

CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NAS CONDUTAS OMISSIVAS.

Joseleni Andréia GAVA¹
Sandro Marcos GODOY²

RESUMO: O presente trabalho traz considerações a respeito da complexa questão da responsabilização do Estado nos casos omissivos de modo a vislumbrar um dos pressupostos essenciais, o nexo causal, como diretriz na imputação da responsabilidade civil. Avaliar as condições mediante quando o dano deve ser atribuído de forma objetiva ou subjetiva a alguém que causou prejuízo a um terceiro. Além da esfera cível, o ângulo de apreciação passa pelo direito administrativo e constitucional, a qual se consolida nas garantias fundamentais de toda pessoa. O Estado como agente omissivo e o cenário atual no Ordenamento Jurídico Brasileiro nas causas que ensejam em causalidade múltipla. Enfim, a delimitação do âmbito de responsabilização civil ao ente Estatal em sua conduta omissiva.

Palavras – Chaves: Responsabilidade Civil. Estado. Omissão. Nexos Causais. Dano. Causalidade Múltipla.

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil vem cada vez mais tomando uma direção conflituosa no Ordenamento Jurídico Brasileiro nos dias atuais, a crescente demanda jurisdicional tem relação direta com o dever de indenizar.

Tanto a obrigação contratual ou extracontratual advém de um dever de fazer ou não fazer algo que inevitavelmente constrói em resultado. Este por sua vez, danoso e aí a necessidade de conectar a ação ou omissão ao evento ensejador do dano.

Surge a causa, a ligação entre um elemento e outro, o que parece tão lógico à primeira impressão, certamente não o é. O agente causador do dano estabelece uma relação com algo ou alguém de modo a ferir, transgredir a proteção de um bem pertencente a um terceiro ou de uma coletividade.

¹ A autora é discente do 8º termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente

² O autor é Doutor em Direito pela FADISP- Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo; Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes – UNIVEM – mantido pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha de Marília; Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente; Professor e orientador na graduação e pós-graduação na UNIMAR – Universidade de Marília e do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente; Advogado da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo- SABESP.

Delimitar a causa incidente no evento danoso e extrair o dever de indenizar do agressor de forma a reparar, atenuar os prejuízos físicos e mentais como compensação do direito violado.

Quando no polo passivo a figura do Estado se faz presente pela sua conduta omissa, a pergunta surge em meio ao direito público e privado, qual seriam os limites e abrangência da responsabilização Estatal na omissão?

Procuramos nos pautar pelos princípios civilistas em primeiro momento e depois à esfera administrativa, mais inflexível. No entanto quando direitos primordiais são violados os princípios constitucionais devem ser analisados como maior amplitude e relevância jurídica.

O nexos causal no âmbito administrativo está pautado em uma racionalidade e exatidão que muitas vezes não condiz com a realidade vivenciada por uma sociedade.

Não que o nexos causal possa tomar nova conceituação diante da esfera a qual seja motivo de contestação. O fato está diretamente ligada a construção de que por se tratar do Estado como agente agressor ou negligenciador a fórmula do nexos de causalidade se feche a critérios rígidos e imutáveis.

Investiga-se através deste artigo a visão atual de uma responsabilização mais equânime e próxima do particular em polo ativo. A ideia de que quando punimos o Estado somos nós que arcamos com as despesas talvez não seja mais escudo para deixar de apontar sobretudo a forma omissa com a qual o Poder Estatal opera sobre os administrados, todos nós.

Daí, a necessidade do estudo não como utopia meramente, mas como possibilidade de reparação e prevenção aos danos causados.

A função educativa aplicada ao particular para que este não torne a agir ilicitamente poderia ser visualizada quanto a Responsabilidade Civil do Estado na conduta omissiva quando pensada em um ativismo judicial. Portanto seguem algumas considerações e análises sobre o assunto.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

A noção de responsabilidade amplamente discutida da esfera cível parece assumir uma esfera de direitos mais específicos quando o assunto é

responsabilização estatal. Quase sempre atribuímos o dever de indenizar, reparar, compensar à conduta ativa dos agentes estatais.

O que se verifica quando o não agir, não fazer, não fiscalizar, ou melhor, realizar tais ações de modo precário, insuficiente, resultando em um nada ou quase nada atingem o patrimônio material e imaterial do particular no exercício do Poder Público.

