

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
TIAGO MARQUES DE SOUZA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO DANO CAUSADO POR
APENADO FORAGIDO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

FORMIGA - MG
2018

TIAGO MARQUES DE SOUZA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO DANO CAUSADO
POR APENADO FORAGIDO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Direito do
UNIFOR-MG, como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador: Dênio Dutra Barbosa.

.

FORMIGA – MG

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca UNIFOR-MG

S729 Souza, Tiago Marques de.
A responsabilidade civil do estado pelo dano causado por apenado
foragido do sistema penitenciário / Tiago Marques de Souza. – 2018.
57 f.

Orientador: Dênio Dutra Barbosa.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)

- Centro

Universitário de Formiga - UNIFOR, Formiga, 2018.

1. Responsabilidade Civil do Estado. 2. Dano. 3.
Fugitivos. I. Título.

Catalogação elaborada na fonte pela bibliotecária
Regina Célia Reis Ribeiro – CRB 6-1362

Tiago Marques de Souza

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO DANO CAUSADO POR
APENADO FORAGIDO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Direito do
UNIFOR-MG, como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em
Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Dênio Dutra Barbosa
Orientador

Examinador
UNIFOR-MG

Examinador
UNNIFOR-MG

Formiga/MG, _____ de _____ de 2018.

RESUMO

A responsabilidade civil extracontratual é, via de regra, regulada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, contudo, ao se tratar da responsabilidade civil extracontratual do Estado, é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que traz a tipificação que regulamenta o assunto. Na Carta Magna, há expressa disposição de que o Estado responde pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros. Ocorre que, quando o dano tem como precedente um ato omissivo da administração que de certa forma propicia a eclosão dessa lesão, como acontece com o crime cometido por apenado foragido do sistema penitenciário, há evidente divergência doutrinária e jurisprudencial sobre qual teoria será aplicada, se a teoria objetiva ou teoria subjetiva da responsabilidade civil. A teoria objetiva é, sem dúvida, a mais favorável ao cidadão lesionado, pois encurta a sua árdua tarefa de litigar em juízo contra o Estado, pois, lhe desincumbe da prova da culpa, sendo necessário apenas comprovar o nexo de causalidade que ligue a omissão da administração pública ao evento lesivo, neste caso, ocasionado por terceira pessoa, o foragido do sistema penitenciário. A doutrina traz as argumentações, de um lado, enfatizando que se o dano não tiver sido causado pela administração, o Estado responde subjetivamente, com a necessária prova da culpa, ainda que com a inversão do ônus probatório, conforme a teoria da culpa administrativa. Já para outra parte da doutrina, seja por ato omissivo ou comissivo, o dever de indenizar incumbido ao Estado decorre de responsabilidade objetiva, consagrada pela teoria do risco administrativo, como consequência da execução de atividades potencialmente lesivas à sociedade, que, como no caso da aplicação do *jus puniendi*, no final das contas, beneficia a própria coletividade. Neste contexto, por meio da pesquisa bibliográfica, com a exposição dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, serão analisados os elementos e pressupostos que regem o assunto e, sobretudo, serão expostas as decisões dos tribunais superiores, que refletem haver ainda evidente divergência e ausência de um posicionamento pacífico que traga segurança jurídica ao tema em estudo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Dano. Fugitivos.

ABSTRACT

Non-contractual civil liability is, as a rule, regulated by the Brazilian Civil Code of 2002, however, in the case of non-contractual civil liability of the State, it is the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 that brings the typification that regulates the subject. In the Magna Carta, there is express provision that the State is liable for the damages that its agents, in this capacity, cause to third parties. When the damage is preceded by an omissive act of the administration which, in a certain way, leads to the outbreak of such an injury, as is the case with the crime committed by the prison system, there is a clear doctrinal and jurisprudential divergence as to which theory will be applied, if the objective theory or subjective theory of civil liability. The objective theory is, undoubtedly, the most favorable to the injured citizen, since it shortens his arduous task of litigating against the State, since it deprives him of the proof of guilt, and it is only necessary to prove the causal link that links the omission of the public administration to the event, in this case, caused by third person, the fugitive from the penitentiary system. The doctrine brings the arguments, on the one hand, emphasizing that if the damage has not been caused by the administration, the State responds subjectively, with the necessary proof of guilt, even with the reversal of the duty to prove, according to the theory of administrative fault . For another part of the doctrine, whether by omission or commissive, the duty to indemnify the State is derived from objective responsibility, enshrined in the theory of administrative risk, as a consequence of the execution of activities potentially damaging to society, which, as in the case of application of *jus puniendi*, in the end, benefits the collectivity itself. In this context, through the bibliographical research, with the exposition of the doctrinal and jurisprudential positions, the elements and presuppositions that govern the subject will be analyzed and, above all, the decisions of the superior courts will be exposed, which reflect that there is still evident divergence and absence of a positioning capacity that brings legal certainty to the subject under study.

Keywords: State Liability. Damage. Fugitives.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	NOÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO....	09
2.1	O conceito de responsabilidade civil do Estado.....	09
2.2	A fonte jurídica da responsabilidade civil do Estado.....	09
2.3	Dos elementos da responsabilidade civil do Estado.....	11
2.3.1	Fato administrativo.....	11
2.3.2	Dano.....	12
2.3.3	Nexo causal.....	13
2.3.4	A culpa.....	15
3	ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
3.1	Responsabilidade civil subjetiva.....	17
3.2	Responsabilidade civil objetiva.....	18
4	HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	21
4.1	Irresponsabilidade do Estado.....	21
4.2	Teoria da responsabilidade com culpa.....	23
4.3	Teoria da culpa administrativa.....	23
4.4	Teoria da responsabilidade objetiva.....	25
4.4.1	Teoria do risco administrativo.....	26
4.4.2	Teoria do risco integral.....	29
4.4.3	As excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva.....	30
5	A RESPONSABILIDADE ESTATAL PELO DANO CAUSADO PELO FORAGIDO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	32
5.1	As correntes de posicionamento pela responsabilidade subjetiva	32
5.2	As correntes de posicionamento pela responsabilidade objetiva..	36
5.3	Dos tipos de omissão: genérica e específica.....	39
5.4	Da caracterização do nexo de causalidade direto e imediato.....	41
5.5	Das decisões que vem abrangendo a responsabilidade do Estado	45
6	CONCLUSÃO.....	52
	REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o crime, situado sociologicamente dentro do conceito do fato social, é algo vivenciado de forma sistemática pela sociedade e sua extinção do meio social é, pelo menos na prática, impossível de ocorrer.

O que há, na verdade, é o controle da incidência criminal através das medidas preventivas, que visam evitar que o crime ocorra e, ocorrendo este, o tratamento penal por parte do Estado para a devida responsabilização daquele que violou o regramento penal pátrio. Essa é a atuação básica do Estado na área da segurança pública, conforme lhe incumbe de forma genérica a própria Constituição Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 144, ao prever a responsabilidade do Estado pela promoção da segurança pública.

Ocorrido o delito, se a este for cominada a pena ao montante correspondente à medida segregatória de liberdade o apenado será recluso ao estabelecimento penal para submissão às medidas de ressocialização estipuladas pela lei processual penal e de execução da pena. Neste período, o recluso estará integralmente sob a custódia do Estado e, a regra, é que lá permaneça até que a lei autorize temporária ou definitivamente a sua saída.

Contudo, não raras as vezes, aquele que lá deveria estar acaba desvencilhando-se dos “atentos olhos” do Estado e foge, seja devido a falhas no sistema carcerário, seja pela clandestinidade ou mesmo pela quebra de confiança por parte do detento quando de sua saída provisória, em que deveria, ao final, retornar ao estabelecimento.

Uma vez de volta à sociedade, o foragido, sobretudo aquele com histórico de crimes contra o patrimônio e crimes violentos, volta a delinquir. O recluso, o qual deveria estar sob a custódia e tratamento do Estado, vem a cometer ato ilícito e causa dano ao particular.

A reincidência criminosa é algo notório e comprovadamente existente na sociedade brasileira e não raras são as situações em que se trata o contumaz de apenado foragido do sistema penitenciário que, furtando-se à integralidade das medidas coercitivas e de ressocialização impostas, causa dano a outrem.

Uma vez surgido o dano, abre-se a possibilidade de o lesado buscar a reparação a essa lesão sofrida e, geralmente, o Estado é acionado

judicialmente no pólo passivo da demanda, considerando-se que, embora não tenha sido o causador do dano, assumiu a guarda de pessoa perigosa e, certamente por omissão sua, o causador do dano se evadiu e posteriormente veio a cometer ato ilícito.

A busca da responsabilidade estatal nesses casos há muito tem se dado de forma tormentosa para o cidadão prejudicado, isto porque, ao longo da história jurídica do direito público, várias foram as teorias adotadas.

Houve a fase em que o Estado era soberano e onipotente, conhecida como fase da irresponsabilidade estatal. Consubstanciada na pessoa do rei, a figura do Estado não responderia por atos lesivos, sustentada pela máxima “*the king can do no wrong*”, ou, em português, “o rei não comete erros”. A doutrina é pacífica em afirmar que o Estado brasileiro não vivenciou essa fase.

À fase da irresponsabilidade se sucedeu a fase da Teoria da Responsabilidade com Culpa, ou Teoria Civilista da Culpa, onde os atos estatais eram divididos em atos de império e atos de gestão. Àqueles, não caberia a responsabilização do estado, posto que impostos coercitivamente à sociedade e detentores de imunidade jurídica, já esses últimos, eram passíveis de responsabilização estatal.

Seguiu-se então a fase da Teoria da Culpa Administrativa, onde o Estado seria responsabilizado sempre que se comprovasse que o serviço não funcionou, funcionou mal, ou tardiamente, é a chamada culpa anônima ou culpa do serviço.

Por fim, seguiu-se a fase da Teoria Objetiva do Risco Administrativo, onde o dever de indenizar se fazia perfeito com a comprovação tão somente do nexo da causalidade que ligasse o dano à conduta do Estado, independentemente da demonstração de culpa da administração.

Neste contexto, no Estado brasileiro, no que concerne a responsabilidade civil extracontratual do Estado, já é sedimentado, desde a Constituição de 1946 e de forma mais robusta e pormenorizada, no artigo 37, § 6º da atual Constituição, que o Estado e as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, agindo nessa condição, contudo, a dicção do referido dispositivo constitucional tem sido interpretada de forma diversa quando o dano é causado por omissão da administração pública.

Parte da doutrina e jurisprudência entende que a responsabilidade é subjetiva, onde há a necessidade de o particular provar a culpa da administração pública, ocorrendo na maioria das vezes a inversão do ônus da prova, em que essa culpa é presumida, cabendo à administração provar que foi diligente e não omissa, isto porque o § 6º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil não fala expressamente em ato omissivo. Já para outra corrente doutrinária e jurisprudencial, a responsabilização do Estado nesses casos prescinde de culpa, cabendo ao particular provar tão somente o dano e o nexo de causalidade que liga o ato omissivo do Estado a esse dano.

Em meio aos inúmeros casos concretos, a doutrina tem criado subteorias e se utilizado de institutos aplicados comumente ao direito civil, buscando conferir subsídio teórico mais seguro as decisões judiciais, como é a teoria da classificação das omissões estatais em genérica ou específica e a adoção da teoria da causalidade direta e imediata. Aquela, ressalta-se, de pouca relevância, pois quase nunca é invocada nas decisões judiciais. As últimas, por sua vez, tem sido o paradigma para se aferir a responsabilidade do Estado nos casos de dano decorrente de omissão, constituindo-se em firme suporte teórico para o julgador.

Frisa-se, contudo, que as decisões judiciais sobre o tema são ainda controvertidas, pois há ainda julgados que consideram a teoria subjetiva, com a consequente necessidade de prova da culpa do Estado, ainda que anônima e, por outro lado, as decisões mais recentes, adotam a teoria do Risco Administrativo, onde a ilicitude da conduta estatal é irrelevante, prescindindo, assim, da demonstração de culpa. Imperioso salientar que essa falta de uniformização ocorre até mesmo dentro dos próprios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, se verá que, embora grande parte das decisões judiciais ao longo da história tenham se delineado pela responsabilidade subjetiva, com a adoção da Teoria da Culpa Administrativa, importante corrente jurisprudencial se firmou recentemente, capitaneada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, de que a responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo dano causado pelo foragido do sistema penitenciário é objetiva.

