

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA GUARDA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Maria Luiza Castro Maia¹

Leonardo Medeiros Júnior²

RESUMO

Contemplam-se, mediante uma visão dialética do conhecimento, os diferentes aspectos da responsabilidade civil do Estado, em relação aos danos causados aos particulares que estejam sob sua custódia ou guarda direta, mediante a Teoria da Guarda. Nesta, o Estado ostenta a posição de garante, assumindo o dever legal de assegurar a integridade física e psíquica de seus particulares. Consideram-se conceitos e entendimentos doutrinários, além de jurisprudências pátrias na apreciação de casos concretos, que demonstram a evolução da teoria da responsabilidade e a sedimentação do entendimento pela responsabilização estatal quando da ocorrência de dano ao particular, imputável à Administração. Perquire-se a consequência da responsabilidade imputada ao Estado, que revela o dever de indenizar o prejudicado em caso de eventual dano causado, independentemente da aferição de dolo ou culpa. Vislumbra-se que o montante indenizatório pecuniário tem caráter preventivo, objetivando que a conduta danosa não volte a se repetir, e punitivo, pelo próprio dever de reparação do dano.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Teoria da Guarda. Dever de reparação.

THE GUARD THEORY APPLICATION IN THE STATE LIABILITY

ABSTRACT

It is contemplated, through a dialectic view of knowledge, the different aspects of state liability, in relation to damage caused to individuals that are under its custody or direct guardianship, using the theory of the guard. In this theory, the State boasts the position of warrant, assuming the legal duty to ensure the physical and mental integrity of its individuals. It is considered concepts and doctrinal understandings, as well as case law homelands in assessing individual cases, which demonstrate the evolution of the theory of liability and the sedimentation of understanding for State accountability in the event of damage to particular, attributable to the Administration. It is ascertained the consequence of responsibility attributed to the State, which reveals the duty to indemnify the injured in case of any damage caused, irrespective of benchmarking about deceit or guilt. It is glimpsed that the amount of money has a preventive character, aiming that the harmful conduct does not repeat itself, and punitive, by its own duty to repair the damage.

Keywords: State liability. Theory of the guard. Duty to repair.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: marialuizacastro@hotmail.com.

² Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN E-mail: leonardomedeiros@tjrn.jus.br.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil é um instituto originado no Direito Civil. Consiste na obrigação de indenizar um dano moral, patrimonial ou estético decorrente de uma conduta humana. Segundo as lições de Carvalho Filho (2009), a existência de um fato e sua imputabilidade a alguém, constituem requisitos imprescindíveis ao instituto da responsabilidade. A ocorrência do fato é o verdadeiro elemento impulsionador da situação jurídica em que reside o dano. Ademais, existe a necessidade de que o indivíduo responsável pelo dano tenha aptidão jurídica para responder pela ocorrência do fato.

Ainda no entendimento do mesmo administrativista o dever de indenizar decorre de um ilícito cometido. Porém, em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico determinará o dever de reparação, com base na responsabilidade civil, mesmo de fatos decorrentes de condutas lícitas.

Os doutrinadores Paulo e Alexandrino (2010) consideram que a responsabilidade civil não se confunde com as responsabilidades administrativa e penal, pois são três esferas de responsabilização distintas, em regra independentes entre si, podendo as sanções respectivas serem aplicadas separadas ou cumulativamente, conforme as circunstâncias de cada caso.

Tal constatação se coaduna com a disciplina de Carvalho Filho (2009), segundo a qual as responsabilidades são em princípio, independentes, podendo eventualmente conjugarem-se entre si, mas isso só ocorrerá se a conduta violar simultaneamente normas de naturezas diversas, civil, penal e administrativa.

Aplicando-se o instituto da responsabilidade à seara do Direito Administrativo, o causador do dano e conseqüente obrigado em indenizar o particular prejudicado será o Estado, em decorrência da atuação de seus agentes públicos. A obrigação consiste e se exaure em reparar economicamente os danos causados.

Para o Professor Meirelles (2010), a responsabilidade civil da Administração é a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de reparar o dano causado a terceiros, por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

Ficou consagrada em nosso ordenamento jurídico, segundo Pietro (2010), a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, segundo a qual o dolo e a culpa só são exigidos para o direito de regresso contra o funcionário causador da lesão ao particular.

Tal teoria se materializa no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, (BRASIL, 1988. p. 38):

Art. 37. *Omissis*

§ 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.

Pondera Carvalho Filho (2009) que é possível destacar os dois tipos de pessoas jurídicas sujeitas à responsabilidade objetiva: as de direito público, como era de se esperar e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, mediante delegação, representando uma inovação. A intenção do Constituinte foi de sujeitar à responsabilidade civil, aquelas pessoas que, embora de personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, inicialmente, caberiam ao ente estatal.

1.1. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

a) IRRESPONSABILIDADE ESTATAL

Durante o Estado déspota e absolutista europeu predominou o princípio da irresponsabilidade estatal. Sustentava-se o poder infalível dos monarcas para justificar a irresponsabilidade do Estado, através das conhecidas expressões “The king can do no wrong”, “L’état c’est moi” e ainda os seguintes motivos apontados por Medauar (2001), Várias concepções justificavam tal isenção, dentre as quais: o monarca ou o Estado não erram; o Estado atua para atender ao interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso; a soberania do Estado, poder incontestável, impede seja reconhecida sua responsabilidade perante o indivíduo.