Surge então a conduta omissiva do Estado que se alastra nas cadeias em que presos são mortos, da criança a qual foi negligenciado atendimento médico-hospitalar, vítima de bala perdida, estradas com nenhuma ou pouca sinalização ocasionando acidentes de trânsito, das pontes em mal estado de conservação que desabam, dos acidentes ambientais irreparáveis, etc.

Quanto às condutas omissivas, não se trata de quaisquer omissões, contudo aquelas desproporcionais, descuidadas, desprovidas de eficiência que ferem a primazia de um Estado eficiente e que tutela os direitos mínimos existenciais da sociedade.

A polêmica jurídica que discorre sobre a responsabilidade por omissão está no fato de não ter regulamentação, consta na Constituição a conduta ativa na qual responsabiliza o Estado de modo objetivo pelos atos de seus agentes causarem danos a terceiros.

O Estado deixa de agir e conseqüentemente não consegue impedir o resultado lesivo causando prejuízo seja ele de ordem material ou moral.

Segundo entendimento de Mazza (2017, p. 477):

A doutrina tradicional sempre entendeu que nos danos por omissão a indenização é devida se a vítima comprovar que a omissão produziu o prejuízo, aplicando-se a teoria objetiva. Ocorre que a teoria convencional da responsabilidade do Estado não parece aplicar-se bem aos danos por omissão, especialmente diante da impossibilidade de afirmar-se que omissão “causa” o prejuízo. A omissão estatal é um nada, e nada não produz materialmente resultado algum.

Não se estipula os parâmetros para a conduta omissiva e isso abre caminhos para entendimentos diversos e conflitantes, mas que contribuem para a visão mais interligada à constitucionalidade ante as normas privadas civilistas.

2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O que se observa quanto à imputação de responsabilidade estatal na conduta omissiva não é a que se verifica quando a conduta é comissiva, esta de fato muitas das vezes se resolve objetivamente.

As omissões do Estado antigamente tendiam ao entendimento de uma responsabilidade pautada na objetividade. Atualmente não há uma linha decisória, conduta comissiva gera responsabilidade objetiva, por ora a omissiva gera subjetividade. Não tão óbvio assim. Tem-se um dano a ser reparado e o Estado é chamado em juízo.

Há casos em tese que a vítima é tão injustiçada não cabendo alternativa a não ser responsabilizar o ente estatal de forma objetiva.

O dano deve estar alinhado ao nexos causal e em torno deste deve girar as discussões quando falamos em responsabilidade objetiva, não se analisa o grau de culpa, simplesmente relaciona a conduta omissiva geradora do dano com o prejuízo à vítima. Ainda, que o Estado prove não ter culpa prevalece o dever de indenizar.

Segundo Gonçalves (2016, p. 60), explica a Teoria do Risco:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

Temos um dano, não foram empregadas as medidas necessárias, adequadas e muito menos preventivas. Não protegendo o bem jurídico que se converte em reparação/compensação. Assim, o princípio da isonomia é parte da responsabilidade civil na teoria objetiva em condutas lícitas.

A própria Legislação Brasileira vai ao encontro ao explicitado quando no Código de Trânsito responsabiliza objetivamente- por ações e omissões - o poder público pelos danos causados aos cidadãos:

Art. 1º, §3º: Os órgãos e entidades competentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito de trânsito seguro.

Referindo-se à responsabilidade objetiva em especial com menção no parágrafo 1º do artigo 927 o seguinte texto:

Aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Se partirmos da premissa de que o Estado não dando causa ao dano e inexistindo a relação de causa e efeito entre a atividade estatal e a lesão, pressupomos tão somente que a teoria do risco administrativo não se aplica e por derivação o Estado não pode ser responsabilizado.

O risco não configurando dano e não havendo como responsabilizar sem a violação do dever jurídico, quando seria cabível o Estado arcar com os danos advindos de sua omissão ante os administrados?

Presumimos, com certeza, que a atividade estatal deve ser exercida de modo seguro, eficaz e precavendo-se quanto aos danos que poderá causar a terceiros.

3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Como já mencionado anteriormente, a responsabilidade do Estado por omissão não está tão bem definida como alguns doutrinadores estabelecem, porém declina a estabelecer que o Estado responda ao menos inicialmente de modo subjetivo quando a conduta é omissa.