2 NOÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 O conceito de Responsabilidade civil do estado

Ao falar-se em responsabilidade civil do Estado, urge desde logo a possibilidade de tratar-se das três esferas de atuação estatal, quais sejam a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Com muito mais freqüência, é perseguida a responsabilidade decorrente de comportamento administrativo, como conseqüências seja de atos ilícitos, atos jurídicos, de comportamentos materiais ou de omissão da administração pública.

Maria Sylvia Zanella di Pietro assim dispõe acerca da responsabilidade civil do estado

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos. (DI PIETRO, 2017, p. 873)

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira (OLIVEIRA, 2017, p. 867), a responsabilidade civil do Estado significa “o dever de reparação dos danos causados pela conduta estatal, comissiva ou omissiva”.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo entende por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado

a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELO, 2009, p. 983).

Conforme se depreende dos conceitos trazidos pelos administrativistas acima, a responsabilidade extracontratual do Estado se dá tanto nos casos de ação propriamente dita quanto nos casos de omissão e, mais ainda, pode ocorrer também em decorrência de atos ilícitos ou lícitos.

2.2 A fonte jurídica da responsabilidade civil do estado

A definição de responsabilidade civil pode ser facilmente auferida na dicção do artigo 186 do Código Civil, in verbis: “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”. Definição esta que complementada pela redação do artigo 927 do mesmo diploma legal, torna certa a obrigação de indenizar: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A responsabilidade civil divide-se em duas espécies, objetiva e subjetiva, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova de culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz que a responsabilidade é legal ou objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexa de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo o dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexa de causalidade, independentemente de culpa”. (GONÇALVES, 2012, p. 59)

Não obstante o conceito insculpido na norma legal civil, a responsabilidade extracontratual do Estado, que é o que importará para o presente trabalho, está situada no artigo 37, § 6º da Constituição da República de 1988, a saber:

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. (grifo nosso) (BRASIL. CF/1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 Mar. 18)

Verifica-se que de tal preceito constitucional decorre a denominada responsabilidade objetiva do Estado, por se referir, exclusivamente aos “danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Celso Antônio Bandeira de Melo assim define a Responsabilidade objetiva:

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. (MELLO, 2010, p. 1006).

Portanto, a regra constitucional ainda não é suficiente para trazer à tona o ponto central da controvérsia em torno do tema, uma vez que o que se analisa é a possibilidade da responsabilidade do Estado em virtude do dano

causado por foragido do sistema prisional, ou seja, em situação em que o ente federado tinha o dever legal de agir para evitar o dano: manter recluso o terceiro submetido à custódia estatal em virtude de decisão judicial.

Neste sentido, ante a ausência de codificação específica que delimite a responsabilidade do Estado nos casos de omissão, discursa o doutrinador Felipe Peixoto Braga Netto

A polêmica doutrinária e jurisprudencial a propósito da responsabilidade civil por omissão estatal ocorre em parte porque “o direito positivo não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão (PINTO, 2008, p. 155). Continua a autora: “Conclui-se, assim, que a jurisprudência assume maior destaque em matéria de responsabilidade por omissão. Afinal, a responsabilidade por ação é disciplinada de forma peremptória no Texto Constitucional, com a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado por atos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causarem a terceiros. (PINTO, 2008, apud BRAGA NETTO, 2012, p. 157)¹

Isto exposto, então, passa-se a expor alguns conceitos cruciais para a compreensão das questões ligadas à responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão.

2.3 Dos elementos da responsabilidade civil do estado

2.3.1 Fato administrativo

Para José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 377) o fato administrativo é “considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público.”

Sustenta o jurista que (2017) mesmo que atuando o agente estatal fora de suas funções, mas no objetivo de exercê-las, o fato será considerado como administrativo, no mínimo pela má opção do agente (*culpa in eligendo*) ou então pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*).

Maria Sílvia Zanela di Pietro assevera que

Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o

¹ PINTO, Helena Elias. Responsabilidade Civil do Estado por omissão. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa. (PIETRO, 2017, p. 270).

O doutrinador Hely Lopes Meirelles explica que

Fato administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público etc. O fato administrativo, como materialização da vontade administrativa, é dos domínios da técnica e só reflexamente interessa ao Direito, em razão das consequências jurídicas que dele possam advir para a Administração e para os administrados. (MEIRELLES, 2016, p. 174)

Após as devidas considerações conceituais, conclui-se que é o fato administrativo qualquer situação que se ligue à atividade administrativa e que traga consequências na esfera jurídica de terceiros.

2.3.2 Dano

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 82), conceituam o dano como sendo “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”

Gustavo Scatolino e João Trindade asseveram que, no contexto da responsabilidade civil

A doutrina ensina que o dano deve ser jurídico, não apenas o econômico. “É necessário, ademais, que a conduta imputável ao Estado viole direito juridicamente tutelado. O dano passível de indenização pressupõe a violação de um direito do particular. Só deve haver reparação quando houver ônus a um direito da vítima. Lucas Rocha Furtado cita o exemplo de construção de uma represa que inundará propriedades privadas. Nesse caso, o dano deve ser indenizado, pois haverá violação ao direito de propriedade. Por outro lado, caso o poder público construa auto-estrada e, por conseguinte, ocorra redução do tráfego em antiga rodovia, gerando prejuízos aos comerciantes da rodovia antiga, não haverá indenização, uma vez que não foi malferido nenhum direito dos administrados. (SCATOLINO, TRINDADE, 2016, p. 862).

Para Maria Helena Diniz (DINIZ, 2010, p. 64), dano pode ser definido como “lesão diminuição ou destruição que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Como o dano em questão, aquele que vem a ser causado pelo presidiário foragido do sistema prisional, na maioria das vezes, é decorrente de uma conduta criminosa, a lesão jurídica experimentada, com maior incidência será no âmbito extra patrimonial, considerando-se, sobretudo, os crimes contra a pessoa e contra a vida, como lesões corporais e homicídios e ainda que tipicamente patrimoniais, como o roubo, haverá possibilidade da cumulação de indenização por danos patrimoniais e morais, já que este último também não deixa de trazer grande risco à integridade física e a vida.

DINIZ explica quanto ao dano patrimonial que

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio a vítima, consistente na perda ou deteriorações, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios. (DINIZ, 2010, p. 68)

Conceitua ainda a doutrinadora o dano moral como sendo (DINIZ, 2010, p. 90) “a lesão de interesse não patrimonial de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 STJ), provocado pelo fato lesivo”.

Percebe-se, portanto, que o dano, seja patrimonial ou moral, refere-se a uma injusta lesão causada a um bem juridicamente tutelado e protegido pela norma e dessa violação surge o direito ao lesado de buscar a devida reparação que lhe cabe, na via judicial.

2.3.3 Nexo causal

O Nexo causal, sinteticamente, pode ser entendido como a relação de causa e efeito entre a conduta, omissiva ou comissiva e o dano sofrido e é essencial o seu reconhecimento, seja qual for a modalidade de responsabilidade extracontratual considerada.

Paulo Nader, ao dissertar acerca da noção e do significado do nexos de causalidade em detrimento dos demais elementos da responsabilidade civil, assevera que

Não são suficientes, à caracterização do ato ilícito, a conduta antijurídica, a culpa ou o risco e o dano. Fundamental, igualmente, é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano causado a outrem. É preciso que os prejuízos sofridos por alguém decorram da ação ou omissão do agente contrária ao seu dever jurídico. Se houve a conduta, seguida de danos, mas estes não decorreram daquela, não haverá ato ilícito. O ato ou omissão somente constituirá esta modalidade de fato jurídico, na dicção do art. 186 do Códex, se “causar dano a outrem”. Nesta expressão em destaque está contido o elemento *nexo de causalidade* ou *nexo etiológico*. (NADER, 2016, p. 155).

Carlos Roberto Gonçalves (2014) preconiza que o nexo de causalidade é um dos pressupostos da responsabilidade civil, que faz o elo entre a conduta omissiva ou comissiva e o dano e, ausente essa relação de causalidade, não se admite a obrigação de indenizar. Ressalta que o art. 186 do Código Civil exige expressamente a relação de causalidade, uma vez que atribui a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem.

Assevera o doutrinador que

o dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor, ou, como diz Savatier, “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente assumido” (GONÇALVES, 2014, p. 477)

Flávio Tartuce define que

o nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado -, e o dano suportado por alguém. (TARTUCE, 2017, p. 345)

Afirma o doutrinador que (2017) a responsabilidade civil, ainda que objetiva, não poderá se sustentar sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Caso haja dano sem que a causa desse dano se relacione ao comportamento do ofensor, não haverá relação de causalidade e, conseqüentemente, não haverá obrigação de indenizar.

José dos Santos Carvalho Filho reforça a imprescindibilidade de se reconhecer e demonstrar a relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano, assim afirmando que

O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil ao Estado. O exame supérfluo e apressado de fatos causadores de danos a indivíduos tem levado alguns intérpretes à equivocada conclusão de responsabilidade civil do Estado. Para que se tenha uma análise absolutamente consentânea com o mandamento constitucional, é necessário que se verifique se realmente houve um fato administrativo (ou seja, um fato imputável à Administração), o dano da vítima e a certeza de que o dano proveio efetivamente daquele fato. Essa é a razão porque os estudiosos têm consignado, com inteira dose de acerto, que “a responsabilidade objetiva fixada pelo texto constitucional exige, como requisito para que o Estado responda pelo dano que lhe for imputado, a fixação do nexo causal entre o dano produzido e a atividade funcional desempenhada pelo agente estatal. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 378).

Nesta esteira, percebe-se que é unânime na doutrina a imprescindibilidade do reconhecimento do nexo de causalidade para se imputar a responsabilidade ao Estado por qualquer fato administrativo que supostamente tenha causado prejuízo a terceiros.

2.3.4 A culpa

Como já se viu, ao tratar-se da responsabilidade civil do estado, a culpa somente será relevante para os casos em que a responsabilidade extracontratual se der segundo a teoria da subjetividade, ou seja, quando tiver alguma relevância para se imputar o dever de indenizar o fato de a conduta ter se originado por dolo, ou pela culpa em sentido estrito, seja por negligência, imprudência ou imperícia, as quais são constatadas, frisa-se, quando da prática de um ato ilícito por parte do causador do dano.

Maria Helena Diniz (2010) preceitua que como regra geral, decorre da culpa o dever de indenizar, previsto no ordenamento jurídico e que o comportamento será reprovado se, no caso concreto, ficar constatado que o agente poderia ter agido de modo diferente, que, plausivelmente, se evitaria a lesão ou prejuízo.

E continua nos ensinamentos sobre a responsabilidade com culpa que

Não havendo culpa não haverá, em regra, qualquer responsabilidade. O Código Civil, em seu art. 186, ao se referir ao ato ilícito, prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos. Estabelece esse

diploma legal o ilícito como fonte da obrigação de indenizar danos causados à vítima. Logo, a lei impõe a quem o praticar o dever de reparar o prejuízo resultante. (DINIZ, 2010, p. 41)

Paulo Nader conceitua que (2016, pag. 138) “culpa é o elemento subjetivo da conduta, compreensivo tanto da culpa *stricto sensu* quanto da ação ou omissão dolosa”.

A respeito da culpa em sentido estrito, preceitua o professor que

A culpa *stricto sensu*, também denominada de quase delitual, se manifesta por negligência, imprudência ou imperícia. Por negligência, quando a atitude é de menoscabo, de incúria, de omissão. O agente deve, por exemplo, pôr óleo na máquina antes de colocá-la em funcionamento e se esquece da providência, provocando prejuízo a outrem. Na imprudência, não observa a cautela necessária criando riscos, como na hipótese em que, por excesso de velocidade, provoca o capotamento do carro e danos corporais em seu acompanhante. Caracteriza-se a imperícia quando o dano decorre da inobservância de normas técnicas, como no caso em que o motorista provoca abalroamento por golpe errado de direção. Enquanto na conduta dolosa o agente atua conscientemente e deseja o resultado nocivo a outrem, na conduta culposa apenas age determinadamente, sem prever ou desejar, todavia, a prática do dano (NADER, 2016, pag. 139).

