

Divergência jurisprudencial na responsabilidade civil do estado por atos omissivos

Jurisprudential divergence on the civil liability of the state for acts of omission

Helder Braz Alcantara¹

RESUMO

O presente artigo analisa a divergência jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, quanto à necessidade de demonstração do elemento subjetivo. Por meio de uma abordagem qualitativa, o estudo utiliza revisão bibliográfica e análise dos julgamentos proferidos pelos tribunais superiores. Partindo dos conceitos atinentes à responsabilidade civil no direito privado, busca-se elucidar a responsabilidade civil do Estado e demonstrar a divergência existente nos tribunais superiores quanto à responsabilização por atos omissivos. Conclui-se pela existência de diferentes posicionamentos, no que tange à adoção da teoria subjetiva ou objetiva, a depender do tribunal superior e do tipo de omissão verificada no caso.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Atos omissivos. Divergência jurisprudencial.

ABSTRACT

This article analyzes the divergent case law regarding the civil liability of the State for acts of omission, regarding the need to demonstrate the subjective element. Using a qualitative approach, the study utilizes a literature review and analysis of judgments handed down by higher courts. Based on concepts related to civil liability in private law, the study seeks to elucidate the civil liability of the State and demonstrate the divergences existing among higher courts regarding liability for acts of omission. The conclusion is that there are different positions regarding the adoption of the subjective or objective theory, depending on the higher court and the type of omission observed in the case.

Keywords: Civil liability. Acts of omission. Divergence in case law.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado não traz inovações no ordenamento jurídico, uma vez que as classificações, requisitos e elementos da responsabilidade civil, própria do Direito Privado, foram albergados pelo direito publicista.

¹ Auditor do Estado da Controladoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (CGE-MS). Advogado inscrito na OAB/MS. Especialista em Gestão Pública, em Direito Processual e em Direito Administrativo. Graduado em Farmácia, ocupou o cargo de Técnico em Regulação e Vigilância Sanitária da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Todavia, no que tange à responsabilidade estatal subjetiva por omissão, denotam-se adaptações nos elementos da responsabilização civil clássica, a fim de caracterizar o elemento subjetivo no conceito de culpa anônima.

Partindo dos conceitos atinentes à responsabilidade civil no direito privado, o presente estudo busca elucidar a responsabilidade do Estado por atos omissivos para, em seguida, demonstrar a divergência existente nos tribunais superiores quanto à (in)existência do elemento subjetivo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO PRIVADO

A responsabilidade civil tem por objetivo restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano (restaurar o *status quo ante*), restabelecendo o equilíbrio social. Assim, a responsabilidade jurídica é um fenômeno social, que ocorre quando há prejuízo (exteriorizado socialmente), diferentemente da responsabilidade moral e religiosa, que existe apenas no campo da consciência individual (sem repercussão na ordem jurídica).

Obrigação e responsabilidade são institutos jurídicos diferentes, uma vez que o segundo surge após o inadimplemento do primeiro. Em resumo, a responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. Destarte, enquanto a obrigação é um dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou secundário (dever de indenizar o prejuízo ou – em outras palavras – de recompor o dano) que decorre da violação do primeiro.

A responsabilidade civil tem por interesse (fonte geradora) restabelecer o equilíbrio violado pelo dano, de modo que ao “indenizar” se propõe o restabelecimento da situação anterior (de “não dano”). Assim, a indenização será fixada em função da diferença entre a situação atual e a situação anterior, restituindo ao lesado o *status quo ante* (na medida do possível). Atualmente, a responsabilidade civil baseia no princípio do *restitutio in integrum*, que é caracterizada pela reposição completa da vítima à situação anterior à lesão.

A responsabilidade civil constitui-se, portanto, como uma sanção civil, de natureza compensatória, que tem uma função essencialmente ressarcitória. Ademais, para Gagliano & Pamplona Filho (2004, p. 23), “três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva”.

É importante ressaltar que existem duas formas de reparação de dano: natural ou indenizatória. Nesse sentido, a reparação natural ou específica é caracterizada pela entrega do próprio objeto (ou de objeto de mesma espécie em substituição ao lesado), com o objetivo de restaurar a situação alterada pelo dano. Já a reparação pecuniária ou indenizatória (mais comum) ocorre devido a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior, mesmo que haja a reparação natural. Em princípio, a reparação deve ocorrer *in natura*, com a reposição das coisas ao estado anterior (*status quo ante*), devendo a indenização pecuniária ser subsidiária.