Conforme entendimento de Mello (2012, p. 992):

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

O Poder Público caso consiga provar que se comportou com diligência, perícia e prudência - estado isento de culpa, não deverá indenizar, o que nunca ocorreria se tal fato ocorresse na responsabilidade objetiva.

Importante lembrar que nem toda omissão gera o dever de indenizar, é necessário analisar o caso concreto e a diligência mínima que se espera do serviço a ser prestado pelo ente Estatal.

Pauta-se, portanto que este dever de indenizar é fundamento no princípio da legalidade, para proteger a vítima.

Outro ponto a ser analisado é o da culpa presumida, na visão de Neto (2017, p.111):

A responsabilidade civil por culpa presumida é uma modalidade de responsabilidade subjetiva. Na culpa presumida – como a própria denominação denuncia- a culpa continua sendo necessária. Porém ao invés da culpa ser provada pela vítima do dano, a lei presume que ela exista, por alguma razão de política legislativa. Trata-se de expediente técnico que, sobretudo no passado, quando a responsabilidade objetiva ainda não tinha o espaço que tem atualmente, buscava facilitar a situação da vítima, sobretudo naqueles casos em que a prova da culpa se mostrava problemática.

O que devemos é nos atentar ao fato da culpa presumida não ser confundida com a responsabilidade objetiva, visto que a culpa presumida parte da seguinte premissa: a lei presume a culpa, porém o ofensor (Estado) se provar ausência de culpa (negligência, imperícia ou imprudência) isenta-se da reparação.

4 OMISSÃO GENÉRICA E ESPECÍFICA

Não se trata meramente de simples omissão estatal que gera o dever de indenizar, é bem mais que isso. Dizemos ser uma omissão cercada de requisitos que ensejem diretamente na responsabilização pelos atos omissos refletidos no evento danoso. Na visão de Mello (2008, p.1003) parece identificar a especificidade da omissão.

Não bastará, então para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistido obrigação legal de impedir um evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao estado responsabilidade por um da no que não causou, pois isto equivaleria a extrai-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar-se ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

Entendemos estar de acordo com a linha que adotamos, pois se atribuirmos todos os acontecimentos danosos ao Estado, à inviabilidade de administrar a coisa pública preponderará e não é isso que se busca neste estudo.

Contudo discordamos de alguns pontos, visto quanto aos danos extremamente agressivos à vítima ou a coletividade que necessitam de uma tutela ampliada cabendo uma análise visando à garantia dos direitos fundamentais.

No entanto em análise geral, a omissão que se verifica é aquela revestida de argumentos que digam ser de forma inadequada, injusta a inação do Estado no caso concreto.

4.1 Omissão Genérica

Não é cabível responsabilizar o Estado, por todas as omissões. O Estado não é onipotente.

Como enfatiza Marinella (2014, p.1015):

Assim, apresenta-se mais uma exigência da responsabilidade por omissão, a questão do dano evitável, quando era possível para o ente público impedir o prejuízo, mas ele não fez. Aqui também cabe a discussão sobre assaltos em vias públicas, nos quais normalmente não há dever de indenizar, por ser ato de terceiro, mas se os guardas assistiam à ação do bandido e tinham como impedi-los, mas não o fizeram, há descumprimento do dever legal e, por ser um dano evitável, reconhece-se a responsabilidade.

Se pensarmos em uma responsabilização generalizada estaria de certo modo atribuindo uma função ao Estado que ultrapassa os limites do bom senso administrativo.

A sociedade é obrigada a suportar a direção e o poder soberano sobre suas cabeças, nada mais justo que exigir desse mesmo poder quando cabível o ressarcimento ao dano sofrido.

Nos tempos atuais fica difícil distinguir até onde se delimita a responsabilidade Estatal ante a insegurança nas ruas, a falta de atendimento médico adequado, a qualidade das obras públicas que expõem a população aos mais variados riscos, desmatamento de reservas ambientais, extirpação de espécies raras da fauna e flora, ataques a professores nas escolas públicas física e virtualmente.

