

D  
Instituto Mackenzie  
Biblioteca George Alexander  
Direito

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,  
respectivamente anexos aos  
Departamentos de Direito Comercial e de  
Direito Econômico e Financeiro da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da  
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PHILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FÁBIO KONDER COMPARATO

*Coordenador:*

WALDÍRIO BULGARELLI

*Redatores:*

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

*Serviços gráficos:* Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280  
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

*Edição e distribuição da*

**EDITORA**   
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678  
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802  
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

# SUMÁRIO

---

## DOCTRINA

- **Do Regime Jurídico dos depósitos bancários e o “Plano Collor”** —  
Arnoldo Wald ..... 5
- **Negócio Jurídico de “Hedging”** — Nelson Eizirik ..... 13
- **Aplicação extraterritorial das resoluções do Banco Central do Brasil**  
— José Carlos de Magalhães ..... 23
- **Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência** — Calixto Salomão  
Filho ..... 27
- **Direito de retirada do acionista no “Fechamento de Capital” de  
companhia** — Renato Ochman e Paula A. Forgioni ..... 38
- **O seguro de responsabilidade do produtor** — José Júlio Borges da  
Fonseca ..... 52
- **O seguro e o “Franchising” a verdade sobre a relação** — Luiz Felizardo  
Barroso ..... 65

## JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- **“Responsabilidade civil do Estado** — Comentários do Prof. Dr. Haroldo  
Malheiros Duclerc Verçosa ..... 75

## **CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO**

### **ARNOLD WALD**

Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ.

### **CALIXTO SALOMÃO FILHO**

Advogado.

### **HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA**

Doutor em Direito Comercial da USP.

### **JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES**

Professor Associado da Faculdade de Direito da USP.

### **JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA**

Advogado.

### **LUIZ FELIZARDO BARROSO**

Professor Adjunto de Direito Comercial da UFRJ.

### **NELSO EIZIRIK**

Advogado no Rio de Janeiro — Membro da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização — Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários.

### **PAULA A. FORGIONI**

Advogada em São Paulo — Doutorada em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **RENATO OCHMAN**

Advogado em São Paulo — Professor da Fundação Getúlio Vargas.

# JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — Dano decorrente de roubo por quadrilha — Integrante foragido da prisão estadual — Alegação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, consagrada pelos arts. 107 da EC 1/69 e 37, § 6.º, da CF de 1988 — Interregno de cerca de 21 meses entre a fuga do preso por omissão da autoridade pública e o fato ocorrido — Inexistência de nexo de causalidade direto e imediato — Recurso extraordinário conhecido e provido — Inteligência e aplicação do art. 1.060 do CC — Declarações de votos.**

*Ementa oficial:* Responsabilidade civil do Estado, Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes.

A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da EC 1/69 (e, atualmente, no § 6.º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes o dano causado a terceiros.

Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do CC, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada.

No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no art. 107 da EC 1/69, a que corresponde o § 6.º do art. 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade

pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação de quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de 21 meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.

RE 130.764-1 — PR — 1.ª T. — j. 12.5.92 — rel Min. Moreira Alves — DJU, 7.8.92.

**ACÓRDÃO —** Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Brasília, 12 de maio de 1992 — MOREIRA ALVES, pres. e relator.

**RELATÓRIO —** O Sr. Min. Moreira Alves: É este o teor do acórdão recorrido, prolatado em grau de embargos infringentes:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Elnfrs. 26/89, de Curitiba, 3.ª Vara da Fazenda Pública, em que é embargante o Estado do Paraná, figurando como embargados H. Kamiński & Cia. Ltda. e outros.

1. Versa a espécie a respeito de ação de reparação de dano, promovida com fulcro nos arts. 107 da CF de 1967, 123 da Constituição estadual 15 e 159 do CC, cujo pedido foi julgado procedente para o efeito de condenar o Estado do Paraná a pagar aos autores H. Kaminski & Cia. Ltda. e outros a quantia de Cz\$ 68.549.762,63, a ser corrigida monetariamente desde o laudo, datado de 26.11.87, lucros cessantes, custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Na apelação, a 3.ª Câmara Cível negou provimento a agravo retido e à apelação do Estado do Paraná e deu provimento parcial à remessa obrigatória e ao apelo dos vencedores para ajustar os honorários advocatícios a exegese do art. 20, § 4.º, do CPC, e fixá-los em Cz\$ 10.000.000,00, sujeitos a reajuste.