Ainda sobre a noção de culpa, assevera Carlos Roberto Gonçalves que

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil. Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo. (GONÇALVES, 2014, p. 446).

Frisa-se, contudo, que a culpa, ou melhor, a sua demonstração técnica, no caso concreto, não é elemento essencial da responsabilidade civil extracontratual do Estado, imprescindível a imputar-lhe a responsabilidade pelo ato danoso, uma vez que a regra constitucional prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estado responde perante o particular pelos danos que lhe causar, independentemente de culpa, restando esta, à eventual ação regressiva movida pelo poder público contra o agente público causador do dano.

3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Responsabilidade civil subjetiva

A teoria subjetivista da responsabilidade civil é aquela em que se considera imprescindível a demonstração da ocorrência de todos os elementos clássicos da responsabilidade civil pelo terceiro prejudicado, tal qual a responsabilidade civil no direito privado: o ato (neste caso o ato administrativo), o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2012, p. 1019) conceitua a Responsabilidade subjetiva como sendo a “obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto”.

A doutrinadora Fernanda Marinela discursa acerca da responsabilidade subjetiva no âmbito das condutas estatais:

A responsabilidade subjetiva fundamenta-se no elemento subjetivo, na intenção do agente. Para sua caracterização, depende-se da comprovação de quatro elementos: a conduta estatal; o dano, condição indispensável para que a indenização não gere enriquecimento ilícito; o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e o elemento subjetivo, a culpa ou dolo do agente. Esses elementos são indispensáveis e devem ser considerados de forma cumulativa, gerando a ausência de qualquer um deles a exclusão da responsabilidade. Nesse ponto, é interessante alertar para um equívoco observado muitas vezes nesse tema: a ausência da culpa ou dolo exclui a responsabilidade subjetiva, mas não é só essa ausência que afetará a responsabilidade; ela ficará afastada se faltarem qualquer um dos elementos mencionados. (MARINELA, 2015, p. 955).

Ao discursar sobre a responsabilidade civil, o professor Fábio Ulhoa Coelho (2012) condiciona a subjetividade/objetividade da responsabilidade civil à aferição de dolo e/ou culpa na conduta humana, vinculando a questão à ilicitude ou licitude da conduta. Será responsabilidade subjetiva quando a conduta constituir-se em um ato ilícito, caracterizado, portanto, por dolo ou culpa *stricto sensu*, negligência, imprudência ou imperícia e será a responsabilidade objetiva quando a lesão decorrer de um ato lícito, sem infringência a um dever legal.

Assevera o doutrinador civilista acerca da responsabilidade subjetiva que

Variam os pressupostos da responsabilidade civil de acordo com a espécie. Para que um sujeito de direito seja responsabilizado subjetivamente é necessária a convergência de três: a) conduta culposa (culpa simples ou dolo) do devedor da indenização; b) dano patrimonial ou extrapatrimonial infligido ao credor; c) relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano ao credor. O primeiro pressuposto pode ser denominado “pressuposto subjetivo”, por ser referido à negligência, imprudência ou imperícia (culpa simples) ou mesmo à intenção (dolo) do sujeito causador do dano. Se ele tivesse se comportado como determina a lei, se não tivesse praticado o ilícito, o evento danoso não ocorreria; foi a sula culpa ou dolo que provocou o dano. No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, o pressuposto subjetivo, isto é, a culpa do devedor, é elemento indispensável à constituição da obrigação. A responsabilidade do devedor nela, tem por fundamento último a manifestação de vontade do sujeito obrigado. (COELHO, 2012, p. 352)

Pamplona Filho e Gagliano conceituam que (2012, p. 57) “a responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo”.

Asseveram os civilistas que

Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, conforme cediço doutrinariamente, através da interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916 (“Art.159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar do dano”), regra geral mantida, com aperfeiçoamentos, pelo art. 186 do Código Civil de 2002 (“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”). (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 57)

Terminam por explicar, os doutrinadores acima, que (2012) de acordo com tais normas transcritas no Código Civil de 2002 intui-se que a obrigação de indenizar é uma consequência jurídica que decorre da prática do ato ilícito.

3.2 Responsabilidade civil objetiva

A teoria da responsabilidade civil objetiva é aquela em que, ao se auferir os elementos da responsabilidade, no intuito de se atribuir a alguém, pessoa

física ou jurídica, a responsabilidade pela prática de um ato lesivo/danoso, fica dispensada a caracterização do elemento da culpa, ou seja, se a ação se deu por motivos de imprudência, imperícia ou negligência, bastando, tão somente, no caso da responsabilidade civil extracontratual do Estado, o reconhecimento da existência do fato administrativo e o nexo de causalidade que ligue este fato ao dano experimentado pelo terceiro.

José dos Santos Carvalho Filho assim sintetiza acerca da responsabilidade civil objetiva do estado

Das doutrinas civilistas e após a teoria da culpa do serviço, o direito dos povos modernos passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Essa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fato culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano. Não a dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provas alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa desta na conduta administrativa, a falta do serviço etc. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 373)

Assevera o referido doutrinador que a responsabilidade objetiva atribuída ao estado tem justificativa na situação de “hiperssuficiência” deste com relação ao terceiro que pleiteia a indenização por um dano sofrido. Demasiadamente oneroso seria ao particular provar a culpa, por muitas vezes, decorrentes de fatos, comissivos ou omissivos, atribuídos a agentes públicos quase sempre anônimos, desconhecidos.

Assim explica o doutrinador sobre a opção constitucional pela responsabilidade objetiva

Foi com lastro em fundamento de ordem política e jurídica que os Estados passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva do direito público. Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos. Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge então, a

teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 373, 374)

Dispõe, ainda, Fernanda Marinela sobre a responsabilidade objetiva

Nessa teoria, a caracterização fica condicionada à comprovação de três elementos: a conduta estatal, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Aqui não há exigência de se demonstrar o elemento subjetivo; não se fala em culpa ou dolo. Na responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar incumbe ao Estado em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Caso o administrador pratique condutas ilícitas, a indenização deve acontecer, e o fundamento é o princípio da legalidade. (MARINELA, 2016, p. 956).

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto tecem considerável ponto de vista acerca da responsabilidade civil extracontratual objetiva, também na sua acepção social do ponto de vista da possibilidade jurídica reparatória e das expectativas de êxito em juízo, ao mitigar-se a relevância do elemento culpa para o deferimento da reparação. Segundo os doutrinadores:

O mantra da teoria subjetiva sempre foi: “onde há culpa, há reparação”. Já na teoria objetiva diz-se: “onde há lesão, há reparação”. Descarta-se o elemento subjetivo da culpa pela objetiva constatação da ocorrência do evento e de sua relação de causalidade com o dano. O fato danoso, e não o fato doloso ou culposo, que desencadeia a responsabilidade. No próprio direito civil francês, substitui-se a idéia do elemento subjetivo da faute (culpa) pelo elemento objetivo fait (fato). A demonstração de um ilícito culposo desnuda a teoria subjetiva, que se revela como instituto jurídico à preservação da propriedade e de privilégio. Nada obstante, ao deslocar a discussão do ilícito para o resultado lesivo, a teoria objetiva investe no fortalecimento da cidadania e na garantia de acesso a direitos. Seres humanos que antes eram alijados da sociedade civil – após uma infrutífera “luta pelo direito” em demandas reparatórias – passam a contar com uma responsabilidade civil alargada, um modelo jurídico hábil a deferir uma compensação financeira, muitas vezes decisiva para a sobrevivência digna do ofendido e/ou seus familiares. (BRAGA NETO, FARIAS, ROSENVALD, 2016, p. 458)

Dessa forma, pode-se perceber que, prescindindo do elemento culpa, a teoria objetiva da responsabilidade do Estado aumenta sobremaneira as possibilidades do lesado ter deferida a sua pretensão indenizatória em juízo, tão logo seja provado o nexo causal entre a lesão e o fato administrativo. Viu-

se que essa teoria veio privilegiar a inferior posição hierárquico-jurídica do particular em detrimento do Estado e sua principal justificativa está nos riscos a que as atividades estatais potencialmente lesivas submetem os particulares.

4 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao longo da história recente brasileira, o Estado assumiu diferentes posicionamentos quanto à responsabilização civil pelos danos imputados aos seus agentes a que o ordenamento jurídico o obrigava, seja por atos comissivos, seja por atos omissivos.

Isto se deu devido à legislação aplicável a cada época, bem como aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que, evoluindo ao longo do tempo, cuidaram de modificar radicalmente a posição antes de supremacia do ente público diante do particular que experimentasse um dano ou uma lesão decorrente de fato administrativo ocorrido em virtude do funcionamento da máquina estatal.

Neste contexto, serão delineadas as teorias que engendraram as diversas fases da responsabilidade civil extracontratual pelas quais submeteu-se o Estado ao longo da história, de modo a enfatizar a mudança substancial havida em favor do administrado.

4.1 Irresponsabilidade do Estado

Na visão de Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2017), a fase de irresponsabilidade do Estado consubstanciou-se na teoria de que o Estado não responderia pelos atos lesivos de seus agentes, uma vez que não seria possível Estado, afigurado na pessoa do rei, lesar seus súditos, considerando-se que a realeza não cometia erros, tese esta sustentada pelo brocardo “*the king can do no wrong*”, para os ingleses, ou “*le roi ne peut mal faire*”, para os franceses.

Desta senda, os atos dos agentes públicos jamais poderiam ser a causa de ato lesivo ao particular, uma vez que agiam em nome do próprio rei.

Yussef Said Cahali explica que (2007) nesta fase o Estado era regalista, soberano e gerador do direito e, por isso mesmo, nunca contradizia o direito

em seus atos e jamais praticaria injustiças. Esta fase teria prevalecido durante o período dos Estados despóticos ou absolutos.

Destaca ainda o referido jurista que

Nesta fase histórica, portanto, inexistia a questão da responsabilidade civil do Estado: a irresponsabilidade aparece como um axioma cuja legitimidade não é posta em dúvida; a existência de uma responsabilidade pecuniária a cargo do patrimônio público é considerada como entrave perigoso à liberdade dos serviços; na ordem patrimonial, os administrados não têm à sua disposição senão a ação ressarcitória contra o agente causador do dano. (CAHALI, 2007, p. 21).

Enfatiza ainda CAHALI que (2007) a doutrina da época começou a questionar sobre a justiça da aplicação da teoria da irresponsabilidade, pois, se era o Estado erigido para tutelar direitos, não era razoável que ele próprio os violasse inconsequentemente e, sendo dotado de personalidade jurídica, não se justificaria a sua irresponsabilidade.

Neste cenário, de declínio da teoria da irresponsabilidade do Estado, contextualiza Rafael Carvalho Rezende Oliveira que

A erosão da idéia de irresponsabilidade estatal se inicia com as Revoluções Liberais, especialmente a Revolução Francesa de 1789, e o surgimento do Estado de Direito, limitado pela ordem jurídica, com destaque para a atuação submetida à lei (princípio da legalidade), separação de funções estatais (princípio da separação de poderes) e o reconhecimento de direitos fundamentais que deveriam ser promovidos e protegidos pelo Estado. Ressalta-se, contudo, que a tese da irresponsabilidade perdurou durante o estágio inicial do Estado Liberal, sendo afastada, posteriormente, pela evolução da legislação e da jurisprudência. (OLIVEIRA, 2017, p. 868).

Essa fase da história, portanto, já há muito superada, retratou a figura de um Estado imponente e insuperável do ponto de vista jurídico, vez que ao cidadão eventualmente lesionado pela atividade estatal era obrigado a absorver por si o prejuízo. Somente com as idéias liberais advindas com as respectivas revoluções, a fase de irresponsabilidade passou a dar lugar ao próximo período, o da responsabilidade com culpa.

4.2 Teoria da Responsabilidade com Culpa

A superação lenta e gradual da irresponsabilidade do Estado (CARVALHO FILHO, 2017), levada a cabo como um dos legados das Revoluções Liberais, culminou com a teoria da responsabilidade do Estado baseada na culpa de seu agente, sendo esta teoria conhecida também como Teoria Civilista da Culpa.