A concepção era a de que o funcionário público causador do dano seria pessoalmente responsável pela indenização ao particular.

A hipótese de responsabilização e consequente indenização do Estado ao lesado era, nas palavras de Cavalieri Filho (2009), considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços, além de que o funcionário não é considerado órgão imediato da Administração Pública, sendo ambos sujeitos diferentes, e mesmo o agente estatal agindo fora dos limites de seus poderes, não obrigava, com seu fato, a Administração, a qual jamais poderia ser equiparada aos administrados.

Portanto, como o particular prejudicado só poderia demandar contra o funcionário e não diretamente contra o Estado, não raro as indenizações restavam frustradas em virtude da insolvência daquele.

Com o decorrer do tempo, esta teoria foi amplamente questionada, neste sentido, apontado por Cavalieri Filho (2009, p. 247), inclusive: “Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por ato próprio do Estado?”

Segundo Mello (2009), o reconhecimento da responsabilidade do Estado diante de qualquer texto legislativo, teve por marco principal o famoso aresto *blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873, apesar de que nele constasse que a responsabilidade do Estado não era geral, nem absoluta, e que se regulava por regras especiais.

Conforme Gasparini (2007), a doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas nações a aprovarem a doutrina da responsabilidade foram os Estados Unidos e a Inglaterra, respectivamente, pelo Federal Tort Claim Act, de 1946 e pelo Crown Proceeding Act de 1947.

Procedeu-se, então para uma fase de concepção civilista da responsabilidade estatal, que no entendimento de Cavalieri Filho (2009), é consubstanciada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante).

b) TEORIAS CIVILISTAS

b1) Teoria dos Atos de Império e de Gestão

De acordo com esta teoria, os atos estatais seriam divididos em atos de império e de gestão. Seriam de império quando baseados eminentemente no poder soberano do Estado e por este motivo não suscetíveis de responsabilização e consequente indenização ao particular lesado.

Já os atos de gestão seriam aqueles tipicamente estatais, proferidos por seus agentes, em situação de paridade jurídica entre o Estado e o particular. Por estes atos o Estado seria responsabilizado pelas regras da responsabilidade subjetiva, incumbindo ao particular prejudicado o dever de comprovar que o agente estatal agiu com falta de conduta que resultou numa lesão a direito.

O jurista Bittencourt (2007) arremata sobre a referida teoria que durante a prática de atos de gestão, o Estado atuava em posição de igualdade frente aos particulares, podendo ser responsabilizado de acordo com os princípios do Direito Civil. Por outro lado, se o Estado estivesse editando atos de império, com todas as prerrogativas de sua autoridade, estaria acobertado por um direito especial, exorbitante do direito comum, não tendo o dever de reparar o dano causado.

A dificuldade frequente em identificar se um ato era de império ou de gestão acarretou a difícil aplicação prática da referida teoria, motivo pelo qual evolui-se para a adoção da responsabilidade subjetiva.

b2) Teoria da Responsabilidade Subjetiva

Segundo esta teoria, não mais existe diferença entre atos de império e de gestão da Administração Pública, a qual poderia ser responsabilizada por todo e qualquer ato praticado por seus agentes, em caso de dolo ou culpa. Mais uma vez a comprovação da existência destes elementos ficava a cargo do particular prejudicado.

Atualmente referida teoria vem sendo aplicada nas hipóteses de atos omissivos praticados pelo agente estatal que acarretam dano ao particular, bastando a este a prova de que cabia ao Estado o dever de evitar que a lesão ocorresse e não o fez.

Analisando esta teoria, Carvalho Filho (2009) pontifica que a consequência da responsabilidade civil subjetiva do Estado, na hipótese de conduta omissiva, só se

desenhará quando presentes os elementos que caracterizam a culpa. Esta se originará, com o descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.

c) TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

Para Meirelles (2010), a teoria da culpa administrativa figura o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo subsequente, pois considera a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração.

Em seu ver, não se averigua a culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, *faute du service*, segundo a doutrina francesa, como fato gerador da obrigação de reparar o dano causado a terceiro.

Segundo ele, exige-se, também, uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de “culpa administrativa” ou “culpa anônima”, uma vez que bastava comprovar o mau funcionamento do serviço público, ainda que fosse impossível definir quem foi o agente estatal causador da lesão.

Carvalho Filho (2009) aponta três formas possíveis de falta do serviço: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Nas três hipóteses, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa e para que o particular prejudicado tivesse direito à reparação, tinha que prová-la.

Leva-se em consideração uma culpa geral pela má prestação do serviço público para caracterização da responsabilidade e consequente dever de indenizar. Em termos gerais, os pressupostos da culpa administrativa são: dano + nexo causal + má prestação do serviço.

d) TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Para a teoria do risco administrativo dispensa-se a comprovação de culpa dos agentes estatais, seja por atos omissivos, comissivos ou pela falta do serviço.

O dever de reparação surge tão somente com a existência dos requisitos do dano, sem que tenha concorrência do particular para tanto, e o nexo de causalidade atribuído ao Estado, até mesmo pela inobservância de seu dever legal de cuidado.