O acórdão está sintetizado na seguinte ementa: "Comprovado nos autos que bando de marginais, integrado por dois evadidos de prisões estaduais, penetrou hostilmente na residência de conhecida família curitibana, dominando-a completamente e conduzindo a esposa até o distante estabelecimento comer-

cial, de onde se apossou de grande quantidade de jóias, levando o terror àquelas pessoas, agredindo o varão e causando elevado prejuízo, correta e acertada sentença que reconheceu a responsabilidade civil do Estado e o condenou a compor tais danos materiais. É que, consagrando a Carta Magna, a exemplo das anteriores, a teoria do risco integral (art. 37, § 6.º), que se desdobra, modernamente, em o conhecido princípio do acidente administrativo, “basta comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público, ou o mau funcionamento deste, ou uma irregularidade anônima que importa em desvio da normalidade, para que fique estabelecida a responsabilidade do Estado e a consequente obrigação de indenizar” (Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil do Estado*, Seleções Jurídicas, ADV, pp. 17 e ss.). De outra parte, nada há que se objetar ao ato de saneamento processual, atacado por recurso incidental, que repeliu a inépcia da peça exordial e excluiu da lide a parcela atinente a tributo estadual, sujeito a reexame administrativo. No que tange, todavia, a verba honorária, imposta ao vencido, há que ser ajustada a exegese do art. 20, § 4.º, do digesto processual, que não a recomenda em percentual, sobre a condenação, mas consoante apreciação eqüitativa do juiz”.

Segundo os termos do voto vencido, que deu provimento à apelação e ao reexame necessário para julgar improcedente o pedido indenizatório com inversão do ônus da sucumbência, o Poder Público não deve responder, objetivamente, pelas ações de terceiros, como no caso dos autos. Sua responsabilidade só ocorrerá, nesse caso, se houver negligência do serviço. Por isso que “o legislador pátrio entendeu essencial para haver a responsabilidade civil não só a imputabilidade como a necessidade do fato ser culposo, contrário ao direito. A culpabilidade é adotada no sentido mais abrangente, até o dolo”. “Assim, quando o Estado não é o causador do dano, não pode ser responsabilizado objetivamente, por não existir a idéia de risco gerado em atividade por ele desenvolvida. O Estado só responde por ações que potencialmente tragam riscos aos administrados reparando os prejuízos decorrentes de ações ou omissões dos seus agentes nos encargos de suas atividades”.

Com apoio nesse voto, sustenta o Estado do Paraná, em embargos infringentes, em resumo, que a Constituição distingue entre o dano causado por agentes administrativos, e por terceiros e que a responsabilidade objetiva da

Administração só ocorre no primeiro caso, observando-se no segundo caso o princípio geral da culpa civil. Isso porque, segundo o art. 37, § 6.º, da CF de 1988, para que ocorra a responsabilidade do Poder Público é necessário que os danos tenham sido causados por seus agentes, nessa qualidade, a terceiros, o que inexistiu na espécie. Além disso, inexistiu nexo de causalidade entre a omissão causadora do dano e este, porque não se provou que um dos fúgitivos da prisão e autor do roubo, fosse o chefe do bando, nem que a fuga dele tenha sido condição para a verificação do fato. Antes, pelo contrário, provado está que outra pessoa dirigiu o roubo.

A Procuradoria-Geral de justiça manifestou-se pelo recebimento dos embargos.

2. Estabelecia a CF de 1967, em seu art. 107, que “as pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. E de acordo com o respectivo parágrafo único, “caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

A CF de 1988, no art. 37, § 6.º, repetiu o mesmo princípio, tendo apenas tornado expresso o que estava implícito, ao referir-se também às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, ao dispor que “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”.

Yussef Cahali, após examinar as diferentes teorias nas quais estaria baseado o texto constitucional e a opinião de autores como Amaro Cavalcanti, Clóvis Beviláqua, Aguiar Dias, Numa do Vale, Hely Lopes Meirelles, Manuel de Castro Cerqueira, Washington de Barros Monteiro, Pedro Lessa, Orosimbo Nonato, Filadelfo Azevedo, Paul Duez, Caio Mário e outros, anota: “Desenganadamente, a *responsabilidade objetiva* da regra constitucional unânime em considerá-la *objetiva* — se basta com o reconhecimento do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência. E não se tem porque temer-se como “brutal, pelas graves consequências que haveria de produzir” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, p. 602), se aplicado o princípio da responsabilidade objetiva na sua inteireza, tal como esta-

belece a disposição constitucional. É que, deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco — risco integral, risco administrativo, risco proveito — aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como *causa* na verificação do *dano injusto*. Assim: a) o dano é injusto, e como tal sujeito ao ressarcimento pela Fazenda Pública, se tem como causa exclusiva a atividade, ainda que regular, da Administração; b) o dano deixa de qualificar-se juridicamente como injusto, e como tal não autoriza a indenização, se tem como causa exclusiva o fato da natureza ou do próprio prejudicado; c) o dano é injusto, mas sujeito a responsabilidade ressarcitória atenuada, se concorre com a atividade regular ou irregular da Administração, como causa, fato da natureza ou do próprio prejudicado. Desse modo, no pressuposto de que “a Constituição Federal em tema de responsabilidade civil adotou a teoria do risco” (1.ª CC do TJSC, 21.7.77, RT 532/246), permite-se o reconhecimento da responsabilidade do Estado ainda que não se prove culpa ou falha da máquina administrativa”.

