (o CC revogado falava em ‘*representantes*’); sendo, é claro, limitada a responsabilidade daquelas às hipóteses em que os agentes atuassem nessa qualidade.

6.2.1. Por outro lado, entendia-se que a base da *responsabilidade* das *pessoas públicas* pelos atos de seus servidores era a *culpa do agente*; sendo certo que houve quem sustentasse que não agia, como órgão, o funcionário que atuasse com *dolo*, posição que, evidentemente, não se justificava.

6.2.2. Cite-se, a propósito, o *Decreto nº 24.216, de 9.5.34*, segundo o qual a União Federal, o Estado e o Município não respondiam civilmente pelos atos criminosos de seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de seus serviços, *salvo se fossem mantidos após a sua verificação*.

6.3. Ademais, consagrava-se a orientação de que o lesado devia propor ação, não contra o funcionário, mas contra a pessoa jurídica de direito público, dispondo, essa, de *ação regressiva* contra o servidor.

6.4. É claro que a necessidade de comprovação, por parte do lesado, não só do *dano*, como também da *relação de causa e efeito* entre o mesmo e a *ação ou omissão dolosa ou culposa* de agentes individualizados, tornava particularmente difícil a obtenção de uma vitória no campo judicial, quando da prevalência da chamada *teoria da culpa subjetiva*.

7. Evoluiu-se, em sequência, para a consagração da chamada *teoria da culpa administrativa* e, não mais, da *culpa* de determinado funcionário. Passou-se a exigir, somente, a comprovação do *dano*, da *relação de causa e efeito*, e de que o serviço público *funcionou mal, funcionou tardiamente* ou *não funcionou*.

7.1. Em verdade, o que se tinha de identificar era a *culpabilidade*, ainda que do *serviço*. É que, na *Teoria Geral do Direito*, a partir do *Direito Penal*, entendeu-se que a *culpabilidade*, traduzida na censurabilidade da conduta, por seu *desvalor*, por sua *reprovabilidade*, como elemento do ilícito, independentemente da culpa.

7.2. O texto do dispositivo mencionado, do *Código Civil*, sobreviveu à essa evolução. A *responsabilidade civil do Estado* deu-se, então, por exemplo, em casos como de *movimentos da multidão*, causadores de danos a propriedades particulares. São dessa época os acórdãos do Supremo Tribunal sobre fatos como os bombardeios de Manaus de 1910, e da Bahia de 1912; da Revolta da Esquadra em 1910; dos movimentos populares, como os de Juiz de Fora de 1916 e 1918, no Rio Grande do Sul e em Juazeiro, de 1917; dos movimentos

revolucionários como os do Ceará, de 1913, de São Paulo, de 1924, e da Bahia de 1930. Já aqui estamos na área do que veio a chamar-se de *risco social*.

8.A *Constituição de 1934* (art. 171, e seus §§) inovou, em matéria de relacionamento, no campo da responsabilidade civil, entre a pessoa jurídica de direito público e o funcionário. Ao invés da *ação regressiva*, optou pela *responsabilidade solidária* entre ambos, em *litisconsórcio necessário*. Executada a sentença contra a Fazenda Pública, aquela promovia, nos mesmos autos, a execução contra o funcionário.

8.1. Mantinha-se, no entanto, a fundamentação com base na *culpa*, aludindo, o texto constitucional, a *negligência*, *omissão* ou *abuso* dos servidores; critério que veio a ser adotado, também, pela *Carta de 1937*, que manteve o *princípio da responsabilidade solidária* (art. 158).

9.A *Constituição de 46* (art. 194) dispôs de modo diverso e permitiu a grande evolução na matéria. Com efeito, deu-se mais um passo, e doutrina e jurisprudência, superado dissenso inicial, passaram a proclamar que fora adotada a *teoria do risco administrativo*, da *responsabilidade objetiva*.

9.1. Segundo ela, exige-se do lesado a comprovação, nuclearmente, do *dano* e da *relação de causa e efeito* entre aquele e a ação ou omissão estatal.

9.1.1. Isso foi possível, porque a *Constituição de 1946* (art. 194) passou a dizer, de modo amplo, e *'tout court'* que as pessoas jurídicas de direito público *respondiam pelos danos* que seus funcionários, nessa qualidade, causassem a terceiros; enquanto o parágrafo único respectivo, ao cuidar da responsabilidade do funcionário, exigia para sua caracterização o *dolo* ou a *culpa*.

9.2. A chamada *teoria de risco administrativo* é tida como eminentemente democrática, na medida em que se admite que, tendo o Estado, para promover o bem-estar e o desenvolvimento comunitários, de exercer atividades que põem em *risco* a segurança e a saúde dos membros da comunidade, é justo e lógico que, transformando-se, pela ação ou inação, o *risco* em realidade danosa a algum desses membros, os demais, que se beneficiam do serviço prestado pela Administração, sem os ônus da lesão, venham a compensá-la, ressarcindo os prejudicados, a fim de que se restabeleça a igualdade de vantagens e de encargos frente à atividade pública. Alude-se, também, à *responsabilidade por solidariedade social*.

10. Os arts. 105 da *Carta de 67*, e 107 na redação da *Emenda Constitucional nº 1/69*, repetiram o *texto de 46*, com a eliminação do adjetivo *'internas'* para as pessoas jurídicas de direito público. Em sede jurisprudencial, permaneceu, segundo se entende, a adesão à chamada *teoria do risco administrativo*.

11. Esse quadro manteve-se no regime da *Carta Política vigente* (art. 37, § 6º), que aglutinou as disposições, as quais, em suas antecessoras imediatas, distribuam-

se em dois dispositivos separados. Novidade foi a sujeição, ao mesmo regime das *peças jurídicas de direito público*, as de *direito privado*, *'prestadoras de serviços públicos'*.

## 6. Natureza da Responsabilidade das Pessoas Públicas e das Pessoas Privadas Prestadoras de Serviços Públicos

1. No segmento histórico deste estudo, vimos como a doutrina e a jurisprudência brasileiras partiram da chamada *teoria da culpa subjetiva*; a exigir, além da *relação de causalidade* entre o *dano* e a *ação* ou *omissão*, o elemento do *dolo* ou da *culpa 'stricto sensu'*.

1.1. Passou-se, a seguir, pela *culpa administrativa (falta, culpa do serviço)*, chegando-se ao que se tem entendido ser a *teoria do risco administrativo (fato do serviço)*, segundo a qual, ao prejudicado basta, essencialmente, provar: 1) o *dano*; 2) a *relação da causalidade entre a ação e a inação estatal*.

1.2. Destarte, não mais, nem a *culpa* de determinado funcionário, nem mesmo a *falta do serviço* em geral. Isso simplificou, ainda mais, a posição do jurisdicionado, perante a Administração Pública. Frente à *teoria de risco*, a noção de *culpa* é substituída pela de *causa*, de *causalidade*. O que interessa é a existência do *dano* e a *relação causal* entre a *atividade estatal* e o *dano*.

2. Pela *teoria do risco social*, há responsabilidade por atos de terceiros, como nas guerras, movimentos multitudinários, conforme já referido.