Segundo Meirelles (2010), não há que se cogitar da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre a ocorrência do fato danoso ocasionado por ação ou omissão do Poder Público.

Ainda em seu entendimento, esta teoria baseia-se no risco que a atividade pública submete aos particulares e na possibilidade de acarretar danos a determinados administrados, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Em compensação a essa desigualdade social, toda a coletividade deve concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública.

Conclui que o risco e a solidariedade social são basilares nesta teoria, da qual emana a justiça distributiva, em razão da partilha dos encargos, o que tem sido acolhido nos Estados modernos, e introduzido no Brasil em 1946 através do art. 196 da Constituição Federal de 1946.

Cumprе ressaltar que a Administração poderá se eximir ou ter sua obrigação de indenizar atenuada, caso consiga comprovar alguma das excludentes de responsabilidade: culpa exclusiva ou concorrente da vítima e fatos imprevisíveis (caso fortuito ou força maior). O ônus da prova de culpa da vítima, se existente, cabe à Administração.

Para os doutrinadores Paulo e Alexandrino (2010) não significa que na teoria do risco administrativo a Administração tenha, em toda e qualquer hipótese, a obrigação de indenizar o particular. O que ocorre é a dispensa da vítima, da necessidade de comprovar a culpa da Administração.

e) TEORIA DO RISCO INTEGRAL

No entendimento de Paulo e Alexandrino (2010), a teoria do risco integral configura uma exacerbação da responsabilidade civil da Administração. Para esta teoria, a obrigação de indenizar da Administração surge com a existência do evento danoso e o nexo causal, ainda que se comprovasse a culpa exclusiva do particular.

Referida teoria é bastante criticada por seguimento da doutrina e jurisprudência, sendo caracterizada por Meirelles (2010, p. 502) como “uma fórmula radical que conduz ao abuso e à iniquidade social”, em razão de o Estado ter que indenizar todo e qualquer dano do particular, ainda que este houvesse concorrido para a configuração da lesão.

Deve-se ressaltar, por oportuno, que atualmente a teoria do risco integral vem sendo aplicada nas situações de dano ao meio ambiente, em que o agente causador do dano, independentemente de dolo ou culpa, responde pelo dever de reparação do meio ambiente, seja de forma a restaurar o *status quo ante*, ou através da indenização pecuniária em prol do meio ambiente ou terceiros prejudicados.

Considere-se, ademais, a previsão constitucional relativa aos danos nucleares que pressupõe a aplicação da teoria do risco integral, sem que haja a possibilidade de arguição de excludente de responsabilidade, disciplinada pelo art. 21, inc. XXIII, “d”, (BRASIL, 1988. p. 31):

Art. 21. Compete à União:

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

[...]

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

A responsabilidade civil contratual é a decorrente de negócios jurídicos em que as partes, mediante este pacto, se coobrigam, porém o que se observa é a inexecução do contrato, em virtude do inadimplemento de um dos contraentes.

Como se depreende, para a caracterização da responsabilidade contratual, imperiosa é a figura da obrigação anterior que paira entre os contraentes e a consequente existência de danos indenizáveis, os quais serão reparados pelo inadimplente.

Embora a Administração Pública realize as mais variadas modalidades de contrato no âmbito do direito público, não é este tipo de responsabilidade que rege sua relação com os administrados, conforme prevê o art. 37, § 6º da Constituição Federal.

O referido dispositivo é fonte da responsabilidade extracontratual do Estado, já que nesta modalidade o dever do Estado é decorrente de lei, em seu amplo sentido, da qual se

infiere não existir uma relação jurídica obrigacional específica entre a Administração e os particulares.

Seu fundamento, segundo Paulo e Alexandrino (2010), é uma face do princípio da igualdade. Já que todos são beneficiados pelos fins da Administração, todos devem suportar os riscos decorrentes dessa atividade de maneira igualitária. A responsabilidade extracontratual admite duas formas: a subjetiva, baseada na culpa do agente e a objetiva, se fundada no risco da atividade.

Assim, vislumbra-se que na responsabilidade extracontratual, conforme abaliza Pietro (2010), o Estado tem a obrigação de reparar os danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A responsabilidade extracontratual subjetiva é decorrente de atos omissivos da Administração que acarretam dano ao particular. Porém, há de se considerar como se deu o comportamento estatal, uma vez que, segundo Carvalho Filho (2009) o Estado só será civilmente responsável e obrigado a reparar os prejuízos, quando tiver o dever legal de impedir a ocorrência do dano.

Neste sentido, na responsabilidade subjetiva, o elemento culpa, em sua ampla acepção, originado no descumprimento do dever legal conferido à Administração, sem a individualização de um agente público específico, é indispensável, cabendo ao particular lesado o ônus probatório do nexo direto de causalidade entre a lesão e a omissão do Estado.

Para Pietro (2010), isto significa que para a configuração da responsabilidade com base na omissão, deve existir o dever de agir do Estado e a possibilidade de agir para evitar o resultado danoso. Sendo a possibilidade de agir entendida como uma conduta exigível do Estado e que seja possível, situações que só poderão ser analisadas no caso concreto.