E, a seguir, completando seu pensamento, arremata o ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do mesmo Estado: “Mas será no exame das *causas do dano*, que se irá determinar os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado, excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência da causalidade ou da causalidade concorrente na verificação do dano injusto” (*Responsabilidade Civil do Estado*, 1982, n. 13).

2.1 Posto isto, na espécie em exame o *evento danoso* está representado, como se viu, pelo prejuízo sofrido pelos autores embargados por consequência do roubo de jóias praticado por bando armado contra a joalheria daqueles. Tratando-se de fato incontroverso, dispensam-se maiores considerações a respeito.

2.2 No que concerne ao *nexo de causalidade*, verifica-se que um dos componentes do banco — Nicolau Verenicz — na qualidade de preso condenado, fugiu, em 13.9.83, de Hospital de Guarapuava, para onde fora provisoriamente removido para suposto tratamento de saúde, tendo, cerca de 21 meses depois, em 21.6.85, participado da referida atividade criminosa.

Sua fuga ocorreu, como é bem de ver, de defeito do sistema penitenciário estadual, configurada pela conduta negligente dos respectivos funcionários encarregados da guarda do preso. O fato deste encontrar-se recolhido temporariamente a uma casa de saúde não importava na redução da vigilância, sabido que se tratava de preso perigoso.

O prejuízo sofrido pelos lesados apresenta consequência direta da conduta desses funcionários que, ao se descuidarem do seu dever de vigilância, deram causa a que o preso, tempos depois da fuga, se associasse a outros elementos igualmente perigosos e, na qualidade de mentor, líder ou chefe do bando, organizasse o roubo, fato este referido na denúncia criminal e confirmado na instrução.

Estabelecido tal vínculo de causalidade entre a conduta do Poder Público e o dano, a consequência é o dever de indenizar.

2.3 Argumenta-se que, não se tratando de dano produzido diretamente por funcionário, mas em razão da atividade de terceiros, dever-se-ia observar o princípio geral da culpa civil. O argumento, contudo, improcede, pois, segundo se viu, basta o prejuízo ligado à atividade ou omissão da Administração, que falhou não apenas na sua *missão de garantir a ordem pública*, como também e sobretudo porque a conduta culposa dos agentes do Estado resultou configurada pela *falha na missão de guarda do preso*, ou seja, por defeito do sistema penitenciário.

2.4 Irrelevante também o fato de não terem sido identificados os funcionários encarregados da guarda, porque tal é atribuição da Administração e o que importa é a relação entre o ato e o serviço, ou que tenha ocorrido para o serviço ou durante este, no exercício das funções (cf. Themistocles Cavalcanti, *Tratado.....* pp. 384 e 385).

3. Diante do exposto: Acordam os Desembargadores do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos infringentes (fls. 832-840).

Contra essa decisão o Estado do Paraná e o Ministério Público do mesmo Estado interpuuseram recurso extraordinário, sendo ambos os recursos admitidos pelo seguinte despacho:

1. Não conformados com o v. acórdão unânime de fls. 832-840, prolatado em grau de embargos infringentes e que traz ementa assim resumindo a hipótese, *verbis*: “Responsabilidade civil do Estado — Roubo cometido por bando, cujo mentor era preso condenado e

foragido — Procedência do pedido. Comprovada a participação de preso condenado, na qualidade de mentor do bando de ladrões, tempos depois da sua fuga de hospital onde estava provisoriamente recolhido, em roubo de joalheria, com a tirada de grande quantidade de jóias, em prejuízo dos respectivos proprietários, e configurado o nexo de causalidade entre a falha do sistema penitenciário e o evento danoso, impõe-se ao Estado a obrigação de indenizar (cf. CF, art. 37, § 6.º)”, tanto o Estado do Paraná (fls. 842-848) como o Ministério Público (fls. 853-866), igualmente com o apoio na alínea “a” do inc. III do art. 102 da CF, interpõem tempestivos recursos extraordinários, nos quais, unissonadamente, invocam ofensa ao § 6.º do art. 37 da CF.

2. Não é demasiado, a meu ver, passe a controvérsia sob o erudito crivo jurídico da nossa mais elevada Corte de Justiça.

E assim concluo, diante da renomada doutrina angariada no recurso do órgão ministerial, principalmente a do festejado Hely Lopes Meirelles, segundo a qual o dispositivo constitucional em questão não responsabilizou objetivamente a Administração por atos danosos praticados por terceiros, subordinando-se a indenização, nesses atos estranhos à atividade funcional, à comprovação da culpa da Administração.