Por isso, a omissão não se restringe, mas amplia-se o campo de responsabilização em debate polêmico e contumaz, no entanto evidentes e manifestos são as tentativas em responsabilizar o Estado conforme se verifica:

RESPONSABILIDADE CIVIL- Reparação de danos morais e materiais- Vítima de homicídio praticado por companheiro- Fato lamentável, mas sem prova de culpa da Administração – inadmissível responsabilizar o estado por todos os incidentes que ocorrem – Sentença de procedência reformada- recurso de apelação da FESP desprovido. (TJSP. Apelação nº 1002896-29.2014.8.26.0189. Relator: J. M. Ribeiro de Paula. Data do Julgamento: 07/05/2018).

Como já mencionado o Estado não poderá ser ilimitadamente responsável. E no entendimento de Mello (2014, p. 1008): “O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou”.

4.2 Omissão Específica

A questão quanto à omissão específica compreende fatores vários, o nexos causal, as circunstâncias de fato, a natureza do dano, e a própria configuração da omissão.

Imaginemos o Estado sendo responsabilizado por todos os assaltos no País, inviável, ou seja, mesmo diante do cenário que vivenciamos não é aceitável e tão pouco sensato. Há que ser uma omissão determinante, portanto específica.

Exemplo do professor agredido em sala de aula por aluno, a escola tinha conhecimento das ameaças sofridas pelo educador? Se tivesse, por qual motivo não tomou as medidas cabíveis e possíveis para fazer cessar. Quais atitudes foram adotadas, era o que se podia fazer ou não quis fazer?

Todas as vertentes devem ser canalizadas a fim de buscar qual responsabilização se impõe e se realmente cabe indenização.

O Estado ao passo que usando a força restringe direitos também é guardião dos direitos fundamentais, no caso, a vida, a segurança, a liberdade que são constantemente ameaçados por particulares, cabendo por tanto ao ente público impedir tais violações.

Caso em evidência quando pelos danos oriundos de enchentes as galerias pluviais, os bueiros estavam entupidos e o poder público no cumprimento do dever legal deveria zelar pela adoção de medidas preventivas obrigatórias se ficou inerte, configura responsabilização.

Na ementa é possível dimensionar o campo de aplicação:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Município de Cotia. Falecimento de transeunte decorrente de queda em bueiro destampado. Ausência de sinalização que alertasse sobre o perigo de acidente. Responsabilidade do Poder Público pelo zelo das vias públicas. Nexo de causalidade entre a morte e a falha na prestação do serviço configurado. Precedente desta 10ª Câmara. Dano moral que subsiste em razão da morte do pai das autoras. Pedestre que possivelmente estava alcoolizado no dia dos fatos, conforme noticiado por familiares. Culpa concorrente corretamente reconhecida na sentença. Circunstância que deve ser ponderada na fixação da indenização, conforme já decidido por este Tribunal de Justiça. Apuração dos consectários legais, conforme decidido pelo S.T.F. no julgamento do RE nº 870.947-SE (Tema 810). Correção monetária, desde o arbitramento, conforme Tabela Prática do TJSP que adota o IPCAE. Juros monetários, desde o arbitramento, nos termos do artigo 1-F da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. Sentença que julgou procedente o pedido. Manutenção. Recurso não provido, com observação. (TJSP. Apelação. Relator Paulo Galizia. Data de Julgamento: 07/05/2018).

De outro modo, na ausência dos pressupostos ensejadores que advém do dolo, ou da culpa (negligência, imperícia e imprudência) não há que exigir qualquer tipo de responsabilidade.

4.3 Correntes Doutrinárias

Temos no Código Civil, cláusulas gerais na qual prevê a responsabilidade subjetiva no seu artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Quanto à responsabilidade subjetiva, regida pelo referido artigo, tem quatro pressupostos: I. Ação ou Omissão; II. Dano; III. Nexo Causal; IV. Dolo ou culpa. Lembrando que a culpa embora não incida diretamente na responsabilidade civil do Estado, em alguns casos tem sim relevância.

Temos que o valor da indenização não se mede pelo grau de culpa, mas pelo prejuízo ocasionado à vítima. No artigo 944 do Código Civil, a partir do dano fixa a reparação, sendo que caso haja um desproporcionalidade entre a culpa e o dano, o juiz poderá estabelecer um critério pautado no bom senso.

Enfim, a responsabilidade subjetiva é mais tradicional, clássica, amplamente conhecida.