2.1. Exemplo significativo de *responsabilização social* do Estado é o que nos dá o art. 245 da *CF*, que prescreve: *'A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.'*

2.2. Indique-se o seguinte aresto: *'Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade da Lei 913, de 13-9-1995, que dando nova redação à Lei 842 de 29-12-1994, ambas do Distrito Federal, instituiu pensão mensal em favor de certas pessoas (nem sempre necessitadas de assistência), em razão de crimes hediondos (como assassinato), praticados por quaisquer agentes (não necessariamente públicos) e ocorridos a partir de 21 de abril de 1960. (...) Na ação direta de inconstitucionalidade cujo processo é objetivo, não 'inter partes', a 'causa petendi' pode ser desconsiderada e suprida, por outra, pelo STF, segundo sua pacífica jurisprudência. Hipótese em que o Tribunal, pelas razões expostas no voto do Relator, considera preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da ação ('fumus boni iuris') e do risco da demora ('periculum in mora') reforçadas pela alta conveniência da administração pública, e, por isso, defere, 'ex nunc', a medida cautelar de suspensão da Lei 913, de 13-9-1995, do DF.'* (ADI 1.358-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 7-12-1995, Plenário, DJ de 26-4-1996.).

2.3. Mencione-se, ainda, a *pensão paga aos anistiados*, nos termos da Lei nº 10.559, de 13.11.02, art. 1º, II, e Capítulo III.

3. Ressalvemos que, na verdadeira *ilicitude objetiva 'stricto sensu'*, são juridicamente irrelevantes, para a sua caracterização, *ato, culpa e causalidade*. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 3ª ed., II: 355) exemplifica: '*O proprietário exige a restituição da coisa, sem precisar alegar ato, nem, 'a fortiori', culpa do demandado, nem mesmo causação; o possuidor, a restituição da posse; o que foi ilegalmente preso, ou detido, a restituição da sua liberdade.*'

3.1. Diversamente, a *ilicitude subjetiva* só se caracteriza (só se leva em conta, juridicamente), se há *culpa* do que pratica o ato, ou se queda *omisso*, causando a *lesão*; ou seja, *culpa* daquele que contraria o direito.

3.2. Para cobrir a diferença que existe entre a *antijuridicidade*, a *contrariedade* a direito, e o *ilícito subjetivo, culposo*, criou-se a *ilicitude por causação* ou *causalidade*, sob o rótulo de *teoria do risco administrativo*, pelas razões antes apontadas; e para cuja identificação se exige o *ato* ou a *omissão*, o *dano* e a *relação de causa e efeito* entre aqueles e esse. Trata-se de espécie de responsabilidade, que também é *objetiva lato sensu*.

3.3. A noção de *responsabilidade por causalidade* é a que nos parece mais consentânea com o conjunto de elementos suficientes para a *responsabilização civil*, no cenário do que se tem por *risco administrativo*, como forma de *responsabilidade objetiva*.

3.3.1. O *risco* é um *fundamento*, que busca justificar a desconsideração da *ilicitude da conduta*, a exigir *culpa*, que é integrante dessa. Lembre-se que, hodiernamente, a *culpa* é *elemento, subjetivo, da atuação do agente*.

3.4. Atente-se a que o *risco* e o perigo podem ser criados por força de um procedimento doloso (no caso de *dolo de perigo*, ou de *tentativa*, pela não-consecução do dano); por uma *conduta culposa* (o *crime culposos* decorre do *risco*, por *imprudência, negligência* ou *imperícia*, o qual se transformou em *sinistro*; inclusive na hipótese dos *crimes de perigo culposos*); ou por mera *voluntariedade* (a vontade do agente dirigida, tão só, para a *ação* ou *inação*; como em *contravenções*).

3.5. A *criação do risco*, pode ser inerente à atuação do agente; ou não.

4. Cumpre sublinhar que, ao lado da *responsabilidade por causalidade*, embasada no dispositivo do § 6º do art. 37 da *CF*, tendo, como *destinatárias*, as *peças jurídicas públicas* e as *prestadoras de serviço público*; a Carta Magna Nacional vigente submete as *empresas estatais*, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, ao *regime jurídico próprio das empresas privadas*, no nicho dos direitos e obrigações civis, no campo *contratual* ou *extracontratual*: art. 173, § 1º, II.

5. A *responsabilidade cível* admite uma divisão entre *responsabilidade cível relativa* ou *eficácia* e *responsabilidade cível absoluta* ou *existencial*.

5.1. Aquela corresponde à ocorrência dos *ilícitos relativos*, no plano jurídico da *eficácia*, quando há inadimplência do obrigado, em uma *relação jurídica fechada* entre o inadimplente e o que sofre o *dano*; esse, titular de um *direito relativo*.

5.2. Já a segunda vincula-se aos *ilícitos absolutos*, que têm pertinência com o plano da *existência*, no campo das *relações jurídicas abertas*, em que a vítima é titular de um *direito absoluto*, '*erga omnes*', perante *todos* (e não, frente a um obrigado específico, um sujeito passivo individualizado, como na relação jurídico-contratual); caracterizando-se chamado *sujeito passivo total* (na fórmula '*n-1*'), isto é, *todas as pessoas*, excluído o sujeito ativo. É o que ocorre com direito à vida, à liberdade, à propriedade, à honra, à intimidade.

5.2.1. A *responsabilidade cível absoluta* é conhecida como *responsabilidade extranegocial* (termo muito restrito); ou, ainda, *aquiliana* (vocábulo derivado da *Lex Aquilia*, do Direito Romano).

6. Uma questão que se coloca é se a disposição constitucional do art. 37, § 6º, da *CF* tem por objeto, tão somente, a *responsabilidade absoluta*, ou também, a *responsabilidade relativa*.

6.1. Enquanto, a obrigação privada de indenizar, que tem base na legislação infraconstitucional, a responsabilização é uma *expectativa de direito* – e de *obrigação* –, prevista na norma legal; cuja incidência – e consequente subjetivação de situações jurídicas – depende da ocorrência do fato jurígeno, gerador da responsabilidade.

6.2. Contemplada no texto constitucional a *obrigação pública de indenizar*, cria-se, desde logo, para o '*terceiro*', em relação à administração pública, e aos demais responsáveis, um *direito público subjetivo*, e para esses uma *obrigação jurídica*, também de *natureza pública*.

6.2.1. A raiz constitucional, em razão da existência do binômio, *direito público subjetivo x dever jurídico público*, faz com que se esmaça a diferença entre *responsabilidade contratual e extracontratual*. Com efeito, já agora, em ambos os casos, há *relação jurídica específica*; o *direito* e a *obrigação já existem*.

6.3. Daí, poder concluir-se que o '*responderão*' contido no dispositivo em tela, abrange a *responsabilidade relativa (contratual, negocial)* e a *absoluta (delitual, extracontratual, extranegocial)*.

7. O regime constitucional vigente adota, ainda, a *teoria do órgão*.

7.1. A regra do art. 37, § 6º, da CF de 88 alude a ‘danos causados por agentes, nessa qualidade’.

7.2. Preliminarmente, saliente-se que a noção de *agentes*, em sede de administração pública, é abrangente, se se trata de ocupação e exercício, por pessoas físicas, de competências públicas.