E, quanto à questão da culpa, cuido pertinente a alegação do Ministério Público de que nela falou-se “apenas *en passant*, sem que a mesma pudesse ser identificada, já que tal preocupação passara ao largo da análise feita no decisório increpado” (fls. 861).

3. *Ex positis*, admito os recursos extraordinários interpostos.

Publique-se; intime-se o Ministério Público e prossiga-se. (fls. 872 e 873)

A fls. 915-930, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Helenira A. G. Caiado de Acioli:

O Ministério Público do Estado do Paraná e o Estado do Paraná, irresignados com o v. acórdão da E. 1.ª Câmara Cível do TJPR, recorrem extraordinariamente com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, alegando violação ao art. 37, § 6.º, da atual CF, que reproduziu a regra contida no art. 107 da precedente ordem constitucional.

2. Trata-se de ação ordinária ajuizada por H. Kaminski & Cia. Ltda. e outros contra o Estado do Paraná, com fulcro nos arts. 107 da EC 1/69 e 123 da Constituição estadual, 15 e 159 do CC, visando à reparação de danos

causados em decorrência de assalto à joalheria e a residência dos autores, praticado por bando armado, do qual fazia parte um elemento foragido de estabelecimento penal.

3. A ação foi julgada procedente em 1.ª instância para o efeito de condenar o Estado do Paraná a pagar aos autores a quantia de Cz\$ 68.549,63, a ser corrigida monetariamente desde o laudo, datado de 26.11.87, lucros cessantes, custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, sob o fundamento de que incumbia ao Estado o dever jurídico de vigilância de condenado e, que, se assim o fizesse, “se o mantivesse custodiado, não se teria dado o fato. Pela falha responde o réu” (fls. 591).

4. Da sentença, ambas as partes apelaram: os autores pleiteando a extensão do ressarcimento aos objetos que foram roubados da residência e a elevação da verba honorária; o réu, preliminarmente, reportando-se ao agravo retido, requerendo a extinção do processo e, no mérito, a total reforma do *decisum*.

5. A E. 3.ª Câmara Cível, por maioria de votos, acolhendo a teoria do risco integral, negou provimento ao agravo retido e à apelação do Estado do Paraná e deu provimento parcial à remessa obrigatória e ao apelo dos autores, para fixar os honorários advocatícios em Cz\$ 10.000.000,00, sujeitos a reajuste (fls. 689-705).

6. Dessa decisão foram interpostos embargos infringentes pelo Estado do Paraná, rejeitados pelo E. 2.º Grupo de Câmaras Cíveis, que entendeu estar configurado o nexo de causalidade entre a falha do sistema penitenciário e o evento danoso (fls. 832-840).

7. Os recursos são suscetíveis de conhecimento, visto que está em causa a interpretação a ser conferida ao art. 37, § 6.º, da CF, tema devidamente prequestionado, a respeito do qual decidiu o E. Tribunal *a quo* em acórdão que espelha a seguinte ementa: “Responsabilidade civil do Estado — Roubo cometido por bando, cujo mentor era preso condenado e foragido — Procedência do pedido. Comprovada a participação do preso condenado, na qualidade de mentor do bando de ladrões, tempos depois de sua fuga de hospital onde estava provisoriamente recolhido, em roubo de joalheria, com a tirada de grande quantidade de jóias, em prejuízo dos respectivos proprietários, e configurado o nexo de causalidade entre a falha do sistema penitenciário e o evento danoso, impõe-se ao Estado a obrigação de indenizar (cf. CF, art. 37, § 6.º)”.

8. A responsabilidade civil objetiva do Estado decorre do texto constitucional que, seguindo a linha básica das Cartas anteriores (CF de 1946, art. 194 e parágrafo único; CF de 1967, art. 105, parágrafo único; EC 1/69, art. 107, parágrafo único), dispõe no art. 37, § 6.º, *in verbis*: “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”.

9. Tal dispositivo bascia-se na teoria do risco administrativo, ou da *faute du service* dos franceses (cf. Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, v. II/709-722, 8.ª ed., 1987; e Hely Lopes Meirelles, *O Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 547 e 548, 16.ª ed., Ed. RT, 1988).

10. Inobstante o caráter objetivo, a responsabilidade civil do Estado insculpida nesse artigo, não se aplica às cegas, admite abrandamentos, pois não acolheu a teoria do risco integral, como equivocadamente supôs o acórdão da 3.ª Câmara Cível, pela qual a Administração estaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros.

11. Este excelso Pretório, à luz da Constituição anterior, assentou: “A responsabilidade objetiva, insculpida no art. 94 e seu parágrafo da CF de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts. 105-107, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado” (*RTJ* 55/50).

12. *A contrario sensu*, como destacou o eminente Min. Thompson Flores no precedente invocado, “seria admitir a teoria do risco integral, forma radical que obrigaria a Administração a indenizar sempre, e que, pelo absurdo, levaria Jean Defroidmont a cognominar de brutal”.