Segundo Neto (2017, p. 111) entende:

Cabe esclarecer, por fim, que em casos de omissões estatais, boa parte da jurisprudência tem exigido a prova de culpa. A prevalecer esse entendimento, a responsabilidade objetiva do estado ficaria restrito às ações estatais, enquanto as omissões seguiriam o caminho da responsabilidade

subjetiva. A análise dos julgados, porém, mostra que nem há tanta diferença prática como poderíamos a princípio imaginar, pois que a culpa estatal quase sempre está presente. Em boa parte dos casos, por incrível que possa parecer, a culpa, o descaso, a negligência estatal são tão evidentes que a responsabilidade civil se impõe sem maiores questionamentos.

Ao longo da história a teoria da culpa administrativa, teoria da culpa anônima, teoria da culpa de serviço, teoria do acidente administrativo, e outras tiveram certa importância na responsabilização do ente público, porém hoje estão superadas.

Basicamente elas têm diversas denominações, mas um mesmo objetivo, ou seja, não precisava a vítima provar a falha do agente público, no entanto necessitava provar a falha do serviço sendo essencial na configuração da responsabilização.

Na verdade, tal premissa não vigora nos casos de ações do Estado, contudo nas omissões, a qual nos interessa a falta de serviço, ou a comprovação da inércia na prestação do serviço público pode ter seu valor ampliado na resolução da lide.

5 NEXO CAUSAL

O nexo de causalidade ou o nexo causal sendo elemento da relação de causa e efeito do evento danoso em que correu uma conduta culposa ou um risco criado, é sem dúvida pressuposto essencial.

A responsabilidade civil objetiva não sobrevive sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente, inexistindo a referida relação não há obrigação de indenizar. Daí surge o ponto estratégico da responsabilidade e sua importância na caracterização do dano.

Na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou lato sensu, que inclui o dolo ou a culpa estrita. Em contrapartida, na objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco.

Na seara da responsabilidade civil, o nexo causal possui duas funções, sendo a primeira fundamental que é a de conferir a obrigação de indenizar aquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a produção do dano. Quem produziu o dano é o responsável por indenizá-lo independentemente de culpa ou risco.

Quanto à segunda função, está pautada na aferição da extensão do dano, a o passo de sua reparação, ou melhor, quem repara o dano e quais os efeitos gerados dos danos são reparados. Portanto, jamais é possível separar o nexo de causalidade da responsabilidade civil atribuindo o resultado à mera sorte.

Contudo, é fato que não é a culpabilidade que determina a medida da responsabilização, mas a causalidade.

Tema árduo e controverso, devendo ser analisado com cautela e parcimônia. Vê-se que nem sempre quem praticou o fato ou atividade danosa será o responsável.

5.1 Conceito e Teoria

O segundo elemento a ser enfrentado na responsabilidade civil e a primeira análise a ser verificada antes mesmo de avaliar a culpa ou não do agente será necessário identificar a causa que ocasionou o resultado.

A linha tênue que delimita o campo de responsabilização e conduz o julgador ao alcance da imputação do agente mediante sua conduta ativa ou passiva ante a circunstância fática conflituosa.

Segundo Diniz (2014, p.131) o conceito de nexo causal pode ser assim definido:

O vínculo entre o prejuízo e ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Esta poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Temos que nem sempre é tão fácil definir quais danos surgiram de determinados atos ou omissões praticadas. Pode haver um fato ensejador de diversas causas e ainda vários danos de um só fato, e ainda de diversas naturezas quais sejam patrimoniais, extrapatrimoniais, presentes e futuras.

Além dos danos causados surgem outros que indiretamente estão ligados ao fato e aí como se verificará se deverão ser considerados e indenizados, uma nuvem escura paira sobre a questão.

Então parece cabível partimos para a análise das três principais teorias abordadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, fazendo uso da menção didática de Tartuce (2015, p.514), temos:

Teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (sine qua non)- enuncia eu todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil. Segundo Tepedino, “considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não teria ocorrido se não fosse à presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso”. Essa teoria, não adotada no sistema nacional, tem o grande inconveniente de ampliara em muito o nexo de causalidade.

Referida teoria é mencionada no Código Penal em seu artigo 13, porém exige o dolo do agente na maioria dos casos, ao contrário do que ocorre na esfera cível em que a culpa é considerada em sentido amplo, ou mesmo a dispensa desta na teoria objetiva.