José dos Santos Carvalho Filho define a principal característica dessa teoria que proporcionava ao administrado lesionado uma imprecisa perspectiva de pretensão indenizatória, a depender da natureza do ato praticado pelo Estado:

Entretanto, procurava distinguir-se, para esse, fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império, não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 373)

Acerca da diferenciação entre atos de império e atos de gestão, especifica Maria Sylvia Zanella di Pietro (2017), que seriam os atos de império aqueles praticados pela administração valendo-se esta das prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos de forma unilateral, coercitivamente regidos por um direito especial, uma vez que aos particulares seria vedada a prática de tais atos e, atos de gestão, seriam aqueles praticados pelo administração em situação de paridade com o particular e, devido a essa igualdade, não há diferença de posição hierárquico-jurídica entre ambos; visam estes atos conservação e desenvolvimento do patrimônio público, bem como para a manutenção dos serviços.

4.3 Teoria da culpa administrativa

Segundo a lição de João Trindade e Gustavo Scatolino (2016), a teoria da culpa administrativa teve origem no julgamento de um paradigmático caso pelo Tribunal de Conflitos da França, conhecido como *Caso Blanco* onde se

pleiteava indenização pelo atropelamento de uma garota por um trem/vagonete de uma concessionária francesa. Dizem os doutrinadores, do julgamento resultou que lides de tal natureza devem se dar em âmbito próprio do Direito Administrativo e não apenas com base no Direito Civil e que o Estado deve responder de forma diferente dos particulares e também diferente dos seus agentes, de modo que o funcionário estatal seria responsabilizado por dolo ou culpa comuns, o Estado deveria responder sempre que não preste, de maneira devida, o serviço público (culpa anônima).

Esclarecem os doutrinadores que nestes casos

a responsabilidade do Estado ocorre sempre que o serviço público não seja prestado pelo Estado, quando por lei esteja obrigado a prestá-lo; ou quando o serviço seja prestado de maneira defeituosa (serviço que funcionou atrasado ou funcionou mal). Justamente por isso a teoria ficou conhecida como da culpa administrativa ou do acidente administrativo ou culpa do serviço (*faute du service*). (SCATOLINO, TRINDADE, 2016, p. 854).

Para Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2017), essa teoria, da culpa administrativa caracterizou-se por representar o marco inicial da transição ocorrida entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva que adotam atualmente a maioria dos países do ocidente.

Em síntese, elucidam os doutrinadores acima acerca da responsabilidade baseada na teoria da culpa administrativa que

Segundo a teoria da culpa administrativa, o dever do Estado de indenizar o dano sofrido pelo particular somente existe caso seja comprovada a ocorrência de uma **falha na prestação de um serviço público** – uma “**faute de service**”, consoante a expressão consagrada pelo direito administrativo francês. Não se trata de investigar se houve culpa subjetiva de um determinado agente público na causação de um dano a um particular, mas de perquirir, objetivamente, se a prestação defeituosa de um serviço público, ou a falta dele, quando obrigatório, acarretou prejuízo a terceiros. (ALEXANDRINO, PAULO, 2017, p. 915)

Neste mesmo sentido, enaltecendo a maior aproximação do direito público nas questões envolvendo a responsabilidade civil extracontratual do Estado e o enfraquecimento das até então aplicadas noções civilistas da responsabilidade, que consideram os pressupostos nas formas elementares da lei civil, explica o mestre Celso Antônio Bandeira de Melo que

Em face de princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou a “falta de serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva. (MELLO, 2013, p. 1019)

Ainda acerca da responsabilidade subjetiva, na modalidade da culpa administrativa, acentua Fernanda Marinela importante consideração ao dissertar que

A teoria subjetiva consiste na obrigação de indenizar em razão de comportamentos, procedimentos, ações contrárias ao Direito, portanto condutas ilegais que consistem em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo. Assim, o grande fundamento dessa responsabilidade é o princípio da legalidade. (MARINELA, 2015, p. 955)

Portanto, percebe-se que a teoria subjetivista da culpa administrativa, ou culpa anônima, ou culpa do serviço representou importante atenuação na tarefa do particular lesionado pela atividade estatal, ou sua omissão, ao buscar a pretensão ressarcitória junto às vias judiciais, uma vez que, sobretudo nos casos de omissão, bastaria comprovar a falha do serviço público, sem necessidade de se apontar um ou outro agente responsável pela conduta danosa.

4.4 Teoria da Responsabilidade Objetiva

Como já mencionado, a adoção da teoria da culpa administrativa abriu o caminho para um maior reconhecimento da condição de hipossuficiência jurídica e social do particular diante do Estado, sustentando-se na justificativa de que este, com o passar do tempo torna-se cada vez mais incisivo e mais atuante, impositivo sobre a vida privada do cidadão. Neste contexto, a responsabilidade estatal evolui da teoria subjetiva para a teoria objetiva.

Fernanda Marinela acentua que

No Brasil, a teoria objetiva foi reconhecida desde a Constituição Federal de 1946 e é adotada até os dias de hoje. A responsabilidade objetiva já era reconhecida como regra no sistema brasileiro,

tornando-se constitucional com a Constituição de 1946, em seu art. 194. Daí por diante, a regra não mais foi excluída, levando os textos seguintes a serem aperfeiçoados. A Constituição de 1967 dispunha do assunto no art. 105; em 1969 a disposição estava no art. 107, contexto bem equivalente ao atual art. 37, §6º, da CF/88. (MARINELA, 2015, p. 956)

Segundo preconiza a teoria objetiva, a obrigação de indenizar do Estado estará presente tão logo sejam comprovados a conduta estatal, seja ela lícita ou ilícita, o dano sofrido pelo administrado e o nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano ocasionado. Desta forma, a constatação do dever de indenizar prescinde da comprovação da culpa, em sentido amplo, seja por dolo ou nas modalidades específicas de negligência, imprudência e imperícia.

Atualmente, com base em construções doutrinárias, a teoria da responsabilidade objetiva no Brasil se subdivide em duas outras subteorias, a depender do caso concreto, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, conforme demonstrado a seguir.

4.4.1 Teoria do risco administrativo

Essa teoria, da mesma forma que a teoria civilista do risco, insculpida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, baseia-se no risco da atividade, no caso especificamente a atividade desenvolvida pelo Estado, em prol da coletividade.

Ao disporem sobre o assunto, assentam os doutrinadores João Trindade e Gustavo Scatolino que

Trata-se de uma teoria baseada na concepção que o Estado deve assumir o risco de prestar as atividades administrativas. Realmente: o Direito Administrativo se baseia no equilíbrio entre prerrogativas e sujeições; logo, se o Estado possui as prerrogativas de praticar atos usando da supremacia sobre o particular, deve assumir o ônus de responder de maneira mais intensa que os particulares, caso as atividades administrativas causem danos a estes. Além disso argumenta-se: “é justo que a coletividade arque com a reparação de um dano causado pelo Estado – na prestação de uma atividade voltada para o bem de todos – aos particulares?” (SCATOLINO, TRINDADE, 2016, p. 855)

Ainda informam os juristas acima que (SCATOLINO, TRINDADE, 2016) por essa teoria é como se o Estado atuasse como um segurador, onde, com a contribuição de todos os particulares, caso algum venha sofrer danos, o Estado

possa ressarcir-los. Este entendimento, acentuam, tem por fundamento a repartição dos benefícios e encargos sociais, pois a atuação estatal na busca do bem comum beneficia toda a coletividade e, eventuais prejuízos, seriam ressarcidos, indiretamente, por todos.

Segundo a lição trazida por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo

Pela Teoria do risco administrativo, a atuação estatal que cause dano a terceiros faz nascer para a administração pública a obrigação de indenizar, independentemente da existência de falta do serviço ou de culpa de determinado agente público. Basta que exista o dano decorrente de atuação administrativa, sem que para ele tenha concorrido o terceiro prejudicado. Como o dano causado a terceiros pela atividade administrativa deverá ser indenizado independentemente de perquirição a respeito da existência de culpa – seja “culpa administrativa”, seja culpa pessoal de um determinado agente público -, diz-se que essa modalidade de responsabilidade civil é do tipo objetiva. (ALEXANDRINO, PAULO, 2017, p. 916)

Por essa teoria, entende-se que (ALEXANDRINO, PAULO, 2017) presentes o fato do serviço e o nexos de causalidade que ligue este fato ao dano, haverá para o Estado o dever de indenizar, independente da demonstração de culpa. Preceituam ainda que, a administração poderá se for o caso, afastar a responsabilidade, através da comprovação das excludentes, quais sejam a culpa exclusiva da vítima, a força maior e o caso fortuito ou atenuar a responsabilidade, com a demonstração da culpa recíproca, onde a obrigação indenizatória será atenuada nas devidas proporções.

José dos Santos Carvalho Filho, ao discursar sobre a teoria do risco administrativo (2017), releva a situação de superioridade política, econômica e jurídica do Estado com relação ao cidadão, o qual acumula inúmeras prerrogativas e poderes em detrimento daquele, que, na verdade, lhe é subordinado. Por isso, seria desarrazoado exigir do cidadão o empenho além de suas condições para requerer a reparação de danos por prejuízos advindos da atividade estatal.

Completa o administrativista por concluir que

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge então, a *teoria do risco administrativo*, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 374).

Também discorrendo sobre a teoria do risco administrativo, explica Hely Lopes Meirelles que

Aqui não se cogita da culpa da administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, com o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF/1946. (MEIRELLES, 2016, p. 781).

Importante consideração acerca da teoria do risco administrativo faz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao dispor que ela não é absoluta e admite situações ligadas ao nexos causal que desobrigam o Estado de indenizar

Entretanto, essa teoria do risco administrativo ainda não chegava a ponto de ignorar a culpa concorrente ou a culpa exclusiva do prejudicado na causação do evento, pois, na realidade, seria iníquo que o Estado – ou seja, indiretamente toda a comunidade – respondesse pela composição de um dano para o qual a vítima concorreu com culpa. (MOREIRA NETO, 2014, p. 746)

De fato, como visto, percebe-se que a teoria do risco administrativo abandona de vez a idéia de culpa para a constatação da responsabilidade do Estado indenizar o particular e vincula por fim a análise da lide frente à norma de direito público, inculpidos, atualmente, sobretudo no § 6º do artigo 37 da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

A teoria do risco administrativo encontra respaldo no fundamento doutrinário e jurisprudencial conhecido como princípio da repartição igualitária dos ônus e encargos sociais (ALEXANDRINO, PAULO, 2017), onde asseveram os doutrinadores que o Estado assume o risco de suas atividades e, se essa atividade resultar em risco para o particular haverá obrigação de indenizar.

Ainda sobre esse princípio, anota José dos Santos Carvalho Filho (2017), é denominado teoria do risco social e, conferindo mais enfoque à vítima, a justa reparação do dano efetuado pelo Estado, seria indiretamente feita por toda a coletividade, o que pode ser entendido, como a socialização dos riscos e, ainda, fundamenta-se o dever de indenizar do Estado no princípio

da repartição dos encargos, onde a indenização ao lesado advém das contribuições feitas por cada pessoa da sociedade, beneficiária das atividades estatais.

4.4.2 Teoria do risco integral

Se na teoria do risco administrativo a constatação e demonstração da culpa *latu sensu* é prescindível para se imputar a responsabilidade ao Estado pelo dano decorrente da conduta administrativa, na teoria do risco integral o Estado é obrigado a indenizar esse dano ainda que não seja, tecnicamente, constatado o nexo de causalidade entre algum fato administrativo e o dano havido ao particular.

Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o jurista tece explicação e exemplificação da aplicação dessa teoria, utilizada de forma excepcional pelo ordenamento jurídico brasileiro

Outra teoria que procura justificar a responsabilidade civil do Estado é a teoria do risco integral, segundo a qual o Estado assumiria integralmente o risco de potenciais danos oriundos de atividades desenvolvidas ou fiscalizadas por ele. Enquanto a teoria do risco administrativo admite a alegação de causas excludentes do nexo causal por parte do Estado, a teoria do risco integral afasta tal possibilidade. Assim, por exemplo, de acordo com o risco integral, o Estado seria responsabilizado mesmo na hipótese de caso fortuito e força maior. O ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra, a teoria do risco administrativo, mas parcela da doutrina e da jurisprudência defende a adoção do risco integral em situações excepcionais, Exs.: responsabilidade por danos ambientais ou ecológicos (art. 225, § 3º da CRFB e art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981; responsabilidade por danos nucleares (art. 21, XXIII, d, da CRFB); responsabilidade da União perante terceiros no caso de atentado terrorista, ato de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo, excluídas as empresas de táxi aéreo (art. 1º da Lei 10.744/2003). (OLIVEIRA, 2017, p. 871).