13. A questão enfrentada não é simples, haja vista a copiosa doutrina e jurisprudência que se formaram acerca do citado dispositivo constitucional. Embora a maioria tenha acolhido a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamento para evitar excessos ou injustiças.

14. Em ações indenizatórias entre particulares, se vencido, o réu responde com os seus bens pessoais. Na espécie, o Estado vencido responde com *patrimônio público* e, neste caso, os encargos são repartidos igualmente entre todos os cidadãos, face aos princípios da solidariedade social e da igualdade dos encargos que dão suporte à doutrina do risco administrativo.

15. Conforme Caio Tácito:

“Esse princípio de repartições das cargas públicas, ou da igualdade dos indivíduos diante das cargas públicas é usualmente indicado, no Direito francês, como fundamento da responsabilidade sem falta, ou seja, de responsabilidade por risco. Tem sua origem no art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.

“Não é, porém, absoluto nem geral. A compensação é limitada ao dano especial e anormal gerado pela atividade administrativa. Generalizar a noção a todo e qualquer prejuízo, decorrente do funcionamento do serviço público, seria a própria denegação da supremacia do interesse público e da destinação social da propriedade” (in *Direito Administrativo*, Saraiiva, 1975, p. 362).

16. No caso concreto, o exame dos pressupostos necessários à responsabilidade objetiva do Estado reconhecida no art. 37, § 6.º, da CF vigente, tem fundamental interesse na sua fixação.

17. Infere-se do texto constitucional serem os seguintes os pressupostos da pretensão ressarcitória: a) evento danoso; b) nexa da causalidade material; c) a qualidade de agente público na prática do ato.

18. Assim, não basta o dano, para a existência da obrigação de indenizar, mas a relação de causalidade, a *causal connexion*, laço ou relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano (cf. José de Aguiar Dias, *cm ob.*, já cit., v. I/133), e encontra-se o funcionário no exercício da função pública, quando da causação do dano.

19. Sem ligação entre o proceder do agente e dos resultados atingidos, não há nexa de causa e efeito, nem dano a reparar, como enfatiza Luiz da Cunha Gonçalves: “Para se exigir a alguém a responsabilidade civil, não basta alegar e provar que ele praticou um fato ilícito e que outra pessoa sofreu um dano. É indispensável demonstrar que este dano foi efeito daquele fato ilícito, isto é, estabelecer entre os dois fatos a *relação de causa e efeito*” (in *Tratado de Direito Civil, cm Comentário ao Código Civil Português*, v. XII, t. II/560, Max Limonad 1957).

20. Entender-se de outro modo, estaria sendo extravasado o *limite da responsabilidade objetiva*, imputando-se à Administração uma responsabilidade ressarcitória fora dos parâmetros da causalidade em afronta ao estatuido na Constituição Federal.

21. Na hipótese dos autos o fato danoso foi praticado por um bando armado, do qual fazia

parte um preso foragido. Portanto, além de cometido por terceiros, que não agiam na qualidade e agentes da Administração, não se estabeleceu o necessário nexo de causalidade entre a conduta dos assaltantes e a fuga de um deles, 21 meses antes, da penitenciária ou melhor, do hospital, onde estava provisoriamente recolhido.

22. Supor que o assalto não teria se realizado se um dos meliantes estivesse preso, é mera conjectura, ainda mais se não agiu sozinho, pois participaram do assalto outros sete elementos tão ou mais perigosos do que ele.

23. A fuga, considerando que o assalto foi praticado muitos meses depois, não constitui circunstância, sem a qual o dano não teria se verificado, mas mera coincidência entre o fato danoso e procedimento do imputado responsável.

24. Não se pode pretender estabelecer um liame, para efeito da responsabilidade civil do Estado, tal qual posto na Constituição, entre a conduta daqueles indivíduos e fatos remotos, porque neste esforço poder-se-ia discorrer inutilmente para o desate da questão, não apenas sobre as falhas no sistema penitenciário, mas as falhas nos sistemas de educação, saúde, assistência familiar, segurança etc., para responsabilizar o Estado por todas as mazelas que assolam a sociedade. Dessa forma, estar-se-ia, desnaturando o instituto da responsabilidade civil, impondo ao Estado uma *obrigação incompatível com os limites traçados na Constituição*, para efeito de sua responsabilização.

25. A origem da violência não está em discussão, pretende-se apenas demonstrar que não é razoável que se impute ao Estado, para efeito de responsabilidade civil, o crime praticado, se não foi por ele diretamente causado, nem existe um liame de causalidade entre o dano e a suposta falha no sistema penitenciário, ainda mais quando não se sabe se tal falha existiu, já que presumida pelo acórdão recorrido.