A teoria da equivalência das condições recebe críticas e não se consolida na atual estrutura jurídica brasileira por estender em demasiadamente o âmbito de alcance da responsabilização.

Contudo vamos ao encontro da reflexão exaurida por Rosenvald (2016, p.412):

A falta de cientificidade dessa teoria para o direito e sua concepção por demais atrelada aos conceitos naturalísticos de causa e efeito é evidente. Se para a física e a matemática pode fazer sentido esta interpretação condicionalística, para o direito é um convite à arbitrariedade e à imputação *ad eternum* dos efeitos danosos. (2016, pg. 412).

Partindo de uma análise jurídica da causa, e não mais naturalística como teoria anterior, a Teoria da Causalidade Adequada baseia-se na probabilidade do evento danoso. O ofendido deverá provar o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. No entanto, cabe ao ofensor excluir a relação de causalidade pela via de interrupção do nexo causal.

Para o autor Flávio Tartuce, esta teoria consta nos artigos 944 e 945 do Código Civil, sendo prevalecte em sua opinião, sem se esquecer de que há no referido instituto menção à Teoria do Dano Direto e Imediato ou Teoria da Interrupção do Nexo Causal no artigo 403 e que já constava no artigo 1060 do Código de 1916.

Só devem ser reparados os danos aos quais decorrem como efeitos necessários da conduta do agente causador. Porém há posicionamentos no sentido

de esta teoria cause uma rigidez capaz de gerar injustiças em situações em que existam danos indiretos que resultaram do comportamento do agente.

Na mesma linha desta teoria surge a teoria da necessariedade, sendo um braço do princípio da proporcionalidade consistindo em uma submissão ao artigo 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto da lei processual.” Não sendo possível a indenização do dano remoto.

Não é plausível definir a responsabilidade ilimitadamente, mas quanto à responsabilização quanto aos lucros cessantes como ficariam diante dessa teoria?

Quando se desloca a competência para o Estado, a questão no âmbito da causa não torna mais fácil e sim mais difícil de ser analisada.

Conforme Cahali (2012, p. 73) escreve,

O STF examinando a causa geradora da responsabilidade civil do Estado manifestou-se no sentido de que a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal: A responsabilidade do Estado, embora objetiva, não dispensa, obviamente, requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

O que nos parece tão somente ao posicionamento da Suprema Corte quanto à Teoria do Dano Direto e Imediato, não se encontra consolidada ainda, mesmo que fortemente defendida e sustentada a questão do nexo causal, pois como já dito antes sendo necessária a identificação não somente da causa de omissão Estatal, mas de outras causas, as concausas.

Segundo Cavalieri Filho (2007, p.58) as concausas seriam assim definidas:

Concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal. Em outras palavras, concausas são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si só, produzir o dano. O agente suporta esses riscos porque, não fosse a sua conduta a vítima não se encontraria na situação em que o evento danoso a colocou.

Além dos eventos relacionados às concausas que tanto podem ser preexistente e as supervenientes ou concomitantes, ocorre outro elemento, ou seja, a “causalidade comum” ou “coparticipação”, ou melhor, a “solidariedade”. Temos que, a vítima sabe de onde surgiu o evento danoso, porém não consegue

individualizar com exatidão o agente causador surgindo daí a responsabilização solidária.

Uma vez estabelecido o nexos causal entre a conduta e o dano, a vítima deve ser indenizada na proporção da extensão do dano. Diante desse fundamento, o artigo 942 do Código Civil traduz a solidariedade tanto contratual como extracontratual em: “Se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

O que se tem verificado é que por vezes invoca-se a Teoria da Causalidade ou por outra a Teoria do Dano Direto e Imediato, e até confunde-se uma com outra. Na realidade procuramos justificar a conduta com o dano e por certo não há fórmula perfeita a ser aplicada nos casos concretos.

Com o cuidado de não limitar a esfera de responsabilização e nem ampliá-la, doutrinadores, juristas fazem uso essencialmente das duas últimas teorias para explicar o nexos de causalidade atualmente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas não obstante as teorias não se encerram somente nas mencionadas.

5.2 Nexos Causal na Responsabilidade Civil do Estado por ato omissivo

Se sob a ótica do Direito Civil o nexos causal encontra entraves, diferente não seria quando o assunto é a responsabilidade civil do estado nos casos de omissão, dependerá sim do caso concreto para definir os liames da questão.