Paulo e Alexandrino (2010) destacam que esse aspecto de responsabilidade usualmente está relacionado a atos de terceiros ou fenômenos da natureza, como por

exemplo, respectivamente, delinquentes e multidões, enchentes ou vendavais, inclusive os fenômenos qualificados como de força maior. Caberá ao particular provar que uma efetiva atuação da Administração Pública seria suficiente para evitar o dano por ele sofrido.

Também há que se considerar a hipótese de a Administração ter providenciado todo o aparato para evitar que danos ocorressem a seus administrados, mas um evento da natureza alcançou maiores proporções que as expectativas estatais, pois, nessa hipótese restará descaracterizada a responsabilidade estatal.

O exemplo de tal situação apresentado por Paulo e Alexandrino (2010) aponta a ocorrência de uma enchente numa cidade, porém os sistemas de escoamento de água (galerias pluviais, bueiros) estavam em perfeitas condições, devidamente recuperados e vistoriados pela Administração Pública, porém a intensidade das chuvas findou por ocasionar a enchente. Neste caso não há qualquer parcela de culpa imputável a Administração.

A contrario sensu, seria a Administração responsabilizada pelos danos causados aos particulares se o sistema de escoamento de água estivesse entupido, sujo, propiciando o acúmulo das águas, visto que a obrigação da manutenção desse sistema é da própria Administração.

Este entendimento tem sido o de tribunais superiores, o qual ilustra-se através do aresto da decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de Agravo Regimental:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 37, § 6º, CF/88. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. FALTA DE CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ÁREA PÚBLICA. QUEDA DE ÁRVORE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS: SÚMULA STF 279. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV, DA CF/88. OFENSA REFLEXA. 1. O Tribunal a quo, a partir da análise dos fatos e das provas dos autos, concluiu que houve omissão, imputável ao poder público, que detinha o dever de conservação e manutenção de árvore, e concluiu pela responsabilidade subjetiva do agravante pelos danos causados à autora. Incidência, na espécie, da Súmula STF 279. 2. A jurisprudência dessa Corte está sedimentada no sentido de que as alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal – legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e juiz natural – podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso

extraordinário. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 830461 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe-156 DIVULG 15-08-2011 PUBLIC 16-08-2011 EMENT VOL-02566-03 PP-00466)

As considerações acerca dos danos indenizáveis e a estipulação do *quantum* indenizatório serão discutidas em momento oportuno.

4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Para a configuração da responsabilidade extracontratual objetiva o particular, ao contrário do que acontece com a responsabilidade subjetiva, está isento de ter que comprovar dolo ou culpa do agente estatal para que alcance seu direito à reparação. Basta que estejam presentes os requisitos do dano e do nexo causal atribuído a uma atividade estatal, no estrito sentido de ato comissivo.

Em idêntico sentido, Siqueira (2000) pondera que a Constituição ao determinar a responsabilidade objetiva em seu texto, exige como requisito para o dever de indenização, o nexo causal entre o dano e a atividade funcional desenvolvida pelo agente estatal. Enfatiza que o Estado será o responsável para recompor o patrimônio do particular prejudicado, tendo o direito de reaver o valor despendido através da ação regressiva em desfavor do agente causador do dano, diante da comprovação de dolo ou culpa deste.

O direito de regresso conferido à Administração está previsto na parte final do art. 37, § 6º da Carta Magna, e demonstra a incompatibilidade da denúncia da lide nos autos do processo de responsabilidade da Administração e consequente dever de indenizar, além da impossibilidade de o particular ingressar com ação indenizatória diretamente contra o agente estatal causador da lesão.

A razão de ser deste argumento é defendida por Carvalho Filho (2009) com base no pedido do particular prejudicado. Este fundamenta sua ação contra o Estado na responsabilidade objetiva, e o Estado, por sua vez, contra o agente, baseia sua pretensão na responsabilidade subjetiva, uma vez que nesta há perquirição de dolo ou culpa. Ademais, não faria sentido o particular que foi beneficiado constitucionalmente pela dispensa de

prova de culpa ou dolo do agente estatal ter que esperar o conflito entre o Estado e seu agente, baseado justamente na culpa.

Portanto, o direito de a Administração ressarcir-se do valor empregado em danos indenizatórios para o particular, em face do agente estatal, é exercido em ação autônoma, sendo, repita-se, indispensável a existência de dolo ou culpa do agente.

Este entendimento foi disciplinado na Lei dos Servidores Públicos 8.112/90, (BRASIL, 1990. p. 54):

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

(...)

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

Ademais a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, asseverou a aplicação da Tese da Dupla Garantia, esta consubstanciada na disciplina do já citado art. 37, § 2º, em que é adotada a responsabilidade objetiva quando do ajuizamento da ação de indenização do particular contra o Estado, e este por sua vez, aciona o agente administrativo causador do dano, perquirindo, no entanto a existência do dolo ou da culpa, embasada na responsabilidade subjetiva. Assim validam-se as constatações até aqui elucidadas:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, **dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.** Recurso

extraordinário a que se nega provimento.” (RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78) (Grifos acrescidos).

Infere-se, conclusivamente do aresto, somado aos ensinamentos de Paulo e Alexandrino (2010), que as pessoas jurídicas que estão obrigadas a ressarcir os danos dos particulares, quais sejam, as pessoas jurídicas de direito público, o que inclui a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas de direito público, independentemente de suas atividades, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, abrangendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadora de serviços públicos, fundações públicas de direito privado que prestem serviços públicos, além das pessoas privadas delegatárias de serviços públicos, não integrantes da Administração Pública.