7.3. As *personas jurídicas* são, do ponto de vista do direito, tão *reais* quanto as *físicas*, e, assim como essas, partem do mundo fático para o jurídico, e, destarte, para que queiram e ajam, são dotadas de *órgãos*, que são partes delas, como o são os *órgãos* das *personas físicas*.

7.4. O *ato do órgão* é ato da *persona jurídica*, e, em decorrência, por aquele responde esta. São atos seus, sejam lícitos ou ilícitos. ‘*Ato jurídico do órgão é ato da pessoa jurídica, e não de quem é órgão, sem se precisar de pensar em representação, no qual o ato do representante se faz ato do representado... O órgão da pessoa jurídica é parte dela, como o cérebro é parte da pessoa física... Órgão não representa, apresenta... A regra jurídica que diz responder a pessoa jurídica pelo ato do órgão é de direito cogente. Os estatutos podem estabelecer cautelas para os atos do órgão; não pré-excluir a responsabilidade*’ (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 3ª ed., I:331/332). Não incide, portanto, o disposto nos arts. 932, III, e 933, do *Código Civil*, que cuida da responsabilidade civil por ato ilícito absoluto de outrem.

7.5. Conforme gizado na parte histórica, as *Constituições Brasileiras* até a de 1937, inclusive, tratavam da responsabilidade dos *empregados* ou *funcionários* públicos.

7.5.1. O que fez a *Constituição de 1946* (art. 194) foi tornar claro que *órgãos*, para fim de responsabilidade das *personas públicas*, são todos os *agentes públicos*, por mais elevada ou por mais subalterna que seja sua posição na escala hierárquica.

7.5.2. Na aplicação do art. 37, § 6º, da *Constituição de 1988*, que adotou o mesmo entendimento, não cabe distinguir entre *agentes políticos* e *agentes administrativos*; vitalícios, estáveis, efetivos, interinos, em comissão ou nomeados *ad hoc*. O termo ‘*agentes*’, no texto, está empregado no sentido mais abrangente possível.

7.5.3. Assim, adotou-se a teoria que *alargou* o sentido de *órgão*; segundo um conceito que abrange os *órgãos governamentais em sentido estrito*: Poder Executivo (Chefe, Ministros, Secretários), Poder Legislativo, Poder Judiciário; e hoje, também *órgãos* das Instituições de Provedoria de Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, AGU, Procuradorias locais) e os *órgãos-servidores públicos e militares*.

8. Diante da adoção das *teorias do órgão* e da *causalidade*, surge a questão da *exclusão* ou *mitigação da ilicitude*, e da *exclusão* ou *mitigação da responsabilidade*, que são matérias diversas; questões que se ligam à *teoria do risco integral*.

8.1. Assim, no *estado de necessidade*, na *legítima defesa*, *pré-exclui-se a ilicitude*, mas não a *responsabilidade*. Lembre-se, ainda, da *pré-exclusão de ilicitude*, nos casos, inclusive, de *exercício regular do poder*, em que há atingimento da esfera jurídica alheia (art. 188, I, do *Código Civil*).

8.1.1. Na linha da *exclusão da responsabilidade*, por ter o agente público atuado em *legítima defesa* e no *estrito cumprimento do dever legal*, tem sido afastada a responsabilidade civil do Estado: ‘*Responsabilidade civil do Estado. Teorias do risco administrativo e do risco integral. Provado que o fato decorreu de culpa ou dolo do lesado, não cabe ao Estado indenizar. Acórdão que julga improcedente ação de indenização porque a morte da vítima decorreu de ato praticado por agente policial em legítima defesa e no estrito cumprimento de dever legal.*’ (STF; RTJ, 71: 99).

8.2. O *caso fortuito* e a *força maior* (art. 393, e parágrafo único, do *Código Civil*) são *excludentes de responsabilidade* (art. 17, I, do Decreto Legislativo nº 2.681, de 7.12.1912, sobre responsabilidade de estradas de ferro).

8.2.1. Estando-se no terreno da *responsabilidade por causalidade*, se o *caso fortuito* não passar pela atuação (comissiva ou omissiva) das *personas responsabilizáveis*, essa atuação, efetivamente, não terá sido causa da lesão. O problema surge, quando o *casus* e tal atuação forem *concausas*.

8.2.2. Entendem muitos que, nas hipóteses de responsabilidade em que não cabe cogitar-se de *culpa*, a responsabilidade não pode ser afastada pela prova do *caso fortuito*. Figuremos uma enchente insólita que produz o desmoronamento de uma estrada, com causação de dano à propriedade marginal. Deve prevalecer o *princípio* ‘*causa causae, causa causati est*’ (a causa da causa é a causa do resultado). Configura-se o ‘*casus*’.

8.2.3. Para que possa ser responsabilizada a *persona pública*, paraestatal, paradministrativa ou colaboradora, cumpre provar que houve *fato do serviço*, ou seja, a *ação* ou *omissão* do Poder Público.

9. Ponto relevante é o da influência da *culpa exclusiva ou parcial da vítima*, respectivamente como *excludente* ou como *mitigadora da responsabilidade* das *personas públicas* e das *personas privadas prestadoras de serviços públicos*.

9.1. Invoque-se o seguinte julgado: *'A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la. Precedentes.'* (AI 636.814-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22-5-2007, Segunda Turma, DJ de 15-6-2007.)

9.2. No Direito Privado, prevalece o princípio da compensação de culpas. No Direito Penal, a compensação de culpa é tida como incabível: *'Suponha-se um crime automobilístico em que, a par da culposa conduta do agente, concorra a culpa da vítima. A culpa do ofendido não exclui a culpa do agente; não se compensam. Só não responde o sujeito pelo resultado, se a culpa é exclusiva da vítima'*. No sentido do texto: TACrimSP, JTACrimSP, 73:269 e 316; TARS, Acrim 284.055.282, JTARS, 53:145; TJPB, Acrim 1.014/86, RF, TJPB, 84-356; TAMG, Acrim 13.928, RTJE, 39:261.' (DAMÁSIO DE JESUS, Código Penal Anotado, São Paulo, Saraiva, p. 53).

9.3. Os penalistas acentuam a diferença entre a compensação de culpas e a concorrência (coocorrência) de culpas: *'Suponha-se que dois veículos se choquem num cruzamento, produzindo-se ferimentos nos motoristas e provando-se que agiram culposamente. Trata-se de concorrência de culpas. Os dois respondem por crime de lesão corporal culposa. O motorista A é sujeito ativo do crime em relação a B, que é vítima; em relação à conduta de B, ele é sujeito ativo do crime, sendo A o ofendido. No sentido do texto: TACrimSP, JTACrimSP, 44:388; TARS, ACrim284.026.572, JTARS, 53.93'*.

9.4. Em tema de responsabilidade civil do Estado, o que tem sido debatido, na doutrina e na jurisprudência, é a primeira hipótese, sob o título, porém, de concorrência de culpa da vítima. A questão é complexa, porque, neste tema, lidamos com dois elementos de natureza diversa: a causalidade, pelo Estado, e a culpa, da vítima. Essa, por seu turno, não está praticando ilícito, porque se trataria da denominada *autolesão*.

10. É certo que a teoria que a jurisprudência tem consagrado é a do *risco administrativo*, e não do *risco integral* (a culpa exclusiva da vítima, por exemplo, a excluiria), no tocante à prática de ilícito danoso por agentes das pessoas públicas.