Segundo entendimento de Neto (2017, p.211):

Se as normas jurídicas não estabelecem o nexos de imputação entre a omissão e o dever de indenizar, não haveria efeito a partir da omissão. Se o nexos causal é questão das mais relevantes em qualquer análise da responsabilidade civil, talvez se possa dizer que, nos casos de danos ligados a omissões, ele é ainda mais importante. Não é simples nem fácil caracterizar com clareza o nexos causal que liga a omissão ao dano.

Tendo em vista que o Poder Público não pode simplesmente se eximir de suas obrigações sem observar as circunstâncias reais. Caso haja a prestação de serviço de modo eficiente e precavido, contudo não foi possível evitar o evento danoso por força alheia à vontade estatal, não é devida a responsabilização.

Quando ocorre a omissão do Estado, conclui-se então que o referido agiu ou não agiu de forma adequada para evitar o dano, e podendo fazê-lo não o faz deve indenizar.

Conforme Cahali (2012, p. 72) descreve:

A Administração atua, na esfera que lhe é própria, através de seus órgãos; estes, por sua vez, utilizam-se de pessoas físicas como titulares de seus diversos setores ou para servirem de seus agentes; em condições tais, a responsabilidade da pessoa coletiva é sempre resultante da atuação de indivíduos que agem em seu nome ou como seus representantes.

No exemplo do preso que decide cometer suicídio dentro do presídio. Antes de tudo, o Estado tem a tutela do preso e deve zelar pela integridade do sentenciado.

Deverão ser investigadas quais as providências a serem tomadas para evitar o evento, se objetos foram inseridos dentro da cela sem a devida vigilância esperada pelo carcereiro.

A necessidade de detectores de metais e que não dispunha ou em má estado de funcionamento pelo presídio contribuem para a responsabilização. O dever de fiscalização ineficaz e desprovido de condutas mínimas.

No entanto quando o Estado preserva os serviços mínimos exigidos não tendo como evitar o suicídio, parecer dificultoso estabelecer o nexos e assim responsabilizar o Poder Público.

5.3 Flexibilização do Nexos Causal e Omissão Estatal

A exemplo do contido no artigo 1º da Lei 10.309-/01 editada após o atentado terrorista de 11 de setembro em que: “Fica a União autorizada a assumir as reponsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas brasileiras no Brasil ou no exterior”.

Ocorre que não há nexos causal, mas mesmo assim será o dano indenizado. No passado não seria possível à flexibilização, porém passa a ser viável. Não só normativamente mais predominantemente jurisprudencial.

Como se verifica no recurso de apelação:

APELAÇÃO- RESPONSABILIDADE CIVIL- Danos morais e estéticos – Autor que sofreu acidente automobilístico e necessitou realizar cirurgia de emergência no maxilar, todavia, esta não se efetivou por falta de materiais na Santa Casa de Jacareí – omissão e negligência da Administração – Inadmissibilidade – Lapso temporal, que impediu, posteriormente, a intervenção cirúrgica- Descabimento – Aplicação dos artigos 186 e 927 do CC- Responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, §6º, da CF- Omissão do réu configurada- Indiscutíveis transtornos morais sofridos pelo autor em razão da espera por prazo indeterminado para realização de cirurgia de emergência – Dano Estético- Inocorrência – Não obstante a

inércia do réu em proceder à cirurgia, o autor não sofreu deformidade ou qualquer alteração na região maxilar- Laudo Pericial- valor do dano moral que deve ser fixado no montante de R\$ 10.000,00- Observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade- Precedente desta E. 11ª Câmara de Direito Público- sentença de improcedência reformada- Recurso parcialmente procedente a fim de condenar o réu ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de dano moral, aplicados os Temas nº 905, item 3.1 (STJ) e nº 810 (STF). (TJSP. Apelação. Relator Marcelo L. Theodósio. 11ª Câmara de Direito Público. Data do Julgamento: 04/05/2018).

Vale mencionar o comentário do Mello (2014, p.1009), no tocante o enunciado:

(...) estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo estado. É que a lesão deriva de um a situação criada pelo Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem o autor do dano, compõe por ato seu, situação propícia à eventualidade de um dano.