Contudo, deve-se ressaltar a possibilidade de arguição das excludentes de responsabilidade por parte do Estado, uma vez que este não pode suportar o dever de indenizar todo e qualquer dano perpetrado em face do particular, sob pena de se considerar a teoria do risco integral para hipóteses não admitidas em nosso ordenamento jurídico.

Para Carvalho Filho (2009), há de se analisar o comportamento do particular lesado na consecução do dano. Pode ocorrer que o prejudicado tenha sido o único causador de seu próprio infortúnio, ou que tenha concorrido de alguma forma para a configuração do dano. No primeiro caso, não teria a Administração qualquer responsabilidade, já na segunda hipótese a indenização devida pelo Estado sofreria reduções proporcionais à sua participação no prejuízo do administrado.

Tais excludentes são denominadas culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente da vítima, respectivamente, e nesta é reconhecido o sistema da compensação de culpas, respondendo os envolvidos na medida de sua contribuição para o dano.

Fatos imprevisíveis, ou força maior e caso fortuito, como são tratados pela melhor doutrina, também são considerados excludentes de responsabilidade, segundo as lições de Carvalho Filho (2009), e são assim denominados, pois sua “ocorrência estava fora da esfera de previsibilidade do homem médio da sociedade.

Conforme o mesmo autor, quando da ocorrência de fatos imprevisíveis, estes não podem ser imputados ao Estado nem a seus agentes, desconstituindo, também o nexo de causalidade entre o fato e o dano sofrido. A consequência obtida é a excludente da responsabilidade.

Para tanto, conforme delineiam Paulo e Alexandrino (2010), é imprescindível analisar se não houve conduta omissiva da Administração que tenha concorrido diretamente para a configuração do dano. Em caso positivo, tendo o Estado deixado de prestar adequadamente um serviço pelo qual estava obrigado e que evitaria ou reduziria o resultado danoso, responderá pela reparação do prejuízo com base na responsabilidade subjetiva, inspirada na teoria da culpa administrativa.

Abalizado o aspecto da responsabilidade objetiva estatal pelos danos causados aos particulares, reflita-se acerca da materialização do prejuízo sofrido.

O *quantum* indenizatório, fixado pelo Magistrado, deve atentar aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, preservando o caráter preventivo, objetivando que a conduta danosa não se repita, além do caráter punitivo, o qual consiste na reparação do dano sofrido, sem que haja, no entanto, o enriquecimento sem causa do prejudicado.

Os danos indenizáveis são os materiais, morais e estéticos. Os materiais são os eminentemente patrimoniais sofridos pela vítima e sua configuração depende da prova do prejuízo material e do respectivo valor de mercado do objeto danificado. A reparação consiste em consertar o objeto, restabelecendo sua caracterização inicial. Sendo impossível, a solução é o ressarcimento do valor.

Os danos morais são relativos à dor íntima incomensurável, psíquica da vítima, vexame, humilhação, sofrimento, que fogem à normalidade e interferem no comportamento psicológico do indivíduo, não sendo qualquer mero dissabor da vida cotidiana.

A Desembargadora Cláudia Maia, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em julgamento de Apelação, invocou a necessidade de análise de três parâmetros para a fixação do montante indenizatório, in casu dos danos morais:

“EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURADORA. LEGITIMIDADE. DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

A indenização por dano moral visa a compensar uma lesão que não se mede pelos padrões monetários, devendo-se considerar, na sua fixação, as peculiaridades de cada caso.

Assim, o cálculo da verba indenizatória deve observar três parâmetros: o caráter punitivo ao causador do dano como reprimenda pelo ato ilícito praticado, a natureza compensatória para possibilitar à vítima se recompor do mal sofrido e da dor moral suportada, e a capacidade financeira do responsável pelo ilícito, sempre considerando que o valor indenizatório não pode constituir fonte de enriquecimento ilícito.” (Apelação Cível nº 1.0056.06.123411-0/001. 13ª Câmara Cível do TJMG. Relatora: Des. Cláudia Maia. Julgado em: 13/05/2010).

Quanto aos danos estéticos, são os que causam mudança na morfologia da pessoa, seja por perda de membros, aparecimento de cicatrizes, diminuindo-lhe a beleza ou mesmo contribuindo para sua deformidade.

Discutia-se que os danos estéticos eram derivados dos danos morais e que por este motivo não poderia haver a cumulação de pedidos. Porém a realidade atual, sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de serem os danos independentes e cumuláveis.

5. A TEORIA DA GUARDA E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA GUARDA DE PESSOAS E COISAS

Entende-se pela Teoria da Guarda o dever legal de vigilância exercido pelo Estado sobre pessoas e coisas em sua custódia, velando pela integridade destas. Fica o Estado, na posição de garante, obrigado a evitar que ocorra dano aos custodiados, ainda que decorrentes de omissão, uma vez que, sob a égide da teoria em comento, os atos omissivos fugirão à regra da responsabilidade subjetiva e ensejarão a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo.