26. Não é suficiente que o dano coincida com a inexistência de uma falha ou de um risco para que se atribua ao autor daquela ou ao responsável por este a obrigação de reparar. A coincidência não implica em causalidade. É necessário que se estabeleça entre a falta e o dano uma relação de causa e efeito.

27. Ao discorrer sobre as questões concernentes a *causalidade*, o Prof. Harm Peter Westermann (in *Código Civil Alemão, Direito das Obrigações, Parte Geral*, Fabris, ed. 1983, p. 129) fala da causalidade fundamentadora e implementadora da responsabilidade e discute

a validade do exaceramento dessas formas de conduta, que podem dar nascimento a uma série infinita de causas e conseqüências.

28. A teoria da equivalência ou concausa reclama no Direito Civil, como destacado naquela obra, disciplina específica na busca da responsabilidade, dos danos e resultados que podem efetivamente ser imputados ao agente, pois não é uma espiral infinita onde entre tudo há um liame e, portanto, responsabilidade.

29. No exame as formas de conduta fundamentadoras da responsabilidade, salienta o Prof. Westermann:

“No ponto, deve-se examinar se o resultado ou o ato questionado deixaria de existir ou, respectivamente — com vista à abstenção — se o resultado recriminado também seria sobrevindo quando se acrescentassem em pensamento a ação faltante.

“Trata-se, aqui, da teoria da equivalência que domina no Direito Penal e que, para o juízo causal do Direito Civil, igualmente forma o ponto de partida. Segundo ela, porém, cada evento tem uma cadeia infinita de causas e uma série igualmente longa de conseqüências. Por conseguinte, a valoração há de ser feita na consonância com outros critérios, do Direito, para saber quais são os “resultados e quais os danos que podem ser imputados ao agente ou, respectivamente, ao responsável por um evento. Como isso não pode ser feito com o auxílio do juízo sobre a legitimidade da ação — sob o ângulo da causa, um resultado recriminado pelo Direito pode também ser um agir legítimo — deve-se encontrar um critério para a responsabilidade que faça uma graduação entre as diferentes causas naturais. Para tanto se esforçam diversas teorias. Elas têm em comum isso de que, no sentido de um juízo normativo, procuram uma delimitação da responsabilidade, querem apurar o limite até o qual pode, com justiça, ser exigida do autor de uma condição uma responsabilidade por suas conseqüências” (ob. cit., p. 130).

30. José de Aguiar Dias, a propósito da indispensabilidade desse nexo causal na responsabilidade civil, faz a seguinte abordagem:

“Não há, porém, responsabilidade civil sem relação de causalidade entre o dano e a atividade do sujeito passivo da obrigação de reparar. Todos se entendem sobre a indispensabilidade desse nexo causal, mas é considerável a divergência quanto à colocação do problema quando é necessário designar, entre vários fatos, a qual deve ser atribuída a verdadeira função de causa. A solução tem sido

perturbada pela atribuição do nome de causa a todos os fatos que intervêm no processo que antecede o evento danoso. A confusão parece advir da máxima de Bacon, segundo a qual, na apreciação da responsabilidade civil extracontratual, deve ser levada em conta a causa próxima e não as causas remotas. Daí a denominação de causa eficiente, causa adequada, causa próxima, causa determinada, causa relevante, causa indispensável *et f'en passe*....

"A multiplicidade de causas pode existir, todas elas concorrendo efetivamente para o dano. Não há, então, dificuldade em indicar os responsáveis, o que não acontece quando é preciso entre elas para ligar uma só ao dano.

"O excelente Mestre mineiro, Prof. Wilson de Melo da Silva, tem em seu livro *Responsabilidade sem Culpa*, lapidar estudo sobre a matéria, no qual avulta o seu profundo conhecimento da ciência jurídica e das ciências filosóficas. Citando as teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e da interrupção do nexo causal, pronuncia-se pela da causa necessária, sentido que, acertada e magistralmente, atribui à máxima de Bacon, erradamente interpretada como de proximidade no tempo, em lugar da indispensabilidade na produção do dano. Assim, ainda que vários fatos se sucedam em cadência, só se pode levar em conta, para atribuição da responsabilidade, aquele sem o qual o dano não se teria produzido. Causa não se confunde com culpabilidade, pelo que esta, sem revestir aquele caráter, é irrelevante para imposição da obrigação de reparar. Assim, só é causa aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade. Se, numa sucessão de fatos, mesmo culposos, apenas um podendo evitar a consequência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, só ele é causa, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se, ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria se não houvesse a conjugação deles, esses devem ser considerados causas concorrentes ou concausas. E causas serão também os vários fatos, simultâneos ou sucessivos, se cada um produziu um resultado a ele ligado sem contribuição de outros" (ob. cit., v. II/568 e 569).

31. A dificuldade está em quando se deve considerar que a ação ou omissão de uma pessoa é realmente a causa de um prejuízo e o critério para se determinar esta circunstância, necessária para que o dano possa ser imputado ao seu autor.