10.1. Cite-se a jurisprudência: *'Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (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 específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da*

*responsabilidade estatal. Precedentes. O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o 'eventus damni', sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido.'* (RE 481.110-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-2-2007, Segunda Turma, DJ de 9-3-2007). No mesmo sentido: AI 299.125, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-10-2009, DJE de 20-10-2009; RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-5-1996, Primeira Turma, DJ de 2-8-1996.

10.2. E ainda: *'(...) não há que se pretender que, por haver o acórdão recorrido se referido à teoria do risco integral, tenha ofendido o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, que, pela doutrina dominante, acolheu a teoria do risco administrativo, que afasta a responsabilidade objetiva do Estado, quando não há nexo de causalidade entre a ação ou a omissão deste e o dano, em virtude da culpa exclusiva da vítima ou da ocorrência de caso fortuito ou de força maior.'* (RE 238.453, voto do Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 12-11-2002, Primeira Turma, DJ de 19-12-2002.) No mesmo sentido: RE 385.943, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-10-2009, DJE de 16-10-2009; RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-5-1996, Primeira Turma, DJ de 2-8-1996).

10.3. E mais: *"No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade do Poder Público é objetiva, adotando-se a teoria do risco administrativo, fundada na ideia de solidariedade social, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação dos serviços públicos, exigindo-se a presença dos seguintes requisitos: dano, conduta administrativa e nexo causal. Admite-se abrandamento ou mesmo exclusão da responsabilidade objetiva, se coexistirem atenuantes ou excludentes, que atuem sobre o nexo de causalidade. A condição de agente público, quando contribui de modo determinante para a conduta lesiva, é causa para responsabilização estatal, dispensável sejam os danos decorrentes unicamente do exercício da atividade funcional. Basta que haja uma relação entre a função pública do agente e o fato gerador do dano, o que leva à imputação direta dos atos dos agentes ao Poder Público que lhe deu o status ou os instrumentos que lhe permitiram agir e, a partir daí, causar os prejuízos cobrados. O fato de terceiro, como razão para o estancamento do nexo de causalidade, exige que não se trate nem da vítima, nem do causador do dano. Não é terceiro o agente público que tem a posse de veículo, por autorização do órgão com o qual mantém vínculo funcional, independentemente da natureza do uso que venha a fazer do automóvel. A administração, ao autorizar a posse de veículo oficial por agente seu, sabendo que o uso seria para fins particulares, responde pelos danos que decorram*

de acidente. A condição de agente público, neste caso, é razão decisiva para a realização do dano, mesmo que, ao agir como agiu, o agente não esteja no exercício de suas atribuições.”

10.4. Acrescente-se: “É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite abrandamento e, até mesmo, exclusão da própria responsabilidade civil do Estado nas hipóteses excepcionais (de todo inócenas na espécie em exame) configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50 – RTJ 163/1107-1109, v.g.). Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevaiente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (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, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417)”.

10.5. Reitere-se que tem sido considerada a hipótese de mitigação da responsabilidade civil estatal, por força de culpa concorrente da vítima:

a) “Responsabilidade Civil do Estado - Culpa da Vítima - Atenuação da Reparação - A responsabilidade objetiva, insculpida no art. 107 da Constituição Federal, não importa o reconhecimento do risco integral, mas temperado; assim provado que a vítima contribuiu para o dano, justifica-se que o valor da reparação seja mitigado” (STF; RE 68.107);

b) “A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus

e encargos sociais.” (RE 113.587, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 18-2-1992, Segunda Turma, DJ de 3-3-1992.);

c) “(...) não há que se pretender que, por haver o acórdão recorrido se referido à teoria do risco integral, tenha ofendido o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição que, pela doutrina dominante, acolheu a teoria do risco administrativo, que afasta a responsabilidade objetiva do Estado quando não há nexos de causalidade entre a ação ou a omissão deste e o dano, em virtude da culpa exclusiva da vítima ou da ocorrência de caso fortuito ou de força maior.” (RE 238.453, voto do Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 12-11-2002, Primeira Turma, DJ de 19-12-2002.) No mesmo sentido: RE 385.943, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-10-2009, DJE de 16-10-2009; RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-5-1996, Primeira Turma, DJ de 2-8-1996;

10.5.1. Assinale-se, também o acórdão que se segue: “Acórdão que confirmou sentença de improcedência da ação, determinando que somente se admite o direito a indenização se ficar provada a culpa subjetiva do agente, e não a objetiva. (...) Aresto que situou a controvérsia no âmbito da responsabilidade subjetiva, não sendo configurado erro médico ou imperícia do profissional que praticou o ato cirúrgico. Precedentes da Corte ao assentarem que ‘A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.’ RE 178.086-RJ. Inexiste, na espécie, qualquer elemento a indicar tenha a vítima concorrido para o evento danoso.” (RE 217.389, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 2-4-2002, Segunda Turma, DJ de 24-5-2002.) No mesmo sentido: RE 178.806, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8-11-1994, Segunda Turma, DJ de 30-6-1995.”

11. A teoria do risco, a informar o regime jurídico da responsabilização pela causalidade, parece-nos que conduziria a que a culpa da vítima não provocaria a exclusão da responsabilidade, tal como ocorre no Direito Penal, em que a tônica está

na responsabilidade pelo aspecto punitivo, e não no *resultado*. Essa exclusão somente poderia dar-se, na área ora comentada, quando a *causa exclusiva do evento* fosse imputável àquele que sofreu prejuízo. A questão coloca-se, repise-se, em sede de *relação de causalidade*, de *causa*, *causa exclusiva*, de *concausa*.

11.1. Valhamo-nos, uma vez mais, das noções do *Direito Penal*, embora seja um ramo jurídico a que repugna a chamada '*responsabilidade objetiva*' ou '*sem culpa*' (cf. art. 19 do *CP*).

11.2. O art. 13, e §§, do *CP* tratam, exatamente, da *relação de causalidade*. Tal como na *responsabilidade civil do Estado*, na *responsabilidade criminal* a existência do fato gerador da mesma depende de um *resultado*, de uma modificação do mundo exterior; resultado esse – que é um *dano* ou *perigo* – que, pela mecânica da responsabilização, é imputável, atribuível a alguém, que é o responsável: no *Direito Penal*, ao *agente*; na *responsabilidade civil do Estado*, à *pessoa jurídica*, em razão da *teoria do órgão*. Em ambos os casos, portanto, a responsabilidade é de quem deu *causa* ao *resultado*. Repisemos que estamos na área da *responsabilidade pela causalidade*: '*Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*': art. 13 do *CP*, 2ª parte.

11.3. Acentuam os penalistas que o *CP* adotou, na caracterização do *nexo de causalidade*, a teoria da '*conditio sine qua non*' ou da *equivalência dos antecedentes causais*: '*causa são todos os elementos provocadores do resultado, e todos eles têm o mesmo valor; não há diferença entre causa e condição, causa e concurso, entre causa e ocasião*' (RT, 241:281); entre *causa eficiente* e *causa ocasional*. Reproduzamos a lição do *Direito Penal*: '*Para se saber se uma ação é causa do resultado basta, mentalmente, excluí-la da série causal. Se com a sua exclusão o resultado teria deixado de ocorrer, é causa. É o denominado procedimento hipotético de eliminação*' (DAMÁSIO, *op. cit.*, p. 30).