Ainda acerca dos conceitos introdutórios, convém enfatizar que a responsabilidade civil pode ser classificada, quanto ao fato gerador, em responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual (legal ou aquiliana). A responsabilidade contratual se origina da inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral (inadimplemento), em que a partir de uma relação obrigacional pré-existente surge uma outra obrigação (não decorrente do contrato) Por outro lado, a responsabilidade aquiliana, que não se origina de relação jurídica anterior, surge a partir da inobservância da lei (lesão a um direito).

Sob outra ótica, quanto ao fundamento, a responsabilidade civil pode ser subdividida em responsabilidade subjetiva, em que é necessária a demonstração de dolo ou culpa (por ação ou omissão), e responsabilidade objetiva, que se baseia na teoria do risco e dispensa, portanto, a prova de dolo ou culpa.

De início, a responsabilidade civil foi construída a partir da teoria subjetiva. Com a modernidade, verificou-se que essa teoria se revelava insuficiente para a proteção da vítima, surgindo então a teoria do risco (responsabilidade objetiva). Pela teoria do risco, aquele que lucra com uma situação (aufere os cômodos) deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (suportar os incômodos), segundo o princípio da equidade.

Já em relação ao ônus probatório, enquanto na responsabilidade contratual o ônus da prova competirá ao devedor, que só se isentará da obrigação de indenizar se provar que houve

excludente do dever de indenizar (caso fortuito ou força maior), pois há presunção de culpa pela inexecução da obrigação contratual; na responsabilidade aquiliana o ônus *probandi* caberá à vítima, que deverá comprovar a culpa do agente (se responsabilidade subjetiva) ou demonstrar o nexo de causalidade ou caso relativo à teoria do risco (se responsabilidade objetiva).

Assim, a responsabilidade civil pode ser conceituada como a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. Ou seja: é a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa, ou de uma circunstância legal que a justifique (como a culpa presumida, por exemplo), ou por uma circunstância meramente objetiva.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil possui previsão na Constituição Federal de 1988 (CF/88), que dispõe em seu art. 5º, inciso V, sobre o direito fundamental “de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Especialmente quanto à responsabilização por dano moral, convém ressaltar que os direitos da personalidade têm por fundamento os direitos assegurados pela Constituição, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e no direito fundamental da intimidade, vida pessoal, honra e imagem das pessoas, que assegura “direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, CF/88).

Por sua vez, o Código Civil de 2002 (CC/2002) dispõe que:

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.**

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

[...]

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

A respeito do ato ilícito, Tartuce (2019, p. 470) esclarece que o “ato ilícito é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém”.

Em uma análise minuciosa, percebe-se que o art. 186 do CC/2002 estabelece que dois elementos são necessários: “violar direito e causar dano a outrem”. Ou seja, mesmo que haja violação a um dever jurídico e haja culpa/dolo, se não for verificado prejuízo (dano), não será devido indenização. Por outro lado, mesmo que haja licitude (ato lícito), pode haver a obrigação de indenizar (como os atos praticados em estado de necessidade, por exemplo).

Consoante entendimento doutrinário, são pressupostos (elementos) da responsabilidade civil: conduta do responsável (ação), dano, nexo de causalidade (entre a ação e o dano, é a relação de causa e efeito) e fundamento da responsabilidade (culpa e risco).

A ação pode ser comissiva ou omissiva, voluntária (dolo) ou involuntária (culpa *stricto sensu*), ilícita (fundada na culpa) ou lícita (fundada no risco). É importante esclarecer que a ação ou omissão pode infringir um dever legal (arts. 186 e 927 do CC/2002), contratual (art. 389 do CC/2002) ou social (arts. 187 e 927 do CC/2002).

Quando a ação infringir um dever social, há o exercício irregular de direito (ou seja: o ato é praticado com abuso de direito). O ato abusivo é lícito em seu conteúdo, mas ilícito na sua forma de execução, pois fere o fim que a sociedade atribuiu a esse direito. Ressalta-se que o abuso de direito pode ser avaliado mediante duas concepções, subjetiva (analisa a intenção do agente) ou objetiva (analisa o ato em si e suas consequências), acarretando – respectivamente – a responsabilidade subjetiva ou objetiva (dominante). Nesse sentido, convém citar o enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, o qual dispõe que “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”

O dano pode ser patrimonial (material) e/ou extrapatrimonial (moral), os quais são acumuláveis, conforme entendimento consubstanciado na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que dispõe que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”.