A teoria do risco integral parte da premissa de que o ente público é garantidor universal e, sendo assim, conforme essa linha de entendimento, a simples existência do dano e do nexo causal é suficiente.

No contexto das duas teorias que fundamentam a aplicação da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado, Carvalho Filho pondera as diferenças entre ambas ao advertir que

Tem havido alguma controvérsia sobre as noções do *risco administrativo* e do denominado *risco integral*. No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites. Já no risco integral a responsabilidade sequer depende do nexo causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública. É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admissível em situações raríssimas e excepcionais. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 374)

Desta forma, percebe-se que a teoria do risco integral traz para o Estado um ônus em potencial de ter que arcar com o dano ocorrido ao particular pura e simplesmente por estar exercendo a atividade pública no meio social de forma a submeter o particular a constante risco de que essa atividade venha a lhe causar prejuízo. Essa teoria mitiga, assim, além do elemento culpa, há muito já ignorado pelo direito público, o elemento nexo de causalidade, sobretudo se consideradas as suas excludentes, neste ponto, inadmissíveis.

4.4.3 As excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva

Já se viu que, pela teoria da responsabilidade objetiva do Estado, o principal elemento em que repousa o dever de indenizar será a constatação do nexo de causalidade, de forma que este será elidido quando o fato administrativo não for a causa do dano ou quando não for a única e exclusiva causa desse dano. Neste contexto, são causas excludentes da responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros, esta última, questão ainda controversa na doutrina e, como atenuante, observa-se a culpa concorrente da vítima.

Maria Sylvia Zanela di Pietro traz as definições necessárias à compreensão dos conceitos, de forma que *força maior*

[...] é o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração. (PIETRO, 2017, p. 883)

Acerca do *caso fortuito*, a doutrinadora explica que

Já o caso fortuito – que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado - ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado. (PIETRO, 2017, p. 883)

Cabe ressaltar que não é pacífica da doutrina a idéia de que o caso fortuito exclui a responsabilidade objetiva, sendo que a posição majoritária é a de que ele tem o condão de repelir a responsabilidade estatal, como informa Fernanda Marinela

Na hipótese de caso fortuito, há divergência doutrinária quanto ao seu reconhecimento como excludente da responsabilidade objetiva, apesar de a doutrina majoritária o incluir na lista. Alguns reconhecem que ele não pode ser indicado como excludente, já que pouco importa o porquê de o Estado praticar o ato; o que interessa para a responsabilidade é que ele causou o dano, constituindo assim o nexo causal. (MARINELA, p. 973).

Acerca do possível grau de participação da vítima no evento danoso, Pietro explica que

Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a responsabilidade, que se reparte com a da vítima. Essa solução, que já era defendida e aplicada pela jurisprudência, está hoje consagrada no Código Civil, cujo artigo 945 determina que “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”. (PIETRO, 2017, p. 883)

Com relação ao *fato de terceiros*, boa parte da doutrina, representada em suma por Alexandre Mazza (2016, pág. 531), José dos Santos Carvalho Filho (2017, pag. 380) e Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, pag. 932) sustenta que não haverá responsabilidade do Estado pelo evento danoso decorrente de ato de terceiros estranho à Administração Pública, a menos que seja constatada omissão do Poder Público, como bem assenta Carvalho Filho

Em certas circunstâncias, a situação decorrente de danos provocados por terceiros assemelha-se à relativa aos fatos imprevisíveis no que concerne à análise da responsabilidade civil da Administração. Sem que se possa imputar atuação omissiva direta ao Estado, não há como responsabilizá-lo civilmente por atos de terceiros. Somente mediante a constatação de que a omissão foi a responsável conjunta pela ocorrência do dano é que se pode atribuir a responsabilidade estatal. É o caso, lamentavelmente freqüente, de furtos e assaltos à mão armada em transportes coletivos ou na via pública. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 380)

Assim, viu-se que as circunstâncias que excluem a responsabilidade do Estado em um determinado caso concreto pode se dar por força maior, caso fortuito (segundo corrente majoritária), e culpa exclusiva da vítima e, ainda, a responsabilidade estatal pode ainda ser atenuada caso se comprove a culpa concorrente da vítima no evento danoso.

Ainda, sobre o fato de terceiros, haverá responsabilização do Estado sempre que se comprove eventual omissão estatal que tenha propiciado o evento danoso.

5 A RESPONSABILIDADE ESTATAL PELO DANO CAUSADO PELO FUGITIVO

5.1 As correntes de posicionamento pela responsabilidade subjetiva

Entre os doutrinadores da responsabilidade civil do estado, não há ainda a superação de uma corrente pela outra para se definir qual tipo de responsabilidade será seguida.

Youssef Said Cahali, defendendo a doutrina subjetivista, manifesta-se no sentido de que há de se reconhecer a culpa do estado, caracterizada pelo descumprimento do dever legal de vigilância sobre o preso recluso e, ainda, releva a questão da verificação do nexo de causalidade:

A questão desloca-se, assim, do eventual reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado para o âmbito da verificação do nexo de causalidade entre o ato danoso praticado pelo criminoso foragido e as circunstâncias de sua fuga do presídio. Como se sabe, a questão do nexo de causalidade apresenta-se eivada de dificuldade no direito privado, agravadas quando se busca definir o nexo de causalidade em sede de direito público. Em condições tais, não é de se excluir eventual responsabilidade civil do Estado se as circunstâncias de fato permitem o reconhecimento de nexo de causalidade entre a fuga e o dano [...] (CAHALI, 2007, p. 428)

Faz ainda o autor referência a julgado do TJMG:

Responsabilidade civil do estado – homicídio cometido por foragido de presídio contra terceiros – falha do serviço na vigilância de criminoso de alta periculosidade – Nexo causal caracterizado. Provado que o assassino era foragido da penitenciária de Linhares, é inegável o nexo entre a violência por ele praticada e a falha objetiva do serviço carcerário, como causa do dano. A insuficiente vigilância

de facinoras perigosos, como no caso, é falha objetiva do serviço público, atribuível aos respectivos agentes, donde a responsabilidade do Estado, à Luz da Constituição.² (grifo nosso). (CAHALI, 207, p. 426, 427)

Como se pode perceber, o referido julgado do TJMG ao reconhecer a responsabilidade do Estado pelo dano causado por foragido da justiça invoca como argumento justificador a situação de falha objetiva do serviço caracterizada pela insuficiência de vigilância que propiciou a fuga e o consequente ato danoso a terceiro. Tal argumentação passa inegavelmente pela noção de culpa, pois ao se tratar de insuficiência de vigilância, fala-se de negligência do poder público, por ato que deveria ter exercido com mais zelo.

Discursa Fernanda Marinela sobre a aplicação, de forma geral, da teoria da responsabilidade subjetiva às condutas omissivas do estado

Nas condutas omissivas, no não fazer do Estado, hoje a doutrina e a jurisprudência dominantes, reconhecem a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, estando assim o dever de indenizar condicionado à comprovação do elemento subjetivo, a culpa e o dolo, admitindo a aplicação da culpa anônima ou culpa do serviço, que se contenta com a comprovação de que o serviço não foi prestado ou foi prestado de forma ineficiente ou atrasada. (MARINELA, 2015, p. 962)

Maria Helena Diniz, (DINIZ, 2010, p. 655), ao discursar sobre a responsabilidade civil aquiliana do Estado, diz que, para alguns autores, pelos artigos 43 do Código Civil e 37, § 6º da Constituição da República de 1988, a responsabilidade civil do Estado é objetiva tanto nos comportamentos comissivos quanto nos omissivos de seus funcionários que causarem danos a terceiros. Mas, admitindo a tese subjetivista de Celso Antônio Bandeira de Melo e Oswaldo Aranha Bandeira de Melo ressalta a doutrinadora que tal tese não foi afastada pelo art. 43 do Código Civil de 2002, uma vez que se pode acatar a responsabilidade civil subjetiva do Estado por dano causado por atos omissivos do agente, dando-se à palavra *atos* interpretação no sentido de um agir resultante da ação e não no de *omissão*. Assim, afirma a doutrinadora, em relação às intercorrências omissivas, o lesado deverá provar a alegada falta diante de um dever jurídico de atuar, o que caracteriza comportamento culposo da Administração, gerando a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade.

² TJMG, 2ª Câmara, 31.03.1992, RT 692/145

Alexandre Mazza (2016), da mesma forma, sustenta sobre a inaplicabilidade da teoria objetiva aos danos ocorridos por omissão do poder público. Para o doutrinador, que exemplifica como casos de assalto, enchente, bala perdida, queda de árvore, buraco na via pública e bueiro aberto sem sinalização causando dano ao particular, estes casos têm em comum a circunstância de inexistir um ato estatal causador do prejuízo.

Sustenta (MAZZA, 2016) que a doutrina tradicional entende que danos causados por omissão a indenização será devida caso a vítima comprove que a omissão produziu o prejuízo, aplicando a teoria objetiva. Contudo, ressalta que, a teoria convencional da responsabilidade do Estado não parece aplicar-se bem aos danos por omissão, pela impossibilidade de afirmar-se que a omissão “causa” o prejuízo. Mazza diz que a omissão estatal é um *nada*, e o nada não produz materialmente resultado algum.

Explica ainda o doutrinador (MAZZA, 2016) que, neste contexto de inaplicabilidade, aos danos por omissão, da forma tradicional de pensar a responsabilidade estatal, Celso Antônio Bandeira de Melo vem sustentando há vários anos que os danos por omissão submetem-se à teoria subjetiva.

Paulo Nader, ao dispor sobre as correntes doutrinárias que se situam entre as teorias objetivas e subjetivas da responsabilidade estatal por danos a terceiros, ressalta que

Visando consagrar os valores do justo, na atualidade o sistema jurídico pátrio adota os princípios da responsabilidade objetiva e, de acordo com uma corrente doutrinária, a responsabilidade subjetiva em se tratando de danos causados omissivamente. (NADER, 2016, p. 398)

Após tecer as devidas considerações ao tema e expor decisões dos tribunais superiores em que há decisões tanto em um quanto em outro sentido, no que diz respeito aos danos causados pelo poder público por condutas omissivas, adverte que

A adoção da teoria subjetiva em casos omissivos, entretanto, não é pacífica. O Supremo Tribunal Federal não possui orientação uniforme a respeito. A matéria é de fundamental importância, pois muitas vezes o fiel da balança está justamente no tipo de responsabilidade considerada, pois nem sempre a vítima dispõe de meios probatórios para sustentar seu pedido em face da Administração Pública. (NADER, 2016, pág. 401)

Assim, percebe-se que, ainda, analisando-se as decisões ao longo do tempo, são majoritárias aquelas no sentido de reconhecer-se a responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de dano causado por foragido da justiça, por envolver situação de omissão por parte do Estado e o dano não ter sido por ele “causado”, então, entende-se ser imprescindível a comprovação de que o Estado faltou com um dever legal, ou seja, cometeu ato ilícito, o que demanda a devida demonstração da culpa, seja em sentido estrito, ou por dolo.

Cita-se o seguinte julgado onde houve aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade estatal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - 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. II. - 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. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido. (RE 369820, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 27-02-2004 PP-00038 EMENT VOL-02141-06 PP-01295)

Percebe-se, portanto, de acordo com o referido julgado, RE 369.820/RS, a análise do fato se deu com base na teoria subjetiva, caracterizada pela exigência de dolo ou culpa na conduta estatal, ainda que desnecessário individualizá-la, podendo atribuí-la ao serviço público de forma genérica, com base na falta do serviço. Ainda, não obstante à responsabilização subjetiva, decidiu-se pela não responsabilização do Estado pela ausência de nexo de causalidade, por ter o fugitivo fugido da prisão “tempos antes” do cometimento do delito.