11.4. Outra noção básica é a da *quebra da cadeia causal*, pela ocorrência de *causa independente* (art. 13, *caput*, § 1º, do *CP*). Se há *causa absolutamente independente*, preexistente, concomitante ou superveniente, que, por si só, produz o *resultado*, na realidade qualquer outra ação ou omissão é uma *não-causa*.

11.5. Mais complexa é a *causa relativamente independente* com referência à *conduta* que está sendo considerada, e com a qual mantém uma *relação de causalidade*. Se anterior ao início da cadeia causal, não exclui a responsabilidade do autor da conduta: é o exemplo da *causação de ferimentos em um hemofílico*, que vem a falecer, não afastando a hemofilia a responsabilidade do causador dos ferimentos (é o princípio, já citado, da *causa causae, causa causati est*).

11.5.1. Se *superveniente* ao início do desdobramento da cadeia causal, só exclui a responsabilidade, se houver ruptura dessa mesma cadeia causal, pela heterogeneidade com a atuação do agente:

11.5.2. Diversas são as hipóteses em que há *homogeneidade*: a nova causa é um desdobramento, uma agravação da *causação* preexistente, como complicações durante uma cirurgia.

## 7. A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão

1. Reitere-se que estamos no campo da *responsabilidade por causalidade*, em que o elemento subjetivo do *dolo* ou da *culpa* não interfere.

2. Existe, no entanto, o entendimento de que, para que sejam responsabilizados os destinatários da regra do art. 37, § 6º da *CF*, estatais, paraestatais, paradministrativos, e colaboradores da Administração Pública, quando se trata de *dano* vinculado a *omissão*, há de voltar-se à noção de *culpa objetiva*, de *culpa anônima do serviço*, para detectar-se a ocorrência do *não-funcionamento do mesmo*.

2.1. Conforme já mencionado, essa *culpa anônima, objetiva*, corresponde, na visão mais moderna, à *culpabilidade*, na sua feição *estritamente normativa*.

2.2. Citem-se, a propósito, os seguintes julgados:

a) "*Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. A falta do serviço – 'faute du service' dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a terceiro.*" (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 27-2-2004.) No mesmo sentido: RE 602.223-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-2-2010, Segunda Turma, DJE de 12-3-2010; RE 409.203, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 7-3-2006, Segunda Turma, DJ de 20-4-2007; RE 395.942-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009)

b) "*Preso assassinado na cela por outro detento. Caso em que resultaram configurados não apenas a culpa dos agentes públicos na custódia do preso – posto que, além de o terem recolhido à cela com excesso de lotação, não evitaram a introdução de*

arma no recinto – mas também o nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano. Descabida a alegação de ofensa ao art. 37, § 6º, da CF.” (RE 170.014, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 31-10-1997, Primeira Turma, DJ de 13-2-1998.) Vide: RE 272.839, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-2-2005, Segunda Turma, DJ de 8-4-2005.

c) “Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo, de outro, versando a controvérsia sobre ato comissivo – liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços – incide a responsabilidade objetiva.” (RE 140.270, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-4-1996, Segunda Turma, DJ de 18-10-1996.)

d) “Responsabilidade civil do Estado: morte de passageiro em acidente de aviação civil: caracterização. Lavra dissensão doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão (cf. RE 257.761), e da dificuldade muitas vezes acarretada à sua caracterização, quando oriunda de deficiências do funcionamento de serviços de polícia administrativa, a exemplo dos confiados ao Departamento de Aviação Civil (DAC) –, relativamente ao estado de manutenção das aeronaves das empresas concessionárias do transporte aéreo. Há no episódio uma circunstância incontroversa, que dispensa a indagação acerca da falta de fiscalização preventiva, minimamente exigível, do equipamento: é estar a aeronave, quando do acidente, sob o comando de um ‘checador’ da Aeronáutica, à deficiência de cujo treinamento adequado se deveu, segundo a instância ordinária, o retardamento das medidas adequadas à emergência surgida na decolagem, que poderiam ter evitado o resultado fatal.” (RE 258.726, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-5-2002, Primeira Turma, DJ de 14-6-2002.)

e) “A jurisprudência dos tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o ‘eventus damni’ ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas

funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). Filho recém-nascido acometido da ‘Síndrome de West’, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido.” (RE 495.740-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-4-2008, Segunda Turma, DJE de 14-8-2009.) Vide: AI 455.846, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-10-2004, DJ de 21-10-2004.

f) “Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos.” (RE 272.839, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-2-2005, Segunda Turma, DJ de 8-4-2005.) No mesmo sentido: AI 756.517-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-9-2009, Primeira Turma, DJE de 23-10-2009; AI 718.202-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-4-2009, Primeira Turma, DJE de 22-5-2009; AI 512.698-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006. Vide: RE 170.014, Min. Ilmar Galvão, julgamento em 31-10-1997, Primeira Turma, DJ de 13-2-1998.

g) “Professora. Tiro de arma de fogo desferido por aluno. Ofensa à integridade física em local de trabalho. Responsabilidade objetiva. Abrangência de atos omissivos.” (ARE 663.647-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 14-2-2012, Primeira Turma, DJE de 6-3-2012.)

3. Parece-nos, em verdade, inconstitucional essa duplicidade de posicionamentos, com a manutenção, no comportamento omissivo, da exigência da falta, culpa (faute), do serviço, e não, meramente, do fato do serviço, abandonando-se a suficiência da relação de causalidade entre aquele comportamento e o dano ocorrido. A duplicidade em questão não se justifica, porém, e, quer em caso de ação, quer de omissão, a

responsabilidade é de natureza *causal*; embora, é certo que, na última hipótese, seja mais difícil a identificação do necessário *nexo de causalidade*.

4.A *omissão* tem sido tratada, constitucionalmente, como causa responsabilizadora no setor público, estatal e não-estatal, como se deu na *Constituição Imperial* (art. 179), na *de 91* (art. 82) e nas *de 34* (art. 171) e *37* (art. 158), as quais, expressamente, se referem a *situações omissivas*.

4.1. Cumpre negritar que a *Constituição de 88* é a Carta Política do combate à inação estatal, estabelecendo deveres e obrigações para os Poderes Públicos, especialmente no campo social; do que decorrem as ações civis públicas, objetivadoras da efetivação das prestações concretas por parte dos atores do setor público, na satisfação dos direitos sociais, dotados, hoje, de exigibilidade (*pretensão*) e efetividade (*ação*).

5.PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado, cit.*) sustentou a irrelevância da distinção entre *ação* e *omissão*, em matéria de *antijuridicidade do resultado*, ou seja, do *resultado lesivo, danoso*. Acentua que, seja o *fazer*, seja o *deixar de fazer*, em termos jurídicos, têm base no dispositivo constitucional, segundo o qual *'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'* (CF, art. 5º, II). E aduz: *'o fazer e o deixar de fazer passam-se no mundo fático; para que alguém tenha o dever de fazer e não-fazer é preciso que a lei determine ou permita-se que se crie o dever'*; na *ilicitude*, sempre há *'o descumprimento de um dever legal, negocial ou induzido dos fatos da vida e de outros processos de revelação do direito; de modo que há razão de afirmar-se ser sem grande interesse a distinção dos atos ilícitos em ações ou omissões'*.