32. Agostinho Alvim, em minuciosa exposição a propósito das teorias sobre o nexo causal, concluiu que o nosso Código Civil adotou a do *dano direto e imediato* com a disposição expressa no art. 1.060 (in *Da Inexistência das Obrigações*, ed. 1949, p. 327).

33. Entretanto, qualquer que seja a teoria que se adote, não é plausível concluir-se que o prejuízo dos autores, resultante de assalto e roubo praticado por um bando de criminosos, constitua *dano direto e imediato* da fuga de um dos assaltantes da prisão 21 meses antes, consequência ou mesmo causa adequada da suposta falha no sistema de segurança dos presos, a cargo do Estado.

34. A falta do estabelecimento de parâmetros adequados e a adoção da teoria do risco integral como dito anteriormente, poderia representar para o Estado a assunção de uma responsabilidade ilimitada que conduziria ao absurdo de torná-lo responsável por todos os eventos lesivos de que fossem vítimas os cidadãos, porque entre os deveres do Estado está o de zelar pela segurança deles.

35. A jurisprudência do STF tem rejeitado a responsabilidade objetiva do Estado quando não demonstrada ou inexistente a causalidade entre a atividade do Estado e o dano. Assim, nos casos em que há culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior.

36. A propósito vale registrar o voto proferido no RE 81.751-SP, relator o eminente Min. Thompson Flores, que considerando a tese sufragada no Tribunal *a quo*, reconheceu como de força maior — excludente da responsabilidade do Município — o fato de resultarem os prejuízos reclamados pelo autor de chuvas torrenciais, dentro da melhor doutrina francesa e italiana (RTJ 78/243).

37. Com apoio nos tratadistas franceses: Laubadère Planiol e Ripert, Marcel Waline e Louis Rolland, o acórdão recorrido assentou que "a inundação consequente de chuvas muito fortes escapam da responsabilidade da Administração Pública, sobretudo da Administração Municipal, porque são estranhas às suas atividades, ainda que fossem previsíveis, mas insuperáveis, ante a impossibilidade da Prefeitura evitar a enchente dos rios, e seu transbordamento, com trabalhos normais de defesa contra as inundações, no perímetro urbano, ou no território a ela sujeito, em face do extraordinário e incontrolável crescimento da metrópole paulista" (RTJ 78/244 e 245).

38. Em oposição a essa tese se alegava que para o dano teria concorrido a omissão de

Municipalidade, que deveria ter feito obras para evitar ou conter a força das águas. Entendeu entretanto, o referido acórdão, que não ocorreria a relação necessária entre as excepcionais inundações que originaram o transbordamento do rio e a falta de serviço municipal e que os danos sofridos pela autora seriam resultantes de força maior.

39. Não apenas naquele caso, como em outros, os tribunais têm admitido a ocorrência de força maior ou de caso fortuito para afastar a responsabilidade objetiva.

40. Esta excelsa Corte, por mais de uma vez, entendeu que a morte de passageiro em decorrência de assalto no interior do transporte, não gerava responsabilidade para o transportador, por ser ato de terceiro, equiparável ao caso fortuito (RE 88.407-RJ, rel. Min. Décio Miranda, *RTJ* 96/1.201 e RE 109.223-8-RJ, rel. Min. Djaci Falcão, *Lex* 97/229). Entendimento semelhante foi sufragado ao caso do passageiro atingido por um estilhaço de vidro, proveniente de uma pedra atirada por terceiro (RE 113.195-RJ, rel. Min. Djaci Falcão, *RTJ* 126/1.081).

41. No RE 88.407-RJ, em que se discutiu a responsabilidade civil do transportador por danos decorrentes da morte de passageiro em assalto a ônibus, não apenas se afastou a culpa presumida e o nexó causal com a aplicação da teoria da causalidade adequada, como se equiparou o ato de terceiro a caso fortuito para excluir a responsabilidade do transportador.

42. Na hipótese *sub judice*, no questionamento do ato praticado por terceiros, cumpre assinalar que a Constituição não responsabilizou a Administração por esses atos. A indenização dos atos estranhos à atividade funcional, afóra o caso fortuito ou força maior, subordina-se à comprovação da culpa da Administração.

43. A propósito ensina Hely Lopes Meirelles: "O que a Constituição em vigor distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros, ou por fenômenos da natureza. Observa-se que o art. 37 § 6.º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causam danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa

observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E, na exigência do elemento subjetivo culpa, não há qualquer afronta ao princípio da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, § 6.º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos e não os atos de terceiros e os fatos da natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos" (ob. cit., pp. 552 e 553) (grifamos).

44. Neste mesmo sentido o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, em excelente estudo, destaca:

"Se não forem eles os causadores do dano, se incorreram em omissão e adveio o dano para terceiro, a causa lesiva é outra; não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionada sua ocorrência, mas não a causou. Onde, não há de cogitar, neste caso, da responsabilidade objetiva.