Neste ponto, é válido ressaltar que ao fazer uso da Teoria do Dano Direto e Imediato cabem exceções, talvez possamos falar na subteoria da causa necessária geradora do evento danoso. Aplicabilidade no contexto fático e não probabilístico tão somente.

Por outro ponto de vista poderíamos supor que o estado não seria responsável pelos atos de terceiros, conhecidos como atos de multidões, passeatas grevistas, partidárias, arrastões, ou seja, os mais diversos movimentos reivindicatórios.

Por tanto, tais situações não geram o dever de indenizar devido o fato de não preencherem os elementos definidores da responsabilidade para o ente estatal no caso a conduta e o nexo de causalidade. Porém o que se observa em alguns casos é a omissão do Poder Público em garantir um mínimo de proteção em prevenção aos que poderão ocorrer.

Uma vez o dano sendo evitável e o Estado flagrantemente deixado de impedir por derradeiro descumprir um dever legal e logo há o dever de indenizar. Aí temos então mais um exemplo de flexibilização ou modulação do nexo causal.

6. CONCLUSÃO

A responsabilidade Civil do Estado nos vem no passar dos anos adquirindo um aspecto mais próximo dos princípios constitucionais e civilistas a partir do momento que começa a vislumbrar o nexo causal de modo mais adequado à necessidade da vítima em ter o bem da vida reparado.

Contudo extrapolar o âmbito de responsabilização por todos os eventos danosos e atribuí-los ao Estado não parece viável nem impõe uma conduta regular e eficiente esperada do Poder Público.

Quando temos divergências doutrinárias a respeito de como analisar o nexo causal, em especial quanto à conduta omissiva do ente estatal, tendo em vista a complexidade que é já devida ao assunto, a nosso ver só enriquece a eficácia das decisões judiciais.

Rompido a rigidez a qual opera a administração do “bem público” baseada em atos discricionários e imperativos, surgem interpretações diversas do antes pensado na esfera administrativa.

Passamos a analisar a conduta do Estado e exigir uma eficiente gerência dos bens, em que nós, os administrados, somos atingidos quando o Estado indeniza uma vítima, em tela, pelo sua negligência, imperícia, imprudência. “O tão conhecido ‘não fazer’, deixar fazer’, ‘não querer realizar”, um nada, ou melhor, um nada que começa a vislumbrar um elemento diferenciador na existência do nexo de causalidade em tempos atuais.

Não se confundindo com o elemento ‘culpa’, mas com um dos pressupostos elementares da responsabilidade civil, o nexo causal.

Enfim, a visão moderna e ainda tímida da imposição ao Estado do dever de reparar, prevenir o evento danoso toma novos ares e rumos ainda incertos, porém com eficácia mais ampla e condizente com as realidades vivenciadas por toda uma sociedade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 207 p.

BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do Instituto da Responsabilidade Civil do Estado na Conduta Omissiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 47, p.245-280, jul./set. 2011.

BRAGA NETO, Felipe. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador- BA: Juspodivm, 2017. 416 p.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 560 p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 560 p.

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de curso**. – Presidente Prudente, 2007. 110 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Responsabilidade Civil**. 28. . 764 p.

FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. Salvador- BA: Juspodivm, 2016. 968 p.

GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa**. Birigui: Boreal, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 816 p.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2014. 1224 p.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1187 f.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 1138 p.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador- Ba: Juspodivm, 2016. 888 p.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: Orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 389 p.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Gen, 2016. 1717 p. 1717 f.

TRALDI, Maria Cristina. **Monografia passo a passo**. Campinas-SP: Alínea, 2010.

ÚNGARO, Gustavo Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Estado e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012. 210 p. (EDB).

Jurisprudência

TJSP. **Apelação 1002896-29.2014.8.26.0189**. Relator. J.M. Ribeiro de Paula. 12ª Câmara de Direito Público. Data do Julgamento: 07.05.2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 09 mai. de 2018.

TJSP. **Apelação 0011297-50.2013.8.26.0292**. Relator. Marcelo L. Theodósio. 11ª Câmara de Direito Público. Data do Julgamento: 04.05.2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 09 mai. de 2018.

TJSP. **Apelação. Reexame necessário 1006515-44.2015.8.26.0152**. Relator. Paulo Galizia. 13ª Câmara de Direito Público. Data do Julgamento: 07.05.2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 09 mai. de 2018.