5.1. Assim, o *fazer* e o *deixar de fazer* têm a mesma origem jurídica: a *norma jurídica*, e, acrescente-se, os *atos e fatos jurídicos*, que, à luz do ordenamento jurídico, são criadores ou geradores de situações jurídicas envolventes de direitos, poderes, deveres e obrigações. Esses *atos e fatos* põem, portanto, a *ação* e a *omissão* no mesmo nível jurídico, como fontes, tanto da imposição do *fazer* como do *não fazer*, que têm a mesma natureza, equiparando-se, no que toca à *responsabilidade* pela conduta desconforme com a norma jurídica.

5.2. O equívoco costuma estar em buscar-se, na configuração da *relação de causalidade*, a *causalidade naturalística*. Quando alguém afirma que a *omissão* não pode ser *causa*, já que é o *nada*, o *não-fazer*, o *deixar de fazer*, a *inação*, é porque busca uma *causa material, factual*.

6.Lembremos que, quando há *ação danosa*, duas são as hipóteses: ou se trata de *lesão a direito relativo*, como o obrigacional, em *relação jurídica fechada*, com o descumprimento de *obrigação de dar, fazer, ou não fazer*, caracterizando o *ilícito relativo*; ou se cuida de *dano a direito absoluto, direito perante todos, 'erga omnes'*, em *relação jurídica aberta*, em cujo polo passivo figura o *sujeito passivo total*, como

no caso dos direitos da personalidade, dos reais, dos direitos difusos, a englobar a vida, a incolumidade física, a honra, a propriedade; *sujeito passivo* que abrange *todas as outras pessoas*, que não o titular do direito (*n-1*), e que têm o *dever geral de abstenção*, ou seja, de *não perturbar*, de *não impedir* a fruição, pelo *'dominus iuris'*, de seu direito; de *não interferir*, de *não ingerir* no gozo dos poderes e faculdades, componentes do conteúdo do *direito absoluto*.

6.1. No caso da *omissão*, a questão radica-se no fato de que não existe um *dever geral de evitar o dano*. Há o *dever geral* de não causar, *comissivamente*, a *lesão*, mas não de *evitá-lo*, para o que é preciso que alguém esteja em uma *situação específica* em relação a outrem.

6.2. Neste passo, surge a figura do *garante*, do *garantidor*, que o Estado assume, v.g. em relação à segurança, à incolumidade pessoal e patrimonial. Daí, sua responsabilidade (art. 144 da CF, na conceituação de *'segurança pública'*) pela *garantia* desses bens jurídicos, no que concerne ao aluno da escola pública, ao preso, ao internado em hospital público.

6.3. A dificuldade está na fixação da *extensão* do *'dever de garantir'*, questão que se coloca, por exemplo, na pretensão de responsabilização do Poder Público estadual, em caso de assalto em logradouro público, eis que a *segurança pública* é *'dever do Estado'* e *'direito de todos'*, sendo, repitamos, *'exercida para a preservação da incolumidade das pessoas e do patrimônio'*, por meio dos órgãos policiais elencados no art. 144 da CF.

6.4. Ademais, não deve o Estado criar uma situação específica de *risco*.

6.5. Invoquemos o entendimento do STF:

a) *"Responsabilidade civil do Estado por omissão culposa no prevenir danos causados por terceiros à propriedade privada: inexistência de violação do art. 37, § 6º, da Constituição. Para afirmar, no caso, a responsabilidade do Estado não se fundou o acórdão recorrido na infração de um suposto dever genérico e universal de proteção da propriedade privada contra qualquer lesão decorrente da ação de terceiros: aí, sim, é que se teria afirmação de responsabilidade objetiva do Estado, que a doutrina corrente efetivamente entende não compreendida na hipótese normativa do art. 37, § 6º, da CR (...). A existência da omissão ou deficiência culposa do serviço policial do Estado nas circunstâncias do caso – agravadas pela criação do risco, também imputável à administração –, e também que a sua culpa foi condição 'sine qua' da ação de terceiros – causa imediata dos danos –, a opção por uma das correntes da disceptação doutrinária acerca da regência da hipótese será irrelevante para a decisão da causa."* (RE 237.561, Rel. Min. Sepúlveda

Pertence, julgamento em 18-11-2001, Primeira Turma, DJ de 5-4-2002.)

b) “O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.” (RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-5-1996, Primeira Turma, DJ de 2-8-1996.)

7. Nessa matéria, embora estejamos tratando de *responsabilidade ‘civil’* e *‘objetiva’*, o *Direito Penal* muito nos auxilia; ramo jurídico que trata, em profundidade, da *‘relação de causalidade’*: *Código Penal*, art. 13, que dispõe: *‘O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido’*.

7.1. Existem os *crimes omissivos próprios*, aqueles cuja tipicidade já descreve uma *omissão* (v.g., *‘deixar de prestar assistência’*: art. 135 do *CP*); e há os *omissivos impróprios*, que podem ser praticados por *ação* ou *omissão*, como o homicídio (p.ex., a enfermeira deixa de administrar o remédio ao doente sob sua responsabilidade).

7.2. Socorre-nos, neste tópico, o art. 13, § 2º, do *CP*, que trata da *relevância jurídica da omissão*:

“§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

7.3. No presente estudo, está-se no campo da *teoria do risco*, que envolve: (a) a *não-criação de risco*, ou seja, a manutenção dos outros *‘a salvo’* (lembramos o inglês, *safety*); (b) *neutralização dos riscos* (*possibilidade de dano*), para que esse não se transforme em *perigo* (*probabilidade de dano*), e, nem, muito menos, em *sinistro* (*consumação do dano*): é o papel do *garantidor*, isto é, o de *garantir a segurança* (a *security*).

7.4. Existe, na *cadeia causal*, um elemento *positivo*: a *assunção*, pelo Estado, da posição de *garantidor*; um *negativo*, a *omissão*, a inação estatal; e, por fim, a *ocorrência do dano*.

8. Se as *cláusulas de exclusão e mitigação de responsabilidade* são importantes na hipótese de *ação*, são de igual ou maior relevância na *omissão*.

8.1. Renovemos o ponto central da questão; ao invés de comparar *causa*, por parte do Estado, e, *culpa*, pela vítima, o certo é, já que nos achamos em sede de *relação de causalidade*, a apuração deverá ser quanto à *ruptura, ou não*, da *cadeia causal*, isto é, se o procedimento da vítima não a rompeu ou se, pelo menos, não constituiu uma *concausa*. Apela-se, uma vez mais, para o *Direito Penal*, recorrendo-se aos conceitos de *causa absolutamente* e *relativamente independente* (art. 13, e § 1º, do *CP*). O mesmo se passa com o *caso fortuito* e a *força maior*.

9. Fala-se em *omissão genérica* e *omissão específica*, mas o que tem de ser *específico*, para que se fixe o alcance da *garantia* a ser prestada pelo Estado, é a sua posição como *garantidor*, e como *não-causador de risco*.