Confira-se ainda julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - LATROCÍNIO PRATICADO POR DETENTO FORAGIDO - AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. 1 - A teoria a ser observada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto ou imediato, de forma que o referido pressuposto para a responsabilidade civil somente deve ser admitido quando o dano representa efeito necessário de uma causa; 2 - A pretensão de reparação pela responsabilidade civil comum exige prova da culpa e o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta, aplicando-se a regra da responsabilidade subjetiva; 3 - O fato de foragido de estabelecimento prisional estadual ser autor de latrocínio, que vitimou fatalmente o pai e marido dos autores, não enseja, por si só, a responsabilização civil do ente público com base na teoria do risco administrativo, haja vista a ausência de nexo etiológico direto entre a atividade estatal e o dano proveniente. (TJMG - Apelação Cível 1.0394.13.003714-3/001, Relator(a): Des.(a) Renato Dresch , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/09/2016, publicação da súmula em 13/09/2016)

Do julgado acima se extrai que os julgadores entenderam tratar-se de responsabilidade subjetiva, uma vez que o que se questiona é a omissão do Estado, que teria sido a causa do dano (morte em virtude de latrocínio cometido por foragido). Foi decidido não estar comprovada a culpa da administração no caso, bem como não haver nexo etiológico direto entre a atividade estatal e o dano proveniente.

5.2 As correntes de posicionamento pela responsabilidade objetiva

Discursando neste entendimento, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves cita ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal onde foi reconhecida a responsabilidade extracontratual objetiva, pela teoria do risco administrativo, à família de vítima de homicídio perpetrado por preso que havia se foragido durante atendimento em consultório dentário, fora da prisão, mesmo estando sob vigilância de polícias:

EMENTA: Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso - atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão - preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuída a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores: indenização deferida sem ofensa do art. 37, § 6º, da Constituição. (STF, RE 136.247-2-RJ, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20-6-2000, RT, 783:199).

Ressalta no referido caso concreto o doutrinador que (GONÇALVES, 2014) foi entendido pela suprema corte que se a fuga do presidiário, atribuída à incúria dos policiais responsáveis pela guarda e vigilância do detento ao acompanhá-lo ao consultório dentário fora da prisão, e os homicídios por ele praticados não foram ocasionais, mas resultantes de predisposição do fugitivo, movido por sentimento de vingança, resultando da evasão a prática dos delitos, é dever do Estado indenizar a família de uma das vítimas, em face da responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo. (grifo nosso).

GONÇALVES enfatiza o seu posicionamento, ainda, citando Álvaro Lazzarini

Para Álvaro Lazzarini, igualmente, “o artigo 105 da Constituição da República [atual art. 37, § 6º] também contempla, além da responsabilidade por atos comissivos, aquela que decorra de atos omissivos”. Em artigo publicado na RJTJSP, 117:8, sob o título “Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos de seus agentes”, demonstra o mencionado autor o entendimento, em especial da jurisprudência, de que não só por ação, “mas também por omissão pode ocorrer o dano suscetível de reparação civil por parte do Estado”, enfatizando: “Se presente a omissão em quaisquer dos três poderes do Estado, e não só no Poder Executivo, e dessa omissão ocorrer dano a terceiros, o Estado deve recompor o patrimônio ofendido, respondendo, assim, civilmente pelo dano acarretado pelo agente estatal” (GONÇALVES, 2014, p. 182)³

Neste mesmo sentido, observando decisão jurisprudencial que reconhece a aplicação da teoria objetiva em casos de danos resultantes por omissão do Estado, discursa Felipe Peixoto Braga Neto:

Cabe concluir com conhecido julgado do STF, que prestigia, com clareza, a responsabilidade objetiva também na omissão do Estado: “A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão” (STF, RE 109.615, Re. Min. Celso de Mello, DJ 02/08/1996). (BRAGA NETTO, 2012, p. 159).

É também no sentido de que, em todos os casos, a responsabilização seguirá o rito da objetividade que se posiciona Nelson Nery Júnior, onde

³ LAZZARINI, Álvaro. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos de seus agentes. *RJTJSP*, 777:8.

defende a contemplação também da responsabilidade objetiva pelo § 6º do artigo 37 da Constituição da República de 1988:

Não há necessidade de provar-se a culpa do agente, porque o sistema prescinde da culpa, pois é fundado na responsabilidade objetiva pelo risco onde a investigação da conduta do agente é irrelevante. (NERY in Revista dos Tribunais. Responsabilidade civil do Estado, 2010, pag. 33)

Fábio Ulhoa Coelho, doutrinador civilista, a seu turno, defende também a aplicação da teoria objetiva da responsabilidade tanto aos danos decorrentes de atos comissivos quanto aos advindos de atos omissivos. Nesse sentido, sustenta que

A responsabilidade do Estado é objetiva em qualquer hipótese, independente da natureza do ato que deu ensejo ao prejuízo. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, contudo, ela tem lugar apenas se os danos decorrem de atos comissivos. Pelas omissões, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público seria ainda subjetiva (1974:487). No mesmo sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1980:822/823; 1981:149). Essa distinção, note-se não tem sido aceita pelos tribunais, que responsabilizam o Estado independentemente de culpa do agente tanto no caso de ação como de omissão danosa na prestação do serviço público (Gonçalves, 2003:290). E ela, realmente, não tem sentido. A rigor, como já assentado, ação e omissão são apenas modos diferentes de descrever a mesma conduta. Se o motorista do carro oficial não detém o veículo a tempo de evitar o choque, sua conduta pode ser descrita como ato omissivo (deixou negligentemente de frear) ou comissivo (continuou acelerando imprudentemente). Não há, desse modo, fundamento na proposição tecnológica referida. (COELHO, 2012, p. 742)

Ainda neste contexto, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que

A fuga de internos em manicômio ou presídio que se homizem nas vizinhanças e realizem violências sobre bens ou pessoas sediados nas imediações ou que nelas estejam acarretará responsabilidade objetiva do Estado. (MELLO, 2013, p. 1035).

Mello adverte que (2013) é imprescindível, neste caso, que a lesão sofrida esteja ligada por um nexos causal ao risco criado pela atividade administrativa, o que, sem este pressuposto, não há condições de se considerar a responsabilidade como objetiva. O jurista explica que

Então, se os evadidos de uma prisão vierem a causar danos em locais afastados do prédio onde se sedia a fonte do risco, é óbvio que

a lesão sofrida por terceiros não estará correlacionada com a situação perigosa criada por obra do Poder Público. Nesta hipótese só caberá responsabilizar o Estado se o serviço de guarda dos delinqüentes não houver funcionado ou houver funcionado mal, pois será caso de responsabilidade por comportamento omissivo, e não pela geração de risco oriundo de guarda de pessoas perigosas. (MELLO, 2013, p. 1035).

Desta forma, percebe-se que, conforme os entendimentos acima suscitados, os danos ocasionados ao particular por omissão do Estado também ensejarão responsabilidade objetiva, frisa-se, caso guardem relação direta com o contexto da fuga perpetrada pelo fugitivo causador do dano, recém evadido da guarda penal estatal.

5.3 Dos tipos de omissão: genérica e específica

Há ainda corrente doutrinária que defende ser necessário tecer o juízo de valor acerca da natureza da omissão administrativa: se genérica, ou se específica.

A omissão genérica se dá quando a responsabilidade do Estado é caracterizada pela abstratividade, como a exemplo da promoção da segurança pública a nível macro. Já a omissão específica, decorre de uma situação específica e determinada em que o Estado assume, “de perto”, a tutela de um bem jurídico específico, como é o caso do jurisdicionado submetido à decisão judicial segregatória da liberdade, eventualmente foragido. Neste sentido, posicionando-se acerca da responsabilidade objetiva do Estado nesses casos, assim ensina Sérgio Cavallieri Filho:

Haverá omissão específica quando 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. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado [...]

Em contrapartida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva [...]. (CAVALIEIRI FILHO, 2012, p. 268).

Assim como Cavallieri, Felipe Peixoto Braga Neto (2012) ressalta que o Estado não pode ser um segurador universal e não pode responder por todos os danos, por todos os crimes, afirma o doutrinador que o nexo causal deve estar delineado entre a omissão estatal e o dano.

Faz ainda a distinção entre omissão genérica e omissão específica, para melhor expor a profundidade semântica que envolve a questão:

Nem sempre é fácil distinguir a omissão que causa a responsabilidade civil do Estado daquela que não o responsabiliza. A questão envolve múltiplos fatores, como o nexo causal, as circunstâncias de fato, a natureza do dano, e a própria configuração da omissão. Quanto mais genérica esta forma, mais difícil seria responsabilizar o Estado por ela. Será difícil, no atual estado jurisprudencial, responsabilizar o Estado por todos os assaltos ocorridos no país. Porém, se alguém é assaltado em frente a uma delegacia de polícia, estando patente a inação estatal, é possível que o dever de indenizar se faça presente. Quanto mais específica for a omissão, diante do dever de agir, concreto e palpável, que sem impõe ao Estado, mais claro será o seu dever não cumprido. (BRAGA NETTO, 2012, p. 163).

E termina o autor por tecer as indagações cruciais para a definição da responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão, sem as quais ressaltar não será possível estabelecer o nexo de causalidade:

O que causou o dano? O Estado tinha o dever de evitá-lo? A ação do Estado foi proporcional e adequada? O Estado desempenhou com razoabilidade o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais no caso concreto? (BRAGA NETTO, 2012, p. 165).

Paulo Nader também ao tratar da questão da omissão na atividade administrativa do Estado faz referência à gradação da omissão, ao discorrer que (2016) existem posicionamentos que diferenciam a omissão entre genérica e específica e que, sendo ela genérica, que é aquela em que não há uma situação particular entre o fato e o agente ou órgão administrativo, a responsabilidade será subjetiva, mas sendo a omissão específica, que se dá quando o agente ou órgão não toma a iniciativa devida diante de um caso concreto, o poder público responderá objetivamente.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, em obra conjunta com Felipe Peixoto Braga Neto também assentam acerca de, nas condutas

omissivas, a necessidade de se distinguir a gradação da omissão, se genérica ou específica

A questão, portanto, se põe: por quais omissões o Estado responde? Creemos que existem duas chaves hermenêuticas que podem ajudar o intérprete diante de casos difíceis: (a) os conceitos de omissão genérica e omissão específica; (b) a indagação a ser contextualizada no caso concreto: o Estado tinha o dever de evitar o dano? (BRAGA NETO, FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 613)

Explicam os juristas acima que (BRAGA NETO, FARIAS, ROSENVALD, 2015) somente uma omissão qualificada faria surgir para o Estado o dever de indenizar, uma omissão com relevância jurídica, um ato que se revele inadequado, injusto, uma inação em um caso concreto. A outra questão, enfatizam, repousa no fato de se saber o Estado tinha o dever de evitar o dano num determinado caso concreto e preservar o bem jurídico lesado.

5.4 Do nexos de causalidade direto e imediato.

Questão importante a se destacar são as decisões dos tribunais superiores as quais, reconhecendo a teoria da responsabilidade objetiva nos casos de omissão do Estado, têm invocado questões temporais e questões ligadas à concausas quando da análise do nexos de causalidade entre a conduta omissiva do Estado e o dano sofrido pela vítima, enaltecendo que, caso haja o rompimento do nexos causal, não haverá a responsabilidade estatal, conforme preleciona NERY:

Daí a importância de afirmar-se que, ocorrendo conduta omissiva ensejadora de dano ao administrado, é preciso que se demonstre o nexos de causalidade entre a omissão e o dano para que haja o dever de indenizar. (NERY in Revista dos Tribunais. Responsabilidade civil do Estado, 2010, p. 33)

Também neste mesmo sentido, cita BRAGA NETTO julgados paradigmáticos do STF e STJ que corroboram que estes tribunais superiores vinham aplicando a teoria do nexos causal direto e imediato:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO DECORRENTE DE ASSALTO POR QUADRILHA DE QUE FAZIA PARTE PRESO FORAGIDO VÁRIOS MESES ANTES. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da

Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 130.764, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJ 07/08/1992).

Conforme se vê, o julgado acima, datado do ano de 1992, já com tendência à aplicação da responsabilidade objetiva, em situação de omissão do Estado por dano causado por foragido da justiça, dispensou a análise de elementos ligados à culpa e, invocando a teoria civilista do dano direto e imediato, ou teoria da interrupção do nexo de causalidade, concluiu pela inexistência de nexo causal entre a omissão do Estado, que propiciou a fuga e o dano sofrido pelo particular, devido à existência de concausas, qual sejam a formação de quadrilha e o lapso temporal de vinte e um meses entre a fuga e o cometimento do crime.