A responsabilidade objetiva, neste caso, é baseada na omissão específica do Estado, conforme leciona Cavalieri Filho (2009), a qual é caracterizada quando, por omissão própria, o Estado cria a situação propícia para o acontecimento do evento o qual deveria

efetivamente impedir a ocorrência. Assim, a inércia administrativa é causa direta e imediata do não-impedimento do evento danoso.

Ainda no entendimento do eminente jurista, para que reste evidenciada a responsabilidade civil objetiva do Estado por atos omissivos, imprescindível é a ocorrência cumulativa dos seguintes requisitos: consumação do dano; omissão administrativa; nexo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal; e a ausência das excludentes de responsabilidade.

Paulo e Alexandrino (2010) asseveram que, nesta situação, existe a presunção em favor do particular, de que houve uma omissão culposa estatal. Em assim sendo, não há a necessidade de comprovação da culpa do Estado pelo particular prejudicado.

Outrossim, admite-se a arguição das excludentes de responsabilidade pela Administração em virtude da ocorrência de evento irresistível, imprevisível, sem qualquer relação com a atuação estatal. Neste caso, cabe ao Estado o ônus probatório de que era impossível evitar a ocorrência do referido evento que culminou no dano.

O professor Stoco (2007, p. 1107), ao tratar da análise da responsabilidade do Estado por danos causados por alunos ou a alunos de escolas públicas asseverou com clareza que:

No âmbito do Direito comum, o art. 932, IV, do CC firma a responsabilidade dos estabelecimentos de ensino pelos seus educandos, enquanto que o art. 933 especifica que sua obrigação prevalece ainda que não haja culpa de sua parte. Aliás, tratando-se de instituição particular de ensino essa responsabilidade é contratual. **Incide, contudo, a teoria da guarda e a obrigação de incolumidade como, de resto, também com relação às instituições públicas.**

(...)

Ao receber o estudante menor, confiado ao estabelecimento de ensino da rede oficial ou da rede particular para as atividades curriculares, de recreação, aprendizado e formação escolar, a entidade de ensino fica investida no dever de guarda e preservação da integridade física do aluno, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância, para prevenir e evitar qualquer ofensa ou dano aos seus pupilos, que possam resultar do convívio social.

Responderá no plano reparatório se, durante a permanência no interior da escola, o aluno sofrer violência física por inconsiderada atitude do colega, do professor ou de terceiro, ou, ainda, qualquer atitude comissiva ou omissiva da direção do estabelecimento, se lhe sobrevierem lesões que exijam reparação e surja daí uma ação ou omissão culposa.

(...).

Em verdade, a escola pública, representada pela Administração Pública, é responsável por qualquer dano que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causado por terceiro, seja ele professor, aluno, visitante ou invasor.

No que pertine à escola pública, a responsabilidade se filia ao princípio consagrado no art. 37, § 6º da Constituição Federal, configurando-se pela simples falha na garantia da incolumidade, independentemente de verificação de culpa específica de qualquer servidor. (Grifos intencionais).

Para Cavalieri Filho (2009), no momento em que a Administração Pública recebe aluno em seus estabelecimentos de ensino, assume o compromisso de velar pela sua integridade física e bem estar, devendo empregar todos os meios necessários para o regular desempenho desse encargo jurídico, sob pena de ser responsabilizada objetivamente em razão de eventuais danos sobre os alunos, decorrentes da inércia, omissão ou da indiferença dos servidores estatais.

Em memorável julgamento pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ficou consignada a responsabilidade civil objetiva de uma instituição de ensino da rede pública, que foi condenada a pagar indenização decorrente de danos morais e estéticos de uma aluna, a qual foi agredida por outra enquanto brincavam quando estavam na escola, no horário das aulas, e teve seu globo ocular removido em razão da agressão.

EMENTA: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - 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. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder

Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081)

Mantendo-se os termos da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aduziu a Turma, ainda, que a tarefa de preservar a intangibilidade física dos alunos, atribuída ao Poder Público, é indissociável do dever estatal de proteção efetiva a todos os estudantes, enquanto presentes no estabelecimento de ensino.

Ademais, assinalou-se que o Município do Rio de Janeiro incidiu em conduta de falha funcional, pois que incapaz de prover os serviços adequados e de proteção a seus alunos matriculados, acarretando resultado prático extremamente gravoso.

A consequência da quebra do dever jurídico é, como se disse, a responsabilidade civil do Estado na modalidade objetiva, com a respectiva indenização ao particular prejudicado, ou a seus sucessores em caso de óbito.

Também merece destaque a análise do caso em que um adolescente custodiado na antiga Fundação Estadual do Bem Estar do Menor (FEBEM) ateou fogo no quarto em que se encontrava e findou por ocasionar seu próprio óbito, em virtude da carbonização de 70% (setenta por cento) de seu corpo.

No caso, ponderaram os Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo que, embora o próprio adolescente tenha concorrido para a configuração do evento danoso, ele estava internado sob a guarda e custódia estatais, o que incumbe ao Ente a responsabilidade objetiva, não por ter praticado a ação danosa, mas por ter deixado que se produzisse a situação da qual o dano depende.

A genitora do adolescente pleiteou e fez jus ao recebimento de uma indenização pelos danos morais decorrentes da morte de seu filho, além do arbitramento de uma pensão mensal de caráter vitalício, no valor de um salário mínimo vigente, devido a partir do momento em que o adolescente deixasse o estabelecimento.