9.1. Em suma, o importante são a *inação* e o *fato lesivo*, em *situação* ou *espaço* em que existe o *dever de agir* pelo Estado, por força de antecedente dentre os que figuram no elenco do art. 13, § 2º, do *CP*. Se ocorreu o *fato lesivo*, sem que se haja efetivado o *agir*, a responsabilidade do *assegurador* é *‘ipso facto’* e *‘ipso iure’*. Tem-se, nesta hipótese, ao contrário do que se afirma no sentido da necessidade de evidenciação da *culpa*, caso de *responsabilidade a mais objetiva* possível.

## 8. Da Responsabilidade Apenas por Reprovabilidade da Atuação

1. Já salientamos que o vocábulo *‘risco’* admite um sentido largo, que hospeda o *risco em sentido estrito* e o *perigo*.

1.1. Enquanto a primeira espécie do gênero traduz a *‘possibilidade de dano’*, a segunda retrata a *‘probabilidade de dano’*.

1.2. Outrossim, o *risco stricto sensu* admite a sua *eliminação* ou *controle*. Já o *perigo*, situado mais próximo do *sinistro*, decorre, inclusive, da ausência de medidas de controle.

1.3. Enquanto o inglês 'safety' – voltamos ao tema – espelha o 'pôr a salvo do prejuízo', se tomadas as medidas de garantia de *segurança*; já 'security' indica que, não obstante não afastado o *risco*, afastado estará o *perigo*.

1.4. O *risco*, em seu conceito estrito, é o que se denomina de 'perigo remoto' ou 'a probabilidade de perigo'; ou seja, do 'perigo próximo', significando a presente ou efetiva probabilidade do dano.

2. Também ao *Direito Criminal* hão de ir aos demais ramos jurídicos, no capítulo da *responsabilidade civil pelo risco*, tal como disciplinada pelo art. 927, parágrafo único, do *Código Civil: responsabilidade independentemente de culpa por atividade que implique, necessariamente, risco*.

2.1. Incide a regra na responsabilidade das *peças jurídicas de direito privado governamentais*, não abrangidas pela disposição do art. 37, § 6º, da *CF*, mas submetidas à de seu art. 173, § 1º, II, que as posiciona sob a regência do *direito comum obrigacional*.

3. Neste ponto, cabe, como sustentaremos, o apelo ao conceito de *culpabilidade*, distinto do de *culpa, mesmo em sentido largo*; e que alberga o *juízo de censura* em face da *reprovabilidade*, do *desvalor da conduta*, e o da *cognata exigibilidade de comportamento diverso*.

4. Estatuem o art. 927, e respectivo parágrafo único, do *Código Civil de 2002*:

*"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."*

4.1. Lembremos que o art. 186 do *CC*, citado pelo art. 927, 'caput', dispõe sobre a *responsabilidade subjetiva*.

4.2. Já o art. 187 cuida do *abuso no exercício de direito*, tendo-o por *ato ilícito*; em confronto com o disposto no art. 186, II, 'in fine', que isenta de ilicitude o prejuízo causado a outrem, em razão do 'exercício regular de um direito reconhecido'.

5. Desenvolvamos, agora, considerações sobre a hipótese de *responsabilidade sem culpa, independentemente de culpa*, na moldura do disposto do antes reproduzido parágrafo único do art. 927 do *CC*; em função da exercitação de atividade de *risco*.

5.1. Como se cuida de 'atividade normalmente [ou seja, ordinariamente] desenvolvida pelo autor', trata-se de *atividade lícita*. Não obstante, o *Código*

*Civil* caracteriza a hipótese como de *ato ilícito*, como expresso na cabeça do artigo; a que se submete o respectivo parágrafo único.

5.1.1. Ora, a *ilicitude do ato* é a *ilicitude do procedimento causador do dano*.

5.2. Criou-se um patamar intermediário entre a *responsabilidade subjetiva* e aquela *por causalidade*; assim como essa foi um mezanino entre a *responsabilidade absolutamente objetiva* e a *subjetiva*.

5.3. Desse modo, a *ilicitude* contamina a *atuação*, e não só o *evento*, como ocorre na *responsabilidade pelo risco administrativo*.

5.3.1. E, para que, numa atividade *lícita*, se vislumbre uma *conduta antijurídica*, é necessário que haja alguma imputação de *ilicitude* à forma como se desenvolveu a atuação.

5.3.2. O que faz o parágrafo único do art. 927 do *CC* é desprezar a culpa *lato sensu*, como elemento do suporte fático do *ilícito*; mas algum elemento caracterizador de *antijuridicidade* do procedimento é necessário, para que se macule a *licitude da atuação ordinária*.

6. Neste passo, impõe-se distinguir entre *dano* e *prejuízo*.

6.1. O *dano* ou *lesão* é a diminuição ou perda do valor do bem atingido, ou deste próprio. Exige, para a sua caracterização, a *ilicitude do evento*.

6.2. O termo *prejuízo* pode ser tomado no sentido de diminuição ou perda de valor de bem, ou deste próprio; presente, ou não, a qualificação de *ilicitude*.

7. Se estamos no campo do '*risco normal dos negócios*', isto é, ligado ao exercício regular, legítimo, hígido, da atividade, por exemplo, econômico-financeira, caso esse *risco* se faça *prejuízo*, tratar-se-á de resultado normal; e não *dano, lesão*, que é o *agravo ilícito, antijurídico*.

8. Neste ponto, é necessário que se proceda à análise do elemento *reprovabilidade, censurabilidade do procedimento*, que é a '*pedra de toque*' da disposição do parágrafo único do art. 927 do *Código Civil*.

9. No *Direito Criminal*, assumiu decisiva relevância o conceito de *culpabilidade*, diferenciado daquele de *culpa, mesmo em sentido largo*; esta última hospedando as figuras do *dolo (intenção ou assunção consciente do risco* de produzir o evento danoso, lesivo, ilícito); e o da *culpa em senso estrito*.

9.1. O *dolo* e a *culpa* passaram a constituir *elemento subjetivo da conduta*; enquanto a *culpabilidade*, que a ela se acrescentou, como designação dada à *reprovabilidade*, se evidencia pela *valoração da conduta em si*. Aludese, sob esse último aspecto, à '*culpabilidade do ato*', em contraposição à '*culpabilidade do autor*'.

9.2. No Direito Comum, a identificação da *reprovabilidade comportamental* tem relevância, não só para os casos de *responsabilidade subjetiva*, como também para os casos de *responsabilidade civil*, que não exigem a *culpa*, e que não são, tampouco, de *responsabilidade por causalidade*; nem, muito menos, de *responsabilidade efetivamente objetiva* (pelo fato em si mesmo); satisfazendo-se com a censurabilidade da conduta; como o faz o parágrafo único do art. 927 do *Código Civil*.

9.3. A ação ou inação, *não-culposa*, mas *reprovável*, é revestida de *desvalor*, tornando *ilícito* o comportamento e, conseqüentemente, o *evento*; esse, com a natureza de *lesão*, de *prejuízo antijurídico*; sempre presente o *nexo causal* entre a *conduta* e o *resultado*.