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA.

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). 2. "Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da

interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008).

4. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 719.738/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 22/09/2008)

Invocando os mesmo argumentos que o acórdão do STF retro mencionado, o julgado acima, REsp 719.738/RS, em aplicação da teoria objetiva, delinea a resolução da lide em torno do nexo de causalidade, onde se pontuou inexistir relação de causalidade pelo transcurso de cerca de dez meses entre a fuga e o ato criminoso que ensejou prejuízo ao particular.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FUGA DE DETENTO. LATROCÍNIO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal a quo à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial.

3. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais ajuizada em desfavor de ente da federação, com fulcro nos artigos 37, § 6º da CF.

4. In casu, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal a quo, verbis: Início o meu voto analisando a responsabilidade civil do Estado. O artigo 37, §6º, da Constituição da República assim preceitua: 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. Conforme se pode depreender do artigo acima, neste caso, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, ou seja, o ente público se investe da função de reparador do dano acarretado por um agente público ou por outrem nesta função, podendo, posteriormente, vir a chamar o agente para indenizar a Administração pelo ilícito

extracontratual. (...) É impossível a vigilância de cada preso 24 horas ao dia. O Estado não tem condições para isso. Alegar que o criminoso deveria estar recolhido a um presídio de segurança máxima é fácil. O difícil é conseguir vaga para transferência, transporte seguro para o deslocamento do preso, etc. Acerca do nexos causal, entendo que este não ocorreu. Para gerar responsabilidade civil do Estado, o preso deveria estar em fuga, ato contínuo àquela ação, e isso não aconteceu. Houve quebra do liame causal. (...) Cabe mencionar que o Estado não é um segurador universal, que pode entregar receita da sociedade para qualquer um que se sinta lesado. Atos violentos como o dos autos ocorrem a todo o momento e em todos os lugares, e não há possibilidade de total prevenção por parte do policial.

5. Ad argumentandum tantum, em situação análoga, esta Corte assentou que não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a causa direta e imediata do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a "bala perdida" que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido efeito necessário da referida deficiência.

Ausente o nexos causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedente: Resp 858511/DF Relator Ministro LUIZ FUX - Relator p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI Data do Julgamento 19/08/2008 DJ 15/09/2008). 6. Recurso especial não conhecido. (REsp 980.844/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 22/04/2009).

Analisando-se o julgado acima, REsp 980.844/RS, verifica-se decisão que concluiu pela inexistência do nexos de causalidade no ato infracional cometido por foragido da FEBEM, onde a lesão à vítima teria ocorrido há apenas oito dias da fuga. Consignou-se que o tiroteio que atingiu a vítima não foi efeito necessário da referida deficiência do Estado que propiciou a fuga do menor e o conseqüente cometimento de ato infracional.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HOMICÍDIO COMETIDO POR FUGITIVO DE PRISÃO ESTADUAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CB. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. Inexistência de nexos de causalidade entre o fato danoso e o ato omissivo atribuído a autoridade pública. Ausência de relação entre a suposta falha do sistema penitenciário estadual e o ato ilícito. 2. Agravo regimental a que se dá provimento. (RE 460812/MG AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 08/05/2007, DJe-023 DIVULG 24-05-2007 PUBLIC 25-05-2007 DJ 25-05-2007 PP-00093 EMENT VOL-02277-06 PP-01168 LEXSTF v. 29, n. 344, 2007, p. 248-252)

Outro julgado, RE 460812, que decidiu pela inexistência do dever de indenizar do Estado pelo dano causado por foragido da justiça. No caso, decidiu-se não haver nexos de causalidade entre o evento danoso e o ato omissivo atribuído ao Estado de Minas Gerais, vez que o homicídio foi

praticado em concurso de pessoas, aproximadamente vinte dias após a evasão, onde um dos presos fugitivo da Delegacia de Ibirité – MG, em concurso de pessoas, cometeu o delito.

Cita-se ainda, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - FUGA DE PRESO QUE EM MOMENTO POSTERIOR, PROVOCOU LESÕES NO AUTOR - PARAPLEGIA COMPLETA - ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CAUSALIDADE - INEXISTÊNCIA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - IMPOSSIBILIDADE. A ação de preso foragido provocar lesão no autor por tentativa de homicídio posterior à fuga que resultou em paraplegia, não sustenta a responsabilidade estatal seja objetiva, seja subjetiva, já que faltaria ao caso nexo de causalidade entre a ação desenvolvida e a omissão estatal na segurança pública, ou mesmo possibilidade de indenização em função da teoria da casualidade imediata. Não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0431.07.034736-1/001, Relator(a): Des.(a) Judimar Biber , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/02/2014, publicação da súmula em 21/02/2014)

A ementa do julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais traz à tona decisão em que não se reconheceu a responsabilidade do Estado por ato cometido por foragido da prisão que resultou em paraplegia na vítima. Foi sustentado no acórdão que “embora a fuga do prisioneiro sustente inadequado serviço de vigilância do Estado e tenha relevância causal para o dano, só a ação posteriormente adotada pelo fugitivo teria o condão de provocar o rompimento causal consistente com o afastamento da responsabilidade”.

Desta forma, ao elidir a responsabilidade estatal por considerar que o dano ocorreu posteriormente à fuga, e não no contexto dela, percebe-se também a aplicação da teoria do dano direto e imediato no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

5.5 Das decisões que vem abrangendo a responsabilidade do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, como instância máxima recursal para os casos tratados no presente trabalho, por tratar-se de questão que envolve controvérsia diretamente constitucional, tem sido frequentemente acionado para se manifestar a respeito dos diversos casos concretos.

Constata-se, pelos mais recentes julgados, que está se sedimentando na Suprema Corte o entendimento pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, mesmo nos casos de omissão do Estado, como se pode perceber no texto da seguinte ementa.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia, a inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 607771 AgR / SC. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. EROS GRAU. 2ª T. Julgamento: 20/04/2010. Dje de 14-05-2010)

No inteiro teor do referido julgado, consta que o crime de latrocínio foi cometido por condenado indevidamente colocado em progressão de regime que se evadiu das medidas adequadas ao cumprimento da pena e, estando na condição de foragido, veio a cometer o latrocínio. A Suprema Corte rechaçou a argumentação da defesa de que se tratava de responsabilidade subjetiva e que não havia culpa da administração pública na ocorrência do fato, tendo reconhecido a aplicação da teoria objetiva agravada pela falha do serviço de guarda e vigilância de presos, ao deixar o Estado de fiscalizar e cumprimento da pena e argumentou-se, até, sobre a ineficiência estatal em promover a gradual e efetiva ressocialização do preso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF RE 573595 AgR / RS. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. EROS GRAU. 2ª T. Julgamento: 24/06/2008. DJe de 15-08-2008)

No julgado acima, RE 573595, o pedido da procuradoria de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para que se considerasse a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado e o conseqüente reconhecimento de ausência de culpa do Estado no ato criminoso foi negado por votação unânime. Foi reconhecida a responsabilidade objetiva e afirmada a existência do nexo de causalidade, devido ao curto espaço de tempo que se seguiu entre a fuga e o delito, 25 (vinte e cinco) dias, além de se agravar a responsabilidade do Estado pela inércia em se proceder diligências para a recaptura do fugitivo.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, embora notadamente defensora da corrente subjetivista com relação à responsabilidade do Estado pelos danos causados por omissão, reconhece que o entendimento sobre o tema vem se alterando juntos aos tribunais superiores, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal:

Ainda quanto à responsabilidade do Estado por omissão, o Supremo Tribunal Federal vinha exigindo, para a caracterização do nexo de causalidade, a teoria do dano direto e imediato. Serve como exemplo acórdão envolvendo indenização devida a vítimas de homicídios praticados por fugitivos de penitenciárias; a Corte vinha reconhecendo a responsabilidade do Estado quando não há rompimento da cadeia causal (ou seja, quando existe ligação direta entre causa e dano), mas elide tal responsabilidade quando já tenham passado “meses” da fuga, por falta de nexo causal. A teoria do dano direto e imediato, expressamente mencionada em acórdão do STF, citando Agostinho Alvim, “só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim: ‘os danos indiretos e remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposta não existam, aqueles danos são indenizáveis. (PIETRO, 2014, pág. 729)

Contudo, adverte a doutrinadora que (PIETRO, 2014) tal entendimento está se modificando junto à suprema corte, concedendo-se uma maior amplitude à responsabilidade do Estado, independentemente da aplicação da teoria do dano direto e imediato, havendo casos em que o Estado foi responsabilizado pelo dano causado a particular por terceiro tendo como causa a falta de policiamento ostensivo em local de alta periculosidade⁴.

⁴ O Estado de Pernambuco foi condenado a pagar todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marca-passo Diafragmático Muscular (MDM) ao agravante. Segundo

Essa decisão deixou de considerar situações como concausas e a imediatividade, ao definir que a omissão do Estado foi causa suficiente para que a vítima sofresse o prejuízo e não reconheceu o ato de terceiros, no caso, o assaltante, como excludente do nexo de causalidade entre a omissão do Estado e a lesão sofrida.

Cita ainda a doutrinadora, caso julgado pelo STF (PIETRO, 2017), em que se considerou a omissão do Estado em cumprir a Lei de Execução Penal como causa suficiente para responsabilizá-lo pelo crime de estupro cometido por fugitivo de penitenciário. Cita as palavras do relator, Min. Joaquim Barbosa, “tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que proporcionou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de doze anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro”⁵.

Portanto, percebe-se que os dois julgados paradigmáticos citados exemplificam bem a mudança de entendimento junto à Suprema Corte do país sobre a responsabilização do estado pelos danos causados por foragidos do sistema penitenciário. Vem ocorrendo uma maior relevância da potencialidade de risco das atividades exercidas pelo estado e o reconhecimento da situação de vulnerabilidade social do cidadão e, sobretudo, a hipossuficiência jurídica, diante desse quadro, que torna ao terceiro tarefa demasiadamente onerosa

o Informativo no 502, “entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das conseqüências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa responsabilidade” (STA 223-AgR, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, julgamento em 14-4-08).

⁵ RE 409.203, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 7-3-06, DJ de 20-4-07)

pleitear a indenização tendo que comprovar a culpa, ainda que anônima, do ente público.

Fernanda Marinela (2015), após citar o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho sobre entendimento de que nas condutas omissivas do estado não se admite a responsabilização sem a comprovação de culpa, enaltece o declínio das recentes decisões em se reconhecer enfaticamente a teoria objetiva da responsabilidade por omissão em alguns casos específicos e, citando julgados invocados pelo ministro Gilmar Mendes durante julgamento de caso específico de omissão do Poder Público Municipal em ato de fiscalização, casos estes em que se entendeu na Corte Suprema pela aplicação da responsabilidade objetiva, alerta a doutrinadora que

Apesar de todo o respeito ao trabalho do autor [referindo-se à José dos Santos Carvalho Filho], essa não é a posição adotada pela maioria das decisões dos tribunais nacionais. Hoje o assunto se apresenta de forma bem divergente, sendo fácil perceber que o tema está em mutação, admitindo em grande parte dos julgados a teoria subjetiva, mas já é possível identificar algumas decisões, ainda corrente minoritárias, que, mesmo na omissão reconhece-se a teoria objetiva com objetivo de proteger sempre mais a vítima. (grifo nosso) (MARINELA, 2015, pag. 962)

Neste contexto, importante julgado do STJ que confirmou acórdão de Tribunal de Justiça onde se propugnou pelo reconhecimento do nexo de causalidade, quando decorrido lapso temporal comumente invocado como excludente da causalidade, conforme circunstâncias delineadas na ementa a seguir.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO, COM DISPARO DE ARMA DE FOGO, COMETIDO POR APENADO, SUBMETIDO AO REGIME SEMIABERTO, QUE ESTAVA FORAGIDO. PARAPLEGIA DA VÍTIMA, ATINGIDA PELO PROJÉTIL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DA PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A OMISSÃO DO AGENTE PÚBLICO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz da prova dos autos, restou configurado o nexo de causalidade entre o dano e a omissão do ente público. Concluiu o julgado, ainda, que "o Estado do Rio Grande do Sul, por seu turno, não fez qualquer prova de que tenha tomado alguma providência para a recaptura do apenado,

restringindo a negativa de responsabilidade sob a tese de inexistência de nexo causal", e que, "sendo ele evadido do regime semiaberto, tinha o estado o dever de vigilância, bem como, uma vez confirmada a fuga, envidar esforços para recapturar o apenado, o que não ocorreu". Ademais, concluiu que "o tempo transcorrido entre a fuga e prática do novo delito, (aproximadamente um ano), é curto, não sendo suficiente para que se considere como excludente do nexo causal". Assim, para infirmar as conclusões do julgado e afastar a responsabilidade do Estado, seria necessário, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória, inviável, na via eleita, a teor do enunciado sumular 7/STJ. Precedentes do STJ. II. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 505.718/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014)

Assim, mesmo tendo o crime que resultou em lesão ao particular ter ocorrido cerca de um ano após a fuga, o STJ confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde se afirmou que o tempo de aproximadamente um ano transcorrido entre a fuga e o dano é curto e, portanto, inapto a afastar o nexo de causalidade.