O dano patrimonial é a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima. Portanto, é avaliado em dinheiro e aferido pelo critério diferencial (confronto entre o patrimônio existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se não houvesse a lesão). O dano extrapatrimonial (dano moral), em sentido próprio, o dano moral constitui aquilo que a pessoa sente, causando na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Nesse diapasão, “para sua reparação não se requer a determinação de um *preço* para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo*, *derivativo* ou *sucedâneo*” (TARTUCE, 2019, p. 592).

O nexo de causalidade é o “elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito” (TARTUCE, 2019, p. 537). Convém esclarecer que o nexo de causalidade entre o dano e a ação não está presente quando há umas das causas excludentes da responsabilidade: força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima. Por sua vez, a culpa concorrente da vítima enseja indenização atenuada (proporcionalmente).

Por fim, em relação ao fundamento da responsabilidade, é possível perceber que este foi modificado ao longo do tempo. Desse modo, a responsabilidade – inicialmente baseada na culpa (*lato sensu*) – passou a existir sob os fundamentos da culpa presumida e, por fim, da teoria do risco. Destarte, o fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado apenas na culpa, passando a existir também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas (responsabilidade oriunda do risco-proveito, do risco criado, do risco profissional, do risco da empresa).

2.2 RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO

De início, convém esclarecer que a Constituição Federal dispõe que o Estado deve responder pelos danos ocasionados por seus agentes independentemente de culpa (responsabilidade objetiva):

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.

Essa previsão também se encontra elencada no Código Civil:

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

Conforme entendimento da doutrina majoritária (CARVALHO, 2021, p. 359-360), esses dispositivos consolidam a teoria do risco administrativo. Em apertada síntese, essa teoria responsabiliza o ente público, objetivamente, mas admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações.

Por se tratar de responsabilidade objetiva, basta a presença de três elementos: conduta, dano e nexo de causalidade. Por ser adotada a teoria do risco administrativo, a responsabilidade pode ser *excluída* por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior ou *atenuada* pela culpa concorrente da vítima.

Assim, denota-se que a Constituição republicana não diferencia a responsabilidade civil do Estado para os casos de conduta por ação ou omissão, de modo que – em sentido literal – a responsabilidade civil do Estado por atos estatais omissivos é objetiva.

A despeito da determinação constitucional e legal acerca da responsabilidade civil do Estado, que não faz distinção entre atos comissivos ou omissivos para aplicação da responsabilidade objetiva, “a doutrina e jurisprudência dominantes reconhecem que, em casos de omissão, aplica-se a teoria da responsabilização subjetiva, onde o elemento subjetivo está condicionando o dever de indenizar” (CARVALHO, 2021, p. 361).

O entendimento de que a responsabilidade estatal por omissão é subjetiva encontra guarida na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL E CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. **A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos.**

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, com base nos elementos fáticos e nas provas constantes no processo, concluiu pela inexistência de comprovação tanto do nexo de causalidade entre o ilícito civil e os danos experimentados, quanto da má prestação de serviço público, por atuação culposa da Administração Pública. A revisão da questão demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no REsp 1.628.608/PB, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/6/2017; AgRg no REsp 1.345.620/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 2/12/2015; AgRg no AREsp 718.476/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turmam, DJe 8/9/2015; AgInt no AREsp 1.000.816/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 13/03/2018.

É importante asseverar que a responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos:

[...] não é aquela apresentada ou defendida pela teoria civilista, ou seja, não depende da demonstração de dolo ou culpa do agente público, mas sim da **responsabilização decorrente da culpa anônima**. Relembre-se que tal teoria entende que a má-prestação do serviço ou a prestação ineficiente geraria a responsabilidade subjetiva do Estado. Nesse caso, para fins de responsabilização do ente público, **não se precisa comprovar a culpa do agente, bastando a comprovação da má prestação de serviço ou da prestação ineficiente do serviço ou, ainda, da prestação atrasada do serviço** como ensejadora do dano. (CARVALHO, 2021, p.361)

Assim, existem quatro “elementos definidores da responsabilidade do Estado em casos de omissão de seus agentes: o comportamento omissivo do Estado, o dano, o nexo de causalidade e a culpa do serviço público” (CARVALHO, 2021, p. 361-362). Além disso, considerando os ensinamentos da ilustre professora Fernanda Marinela (2012, *apud* CARVALHO, 2021, p. 362), convém acrescentar “mais uma exigência da responsabilidade por omissão: dano evitável, quando era possível para o ente público impedir o prejuízo, mas ele não o fez”.