10. Há de entender-se que, repudiando a doutrina do *Direito Penal* a *responsabilidade objetiva*, não logrou ele, fugir, não só do termo '*culpabilidade*', como da conceituação dessa, englobando fatores subjetivos – '*imputabilidade*' e '*potencial consciência da ilicitude*' –, a que aliou o elemento objetivo da reprovabilidade do procedimento em si.

10.1. É a chamada '*teoria normativa da culpabilidade*'. Citemos o provento MAGALHÃES NORONHA (*Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 2ª Ed., 1º Vol., p. 125), que, em 1963, já prelecionava:

“Consoante a teoria normativa, a culpabilidade é sobretudo um juízo de reprovação contra o autor de um ato, porque a todos compete agir de acordo com a norma, segundo o dever jurídico, que tutela os interesses sociais. O procedimento contrário, então, dá substância à culpabilidade.”

10.2. O dispositivo em comento, da *Codificação Civil* vigente, afastou os elementos subjetivos, sejam o dolo e a culpa, sejam os que compõem o conceito de *culpabilidade*, e que são de natureza psíquica ou psicológica.

11. Cabe referir o *Código de Defesa do Consumidor*, cujo art. 22, se dirige aos *órgãos públicos*, *a suas empresas*, *cessionárias*, *permissionários* ou *sob qualquer outra forma de empreendimento*, estabelecendo-lhes a obrigação de serviços *adequados*, *eficientes*, *seguros* e, quanto aos essenciais, *contínuos*. O descumprimento acarreta, segundo o dispositivo, a responsabilidade pela reparação dos danos causados, na forma prevista no *Código*.

11.1. Este qualifica essa responsabilidade como sendo um *independentemente da existência de culpa* (art. 14).

11.2. É certo, porém, que para as *pessoas jurídicas de direito público* e os demais *prestadores de serviço público*, a responsabilidade calcada no disposto no art. 37, § 6º do *CF*, é mais rigoroso, porque adota, nos termos do sustentado neste trabalho, a *teoria da causalidade*.

11.3. Quanto às empresas estatais, fornecedoras de produtos e serviços, a aplicação do *CDC* é fundamental, nos termos do art. 173, § 1º, II, da *CF*.

12. A *Constituição Federal* dispõe, de forma específica, sobre a *responsabilidade civil por danos nucleares*; estatuinto, incisivamente, que a mesma '*independe da existência de culpa*': art. 21, XXIII, *d*, com a alteração da EC 49/06.

12.1. Aliás, o art. 4º da Lei nº 6.453, de 17.10.77, já preceituava que a *responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear*, causado por '*acidente nuclear*', *independe da existência de culpa*, sendo exclusiva do operador, que é '*a pessoa devidamente autorizada para operar instalação nuclear*'. Estabeleceu, no entanto, limite para o ressarcimento: art. 9º. O art. 7º assegura, por outro lado, em favor do operador, direito de regresso contra a pessoa física que, *dolosamente*, tiver dado causa ao '*acidente*'.

12.2. O art. 6º da mesma Lei contemplou a *exoneração da responsabilidade* pelo dano causado, uma vez provado haver o resultado decorrido *exclusivamente de culpa da vítima*.

12.3. Também é isento de *responsabilidade o operador*, se o '*acidente*' tiver sido causado diretamente por *excepcional fato da natureza, conflito armado, hostilidade, guerra civil* ou *insurreição*: art. 8º.

12.4. O art. 13 impõe ao operador a contratação de seguro ou o oferecimento de garantia financeira que cubra a sua *responsabilidade* pelas indenizações por danos nucleares.

12.5. O art. 14 estabelece que a União garantirá, dentro do limite fixado pelo art. 9º, o pagamento das indenizações por danos nucleares de responsabilidade do operador, fornecendo os recursos complementares necessários, quando insuficientes os provenientes do seguro ou de outra garantia. É uma *garantia*, uma *responsabilidade social, supletiva*. A lei em tela não se aplica a vários tipos de danos (art. 16 a 18).

13. Igualmente, na hipótese, poder-se-ia cogitar de recorrer ao instituto da *culpabilidade*, já que esta difere da *culpa*.

13.1. Prevalece, porém, o entendimento segundo o qual se trata de hipótese de *responsabilidade por causalidade*; havendo até quem conclua que se trate de caso de *risco integral*, em face do vulto do *risco*; pelo que seriam inconstitucionais as exceções contempladas na legislação infraconstitucional.

14. Quanto a *danos ambientais*, o art. 225, § 3º, da *Carta Magna Nacional* estabelece a obrigação de sua reparação; matéria que é objeto da Lei nº 6.938, de 31.08.81; a qual, em seu art. 14, § 1º, estatui:

“Art. 14 ...

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste

artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.”

14.1. Nessa área, as mesmas questões se têm colocado; sendo que a jurisprudência tende à adoção da *teoria do risco administrativo*, e, até mesmo, do *risco integral*.

14.2. Exponhamos a jurisprudência:

a) “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARNAGUÁ –1) PROCESOS DIVERSOS.

Inviabilidade da alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva – A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causas, com excludentes de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 25, §3º, da CF e do art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/1), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador.

(...)

Assim sendo, descabida a alegação da ocorrência de caso fortuito, com excludente de responsabilidade. Lembrou julgado, aliás, com argumentação certa e insuperável, que, no caso, (fls. 145): ‘O responsável pelo vazamento de naft, que acarretou a interdição da pesca, não foi o deslocamento da boia de sinalização da entrada do canal, mas sim a colisão de navio de propriedade da empresa apelante com alcunhada Pedra da Palangana’.

Incide o princípio do poluidor-pagador, já destacado em julgado nesta Corte (REsp 769.753/SC, 2ªT., j8.9209, Rel. Min. HERMAN BENJAMI), de que se extrai: “(.)1. Pacífica jurisprudência do STJ deque, nos termos do art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981, o degradador, em decorrência. Documento: 12036 -Inteiro Teor do Acórdão - DJe: 16/02/012”. (STJ, REsp 1.114.398, Min. Sidnei Beneti, j. 08.02.12, DJ 16.02.12).

b) CIVL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILDAE CIVL. ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ‘MAR DE LAMA’

QUE INVADIU AS RESIDÊNCIAS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA N. 7/ STJ. DANO MORAL ‘IN RE IPSA’. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO ART. 397 DO CP. INOCORÊNCIA.

3. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, nos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo aí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 25, §3º, da CF) e legal (art.14, §1º, da Lei n.6938/1981), sendo, por conseguinte, descabida alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão de responsável.

(...)

5.1 Como sabido, nos danos ambientais incide a teoria do risco integral, advindo aí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art.

25, § 3º, da CF) e legal (art.14, §1º, da Lei n.6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável. Deveras, o STJ, em recente julgado e seguindo a tese firmada no Recurso Repetitivo n.14.398/PR, Rel. Min. Sidney Beneti, assentou que “a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, tendo por pressuposto a existência de atividade que implique riscos para saúde e para o meio ambiente, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar, de modo que, aquele que explora atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela, por isso descabe a invocação, pelo responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil e, portanto, irrelevante a discussão acerca da ausência de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro ou pela ocorrência de força maior. (EDcl no REsp 134630/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/2013, DJe 14/02013)”. (STJ, REsp 1.374.342. Min Luis Felipe Salomão, J. 10.09.13, DJ 25.09.13).