Em outro importante julgado, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, reconheceu-se, da mesma forma, a responsabilidade do Estado de forma mais abrangente, conforme se vê na seguinte ementa:

EMENTA: CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ESTADO DE MINAS GERAIS. VIOLÊNCIA E AMEAÇAS DE TERCEIRO. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. OMISSÃO EM CUMPRIR O RESPECTIVO MANDADO. AMEAÇA CONCRETIZADA. ASSASSINATO DO FILHO DA AUTORA. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - Sob a ótica da Suprema Corte, a responsabilidade relativa a ato omissivo é objetiva. - Reunidos todos os elementos da responsabilidade civil, demonstrada omissão relevante e injustificável do Estado de Minas Gerais, que não cumpriu a tempo e modo mandado de prisão preventiva contra criminoso que ameaçava a família da autora, concretizada a ameaça, com o assassinato de seu filho adolescente, procede o pedido de indenização por danos materiais e morais. - O valor da indenização deve atender à função de amenizar a dor e sofrimento de uma mãe, e também desincentivar novas condutas equivocadas. - De acordo com a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça a pensão mensal deve ter como termo final a expectativa de vida do brasileiro de acordo com dados do IBGE, mas a fixação deve levar em conta os limites do pedido, estabelecidos pela parte autora. V.v. - ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ESTADO DE MINAS GERAIS. MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO. ASSASSINATO DO FILHO DA AUTORA. MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA EM ABERTO. INÚMERAS TENTATIVAS DE CAPTURA POR PARTE DO ENTE ESTATAL. CRIMINOSO FORAGIDO. DESÍDIA E NEGLIGÊNCIA NÃO EVIDENCIADAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. Em que pese o lamentável ocorrido, uma vez demonstrado que o Estado tentou, por diversas vezes, cumprir o mandado de prisão preventiva do criminoso, não havendo indícios de que os réus tenham agido com desídia ou negligência, a manutenção da sentença de improcedência é medida que se impõe, porquanto ausentes os elementos necessários a amparar o pleito indenizatório da autora. (TJMG - Apelação Cível 1.0611.12.000450-6/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/03/2018, publicação da súmula em 16/03/2018).

Pode-se perceber que no julgado acima, TJMG - Apelação Cível 1.0611.12.000450-6/001, o acórdão, ainda que por maioria de votos, reconheceu a responsabilidade do Estado pelo dano causado por foragido que, mesmo não sendo evadido do sistema penitenciário, mas que, havendo contra ele mandado de prisão em aberto, veio a cometer crime de homicídio contra filho da autora da ação, após recorrentes ameaças contra a família. No caso, foi relevada a situação de o Estado não ter cumprido a tempo e modo o mandado de prisão preventiva contra o causador do dano.

Por derradeiro, insta reafirmar que, embora os julgados trazidos à baila em que se reconheceu a responsabilidade do Estado, inclusive com a aplicação da teoria objetiva, há decisões que, incompreensivelmente, em situações análogas, se afastou a responsabilidade do Estado por alegada inexistência do nexos de causalidade, como se vê na ementa a seguir.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO. OMISSÃO. DANOS MORAIS. CRIME PRATICADO POR FORAGIDO DA FEBEM. ART. 37, § 6º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. Inexistência de nexos causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fugitivo. 2. Não existindo nexos causal entre a fuga do apenado e o crime praticado, não se caracteriza a responsabilidade civil do Estado. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AI 463531 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. 2ª T. Julgamento: 29/09/2009. DJe de 23-10-2009)

No caso acima, o crime foi cometido apenas 04 (quatro) dias após a fuga do menor infrator recolhido à FEBEM e, no julgamento, foi decidido pela ausência do nexos de causalidade entre a fuga do menor e o cometimento do ato infracional, justamente pelo lapso temporal, ainda que pequeno.

Como visto, em algumas decisões, o lapso temporal, até superior aos quatro dias de fuga referenciados no julgado acima, já foi invocado para

responsabilizar o Estado, como sendo suficiente para reconhecer-se o nexo de causalidade, contudo, essa última decisão é representativa da ainda relutante divergência jurisprudencial que se tem travado em torno do assunto.

6 CONCLUSÃO

De fato, o Estado foi criado para organizar a sociedade e para prestar-lhe serviços básicos para a boa convivência do homem em sociedade, sobretudo para garantir e assegurar, materialmente, os direitos de segunda geração, tais quais saúde, educação e segurança.

Ao exercer o monopólio das atividades de segurança, a administração pública lança mão do *jus puniendi* e cria os recursos e mecanismos necessários para tal, como a execução da pena privativa de liberdade imposta, após o devido processo legal, àqueles que transgrediram as regras penais, cujo objetivo é a ressocialização do recluso.

A lei impõe e a sociedade assim espera que essas atividades sejam exercidas com o mais perfeito zelo, até porque, é atividade que beneficia a toda a coletividade e um ou outro cidadão não pode arcar com as mazelas que dela decorram, não é justo que alguém, sozinho, suporte eventual efeito colateral de uma atividade a que se aproveitam todos, como ocorre com as questões ligadas à segurança pública.

Já houve, de fato, a fase em que a responsabilização do Estado pela sua omissão era demasiadamente difícil de ser provada e quase inalcançável pelo particular, contudo, com o advento da Teoria Objetiva, caracterizada pelo Risco Administrativo, adotado como regra, a tarefa de se perquirir a indenização por danos sofridos foi abreviada, deixando-se de lado a necessidade de se provar a culpa da administração pública.

Essa responsabilidade imposta ao Estado é consubstanciada, sobretudo, no § 6º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual atribui responsabilidade às pessoas de direito público e prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem.

Deste dispositivo legal, notória celeuma doutrinária e jurisprudencial tem sido travada ao longo das últimas décadas acerca do seu alcance e

aplicabilidade, diante dos inúmeros casos concretos em que se questiona a responsabilidade do Estado por omissão de seus agentes.

A dicção do referido dispositivo constitucional é demasiadamente abstrata e insuficiente para delinear o caminho a ser percorrido pelo julgador, sobretudo considerando-se os requisitos legais para se imputar a responsabilidade ao Estado pela omissão.

Face aos entendimentos doutrinários e as decisões jurisprudenciais, a corrente majoritária sempre foi de que o Estado responde objetivamente apenas pelos danos a que der causa por comportamentos comissivos e, subjetivamente, por comportamentos omissivos.

Contudo, conforme demonstrado, com base na doutrina e jurisprudência atuais, esse entendimento está mudando, sobretudo nos tribunais superiores, cujo maior expoente, o Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela aplicação da teoria objetiva nos casos de omissão do Estado em relação aos crimes cometidos por apenados foragidos do sistema penitenciário.

Isto porque, com base na Teoria do Risco Administrativo e com o aval justificador do fundamento da Repartição dos Encargos Sociais, não pode um só cidadão absorver os efeitos indesejados de uma atividade prestada pelo Estado e, frisa-se, atividade de risco, como é a guarda de pessoas perigosas. Ora, se o Estado exerce a atividade e ela guarda um risco potencial, ele deve arcar com os prejuízos causados a terceiros por situação que se ligue ao exercício da atividade, ainda que decorrido o dano de uma omissão estatal. Essa é a essência da responsabilidade objetiva, decorre do simples exercício da atividade de risco.

Embora haja essa gradual mudança de entendimento em favor do particular, viu-se que as decisões judiciais tem se baseado na análise do elemento nexa de causalidade, sobretudo considerando-se a existência de concausas e o lapso temporal decorrido entre a fuga e o dano. Tem sido adotada então a teoria do dano direto e imediato. Todavia, pelas decisões trazidas, percebe-se nítida falta de padronização, pois, já se decidiu tanto pela responsabilização quanto pela não responsabilização do Estado em casos concretos extremamente semelhantes.

Entretanto, há que se reafirmar que a adoção da teoria objetiva da responsabilidade, com base no risco administrativo, não é adotada de forma

unânime. Há ainda decisões em todas as instâncias recursais que invocam a teoria subjetiva para apreciar a matéria, sob relutante argumentação de que o Estado não foi o causador do dano cometido pelo foragido do sistema penitenciário.

Ainda, foram demonstradas também decisões recentes que tem reconhecido a responsabilidade de o Estado indenizar até mesmo quando o causador do dano não foi o preso foragido, mas sim pessoa com mandado de prisão expedido e que não foi cumprido a tempo de se evitar o cometimento do delito e, em outra situação, reconheceu-se pela indenização por assalto a mão armada ocorrido em local de alta incidência criminal, independentemente da condição do causador do dano. Tais decisões parecem estar deixando de lado a questão do dano direto e imediato e abrangendo ainda mais a responsabilidade por omissão do Estado no que tange a segurança pública. Abstraindo-se os aspectos e implicações sociais desses julgados, verifica-se uma maior proteção às vítimas em detrimento das deficiências do Estado.

Enfim, cabe lembrar que o tema não é ainda pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias. As recentes decisões, pautadas pela responsabilidade objetiva, seja pela teoria do dano direto e imediato e até mesmo as mais recentes, que parecem estar abrangendo a responsabilidade estatal, dão claro sinal de que o judiciário milita em favor de conferir maior proteção ao particular prejudicado e, em contrapartida, agravar a responsabilidade da administração pública, porém, imperioso se faz que a matéria seja o quanto antes pacificada pela Suprema Corte, pois é ainda permeada pela insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M. ; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BRAGA NETO, F. P.; FARIAS, C. de; ROSENVALD, N. . **Curso de Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRAGA NETTO, F. P. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em

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

Acesso em 10 abr. 18.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

Acesso em 20 abr. 18.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp 719.738/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 22/09/2008.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp 980.844/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 22/04/2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental. AgRg no AREsp 505.718/RS, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI 463531 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. 2ª T. Julgamento: 29/09/2009. DJe de 23-10-2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. RE 369820/RS, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 27-02-2004.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. RE 136.247-2-RJ, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20-6-2000, RT, 783:199.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. RE 130.764/PR, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJ 07/08/1992.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. RE 460812/MG AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 08/05/2007, DJe-023 DIVULG 24-05-2007 PUBLIC 25-05-2007 DJ 25-05-2007.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. RE 607771 AgR / SC. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator (a): Min. EROS GRAU. 2ª T. Julgamento: 20/04/2010. Dje de 14-05-2010.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. RE 573595 AgR / RS. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. EROS GRAU. 2ª T. Julgamento: 24/06/2008. Dje de 15-08-2008.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível 1.0394.13.003714-3/001, Relator(a): Des.(a) Renato Dresch , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/09/2016, publicação da súmula em 13/09/2016.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível 1.0431.07.034736-1/001, Relator (a): Des.(a) Judimar Biber , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/02/2014, publicação da súmula em 21/02/2014.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível 1.0611.12.000450-6/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/03/2018, publicação da súmula em 16/03/2018.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil**. Obrigações. Responsabilidade Civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 7: responsabilidade civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, C. A. B de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

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

NADER, P. **Curso de direito civil**, vol. 7: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. (Org.). Edições Especiais Revistas dos Tribunais. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PIETRO, M. S. Z. di. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINTO, H. E. **Responsabilidade Civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. Vol. único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.