Desse modo, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina majoritária, só haverá responsabilidade estatal por atos omissivos se for demonstrada, pelo particular prejudicado, a conduta omissiva do Estado, o dano suportado, o nexo de causalidade

(entre a omissão estatal e o dano) e a existência da culpa do serviço público (bem como a evitabilidade do dano).

Convém esclarecer que, preliminarmente, o Supremo Tribunal Federal possuía entendimento de que a responsabilidade do Estado por atos omissivos também era de índole subjetiva, a exemplo do verificado nos seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDÁRIO POR OUTRO PRESIDÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º.

I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexó causal entre o dano e a ação administrativa.

II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses.

IV. Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da *faute de service*.

V. - R.E. não conhecido.

(STF, RE 179147, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 12/12/1997, publicado em 27/02/1998)

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 nexó 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 nexó 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.”

(STF, RE 369820, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, publicado em 27/02/2004)

Posteriormente, a Suprema Corte passou a defender entendimento em sentido diverso, no sentido de existir responsabilidade civil objetiva do Estado por conduta omissiva:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. JUIZ DE PAZ. REMUNERAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. DANOS MATERIAIS. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NÃO DEMONSTRADOS NA ORIGEM. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

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

2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

3. O Plenário da Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que a remuneração dos Juízes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro.

4. Agravo regimental não provido.

(STF, ARE 897890 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, publicado em 19/10/2015).

Em uma análise minuciosa, é possível vislumbrar que o entendimento da Suprema Corte distingue a responsabilidade do Estado segundo o tipo de omissão verificada no caso concreto, com fundamento na teoria do risco criado (risco suscitado). Assim, se a omissão estatal é específica, haverá responsabilidade objetiva do Estado. Por sua vez, se a omissão estatal for genérica, a responsabilidade estatal será subjetiva.

Nesse sentido ilustra Matheus Carvalho:

[...] em algumas circunstâncias, o Estado cria situações de risco que levam à ocorrência de dano. Por meio de um comportamento positivo, o Estado assume o risco de gerar danos a particulares. Assim, nesses casos, o Estado responde objetivamente por ele, ainda que não se demonstre conduta direta de um agente público. As situações mais corriqueiras decorrem da guarda de pessoas ou de coisas, como é o caso dos detentos de um presídio, de crianças dentro de uma escola pública, de carros apreendidos no pátio do Departamento de Trânsito, de armazenamento de armas. (CARVALHO, 2021, p. 362).

O entendimento no sentido de que a responsabilidade estatal por omissão é objetiva, com fundamento na teoria do risco criado, quando existir um dever legal específico de cuidado e proteção (omissão específica), é verificada – respectivamente – nos temas 592 e 366 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

Em 2016, quando do julgamento do tema 592, a Suprema Corte decidiu que a responsabilidade estatal pela morte de detento é decorrência da “inobservância do seu dever específico de proteção”, previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.

2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).

4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arripio do texto constitucional.

6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.

7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.

8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

9. In casu, o tribunal a quo assentou que ino correu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.

10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.

(STF, RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, publicado em 01/08/2016).

Por sua vez, em 2021, quando do julgamento do tema 366, a Suprema Corte decidiu que a responsabilidade estatal por omissão, por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, necessita a “violação de um dever jurídico específico de agir”:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR.

1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE.

2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício.

4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: **“Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”**.

5. Recurso extraordinário desprovido.

(STF, RE 136861, Rel. Min. Edson Fachin, Relator p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11/03/2020, publicado em 22/01/2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os posicionamentos jurisprudenciais elucidados no presente trabalho, denota-se a existência de divergência de entendimento entre os tribunais superiores.

Nesse sentido, enquanto o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria subjetiva para responsabilização estatal por atos omissivos (independentemente de a omissão ser genérica ou específica), o Supremo Tribunal Federal adota a teoria objetiva para os casos de omissão estatal específica, admitindo-se a teoria subjetiva apenas no caso da omissão genérica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 10 jun. 2025.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm >. Acesso em: 3 jun. 2025.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual., v. III. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, FLÁVIO. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – Volume 2**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.