A antiga FEBEM recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, o qual não chegou a analisar o mérito do recurso, o que manteve, portanto, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nestes termos:

“EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA - Indenização por danos morais e materiais - Morte do filho da autora quando internado em unidade da FEBEM - Incêndio provocado pelo próprio interno - Induvidosa a matéria fática - Cabia ao Estado o dever de custódia - Situação diretamente propiciatória - Responsabilidade objetiva sobre a vertente do risco integral - Evidente inúmeras irregularidades de segurança e prevenção e combate à incêndios - Indenização majorada - Pensão mensal de caráter vitalício a partir da saída do interno do devido estabelecimento [...]” (AC 455.327.5/4-00 /SP. 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Des. Magalhães Coelho. Julgado em 18/09/07).

Para Cahali (1996), a partir da detenção do indivíduo, as autoridades policiais já são responsáveis por este, assumindo a guarda e a obrigação de adotar as melhores medidas que visem a preservação e integridade corporal do custodiado, protegendo-o de eventuais violências que possam ocorrer.

O entendimento de que a responsabilidade civil do Estado, na posição de garante, é objetiva já foi objeto de análise inclusive no Supremo Tribunal Federal que reconheceu ainda no ano de 2009 a existência de precedentes neste sentido:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Impossibilidade de reexame das provas contidas nos autos na via extraordinária. Incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. **2. Morte de detento em estabelecimento prisional. Responsabilidade civil objetiva do Estado configurada. Precedentes.** 3. Proibição constitucional de vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo. Impossibilidade da modificação da base de cálculo por decisão judicial: Súmula Vinculante n. 4.” (AI 603865 AgR, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-15 PP-03016). (Grifos adicionais).

Veja-se, ainda, julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a matéria:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE MENOR EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO. LESÕES NO OLHO DE ALUNO AO SE ENVOLVER EM ANIMOSIDADE COM COLEGA. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA DA ESCOLA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DOS DANOS MORAIS. ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. DANO MATERIAL. PENSIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO. **Estando o menor sob a tutela do Estado, já que o acidente ocorreu incontroversamente no interior de estabelecimento da rede estadual, a responsabilidade é objetiva do Estado. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.** Não restam dúvidas de que a diminuição da capacidade visual em razão do acidente e os inconvenientes por que passou o autor causaram-lhe sofrimentos passíveis de serem indenizados, visto que influíram tanto na harmonia psíquica do demandante, quanto em sua vida social. O dano moral existe *in re ipsa*, ou seja, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral. O valor arbitrado na indenização por danos morais deve atender a uma dupla finalidade: reparação e repressão. E, portanto, deve ser observada a capacidade econômica do atingido, mas também do ofensor, de molde a que não haja enriquecimento injustificado, mas que também não lastreie indenização que não atinja o caráter pedagógico a que se propõe. Dano material afastado por falta de prova dos prejuízos. Improcedência mantida no ponto. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA”. (Apelação Cível Nº 70017271156, Sexta Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do RS. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 06/03/2008).(Grifos adicionais).

Será, então, que o Estado ao receber dos pais a guarda da criança, por intermédio da escola pública, ficará sempre obrigado a zelar por sua incolumidade? Quando recebe um paciente em um hospital psiquiátrico público? E quando custodia um preso? A jurisprudência tem se inclinado para a adoção da teoria do risco administrativo, segundo a qual deve-se exigir do Estado a adoção de ações diligentes e preventivas, utilizando os meios de vigilância para evitar a ocorrência de danos.

Cumprе ressaltar que, embora exista essa tendência ao reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, há doutrinadores que sustentam a corrente da responsabilidade subjetiva do ente estatal, por omissão ao dever legal de guarda. Mello (2009) assevera que o Estado deverá ser responsabilizado quando descumprir norma legal que lhe atribua a tarefa de obstar o acontecimento lesivo.

Para o doutrinador a responsabilidade subjetiva decorre de um comportamento ilícito cometido pela Administração, proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou ainda, de manifesto propósito de descumprir a norma que o constituía na obrigação de evitar o evento danoso (dolo).

Conforme leciona, portanto, não basta para configurar-se a responsabilidade estatal a simples relação entre a ausência do serviço e o dano sofrido, insta haver a perquirição de dolo ou culpa na falha pela persecução do dever legal de impedir o dano. Considerando, para tanto, as reais possibilidades do Estado em agir eficientemente. Afinal, não estão prejudicadas as excludentes de responsabilidade como culpa exclusiva da vítima, por exemplo.

Em igual sentido foi o entendimento proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, adotando a responsabilidade subjetiva estatal pela quebra do dever de guarda da integridade física de alunos e professores.

“EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO - INDENIZAÇÃO - AGRESSÃO SOFRIDA POR PROFESSORA DA REDE PÚBLICA DECORRENTE DE ATO DE ALUNO -**RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - OMISSÃO NA DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA GARANTIR A SEGURANÇA E INTEGRIDADE FÍSICA - DEVER ESTADO** - DANO MORAL - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO 'A QUO' - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. - **Age com**

negligência e imprudência o Estado que deixa de tomar as medidas cabíveis para garantir a segurança e a integridade física dos alunos e dos docentes, porquanto tinha conhecimento das ocorrências de indisciplina relacionadas ao estudante agressor. - Se a professora, no momento da agressão, encontrava-se dentro do estabelecimento do ensino do Estado e este não tomou medida preventiva suficiente a evitar o evento danoso, não há que se falar em culpa de terceiro. - A correção monetária, em se tratando de indenização por danos morais, deve incidir a partir da prolação do 'decisum'." (Apelação Cível nº 1.0024.09.534843-9/001. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de MG. Relatora: Des. Sandra Fonseca. Julgado em: 25/01/2001.) (Grifos intencionais)

Em sua fundamentação a Desembargadora Sandra Fonseca chega a considerar que a responsabilidade da Administração é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo. No entanto, rejeita essa tese e fundamenta o acórdão na responsabilidade subjetiva, pois no caso dos autos restou configurada a omissão estatal, quando deixou de providenciar os meios necessários para evitar a ocorrência do infortúnio com a professora, de forma negligente e imprudente, já que a indisciplina do aluno era notória e demonstrava a situação de risco e insegurança a que todos da escola eram submetidos.

Assim, ficou caracterizado o dever de indenizar, consubstanciado na responsabilidade subjetiva do Estado, em razão de sua negligência, a qual possui nexo de causalidade com os danos causados à professora.

Arremata Mello (2009) que se o Estado se comportou abaixo dos padrões que dele se esperava, por imposição legal, deixando de agir ou agindo deficientemente, responde por esse desleixo. Por outro lado, é descabida a responsabilização quando observada uma atuação organizada e eficiente pelo Estado, mas que não foi possível de evitar o dano causado por força alheia.

6. CONCLUSÃO

A responsabilidade civil objetiva do Estado em conjunto com a aplicação da Teoria da Guarda tem se mostrado um instrumento eficaz para que a Administração intensifique sua função fiscalizadora, objetivando proporcionar o maior alcance da atividade administrativa para evitar que ocorram danos aos administrados.

É flagrante o dever especial que possui o Estado quando encarrega-se da guarda ou custódia de pessoas, sendo incumbido por zelar pela incolumidade física e psíquica destas. Seja em escolas, creches, cadeias, penitenciárias, os custodiados possuem direito subjetivo público de proteção pela Administração, cabendo a esta se empenhar para resguardar as pessoas, mediante o poder de polícia típico da atividade estatal.

O Estado não pode quedar-se inerte ou ineficiente quando assume a posição de garante, pois precisa velar pela integridade de quem está sobre sua custódia, guarda direta ou vigilância, sob pena de, na ocorrência de um dano ao particular, ter que restituir a situação antes observada.

Assim, tem-se protegido com mais efetividade os direitos subjetivos dos cidadãos, na proporção em que foram instauradas medidas jurídicas de maior relevo em relação à responsabilização estatal, como é o caso das indenizações, que se revestem de caráter preventivo, para alertar ao Estado a necessidade de evitar que novos danos aconteçam, além do aspecto repressivo, de penalização por ter deixado a situação danosa ocorrer aos particulares.

Outra, aliás, não poderia ser a situação, diante da predominância da Teoria do Risco Administrativo no ordenamento jurídico pátrio, segundo a qual a essência da atividade administrativa é de risco. Mesmo que na tentativa de promoção do bem social pelo Estado, este finda por se expor involuntariamente, podendo acarretar danos aos administrados.

O dever de indenizar decorre da ideia de que toda a coletividade, representada pelo erário e Fazenda Pública, deve arcar com os prejuízos suportados por apenas alguns membros, em virtude de a atividade estatal ser direcionada a toda a comunidade. Não seria justo o prejudicado suportar o dano decorrente de uma atividade que é oferecida à coletividade, indistintamente.

Ademais, o ente estatal é jurídica, política e economicamente mais poderoso que o particular que se encontra em posição de subordinação, o que se agrava quando este sofre um dano relacionado com a atividade administrativa. Nada mais acertado que sua situação seja protegida, mediante a responsabilidade objetiva, para a qual, se houver qualquer ônus probatório caberá ao Estado.

A responsabilidade do Estado, portanto, passou por notável processo de evolução, partindo de uma irresponsabilidade para uma responsabilidade objetiva. Fugiu-se de um

conceito de que o Estado jamais cometeria erros, para o reconhecimento de evento danoso atribuído a atos comissivos ou omissivos de agentes administrativos, com o consequente dever de indenizar.

Deve-se salientar, no entanto, que não se trata de uma responsabilidade total e indiscriminada, já que, conforme apontado, a responsabilidade poderá ser atenuada quando há concorrência da vítima para o evento, ou mesmo excluída quando se comprovar que o prejudicado concorreu exclusivamente para a configuração do evento danoso.

Quanto ao dever de indenizar pelos diferentes danos que acometem o prejudicado ou seus sucessores, em caso de morte, caberá a análise do valor e termos da indenização pelo Poder Judiciário, na análise de cada caso concreto, velando sempre pelo ideal de Justiça próprio do Poder em questão.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. Malheiros Editores, São Paulo, 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.
- SIQUEIRA, Bruno Luiz. O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Patrimonial do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 145, p. 213-224, jan./mar. de 2000.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1107.