"Logo, se é bastante a mera relação objetiva entre a atuação do agente e a lesão para responsabilizar-se o Estado, cumpre, todavia, que esteja em pauta um comportamento omissivo, vez que sem ele jamais haverá causa.

"Quando o Estado se omite e graças a isso ocorre um dano, este dano é causado por outro evento, e não pelo Estado. Ergo, a responsabilidade aí, não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Deveras, não haveria de supor, ao menos em princípio, que alguém responda pelo que não fez, salvo se estivesse, de direito, obrigado a fazer.

"Eis, pois, que o Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou, vale dizer: quando se comporta ilicitamente ao abster-se. A responsabilidade por omissão é responsabilidade subjetiva, por quanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia..." (in *RT* 552/13) (grifamos).

45. Em suma, o Estado só responde objetivamente pelos danos que causar ou por aqueles que estivesse razoavelmente obrigado a impe-

dir. E a responsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de "culpa presumida". Solução diversa conduziria a absurdos, como adverte o mesmo autor: "É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em *local público*, o *lesado poderia sempre argüir que o "serviço não funcionou"*. A admitir-se a responsabilidade objetiva nestas hipóteses o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto, se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se alertada a tempo de evitá-lo, omitiram-se na redação de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido o descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública" (in *Elementos de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Ed. RT, 1991, pp. 346 e 347) (grifamos).

46. *Data venia* o acórdão recorrido não observou os pressupostos de prestação ressarcitória, nem considerou os elementos delimitadores da responsabilidade objetiva.

47. *In casu*, não há como se reconhecer a responsabilidade civil do Estado, quer por ato omissivo, quer por ato comissivo pelos prejuízos advindos de assalto praticado por bando em joalheria e na residência dos autores, se o evento danoso não foi praticado por agente público, nem resultou da atividade estatal.

48. A vida em sociedade implica a aceitação de uma série de riscos e a sujeição a toda espécie de gravame. Evidentemente que os cidadãos que exercem atividades econômicas lucrativas e aparentam sinais de riqueza ficam mais expostos. Os riscos não são apenas ao patrimônio, mas à vida, à segurança, à saúde. Razão pela qual atuam com eficiência nesses setores as Companhias Seguradoras. Mas, diga-se de passagem: *o Estado não é Companhia de Seguros*, nem responsável pela cobertura dos prejuízos advindos de danos que se inserem na esfera de *risco pessoal dos lesados*.

49. Contrariamente ao que decidiu o v. acórdão recorrido, a pretensão ressarcitória em exame não encontra guarida no citado art. 37, § 6.º, da CF.

50. Na hipótese dos autos, o Estado não foi autor, nem causador do dano. A eventual omissão ou deficiência no sistema penitenciário que permite a soltura ou fuga de presos, não foi causa do dano ocorrido tempos depois.

O parecer, diante do exposto, é de que os recursos extraordinários comportam conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO — O Sr. Min. *Moreira Alves* (relator):

1. A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da EC 1/69 (c, atualmente, no § 6.º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

No caso, o acórdão recorrido, para reconhecer a existência desse nexo de causalidade, declarou:

No que concerne ao *nexo de causalidade*, verifica-se que um dos componentes do bando — Nicolau Verenciz — na qualidade de preso condenado, fugiu, em 13.9.83, de Hospital de Guarapuava, para onde fora provisoriamente removido para suposto tratamento de saúde, tendo, cerca de 21 meses depois, em 21.6.85, participado da referida atividade criminosa.

Sua fuga ocorreu, como é bem de ver, de defeito do sistema penitenciário estadual, configurada pela conduta negligente dos respectivos funcionários encarregados da guarda do preso. O fato deste encontrar-se recolhido temporariamente a uma casa de saúde não importava na redução da vigilância, sabido que se tratava de preso perigoso.

O prejuízo sofrido pelos lesados apresenta consequência direta da conduta desses funcionários que, ao se descuidarem do seu dever devigilância, deram causa a que o preso, tempos depois da fuga, se associasse a outros elementos igualmente perigosos e, na qualidade de mentor, líder ou chefe do bando, organizasse o roubo, fato este referido na denúncia criminal e confirmado na instrução.

Estabelecido tal vínculo de causalidade entre a conduta do Poder Público e o dano, a consequência é o dever de indenizar. (fls. 838-839)

Ora, em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do CC, a teoria

No caso, embora sem palavras sacramentais dir-se-á que o acórdão afirmou a existência de culpa na omissão administrativa — e não estaria longe de admiti-lo — ao acentuar que se tratava de condenado perigoso, cuja transferência para o hospital, a fim de submeter-se a tratamento médico, exigiria maiores cuidados de vigilância. A meu ver, aí está afirmada a culpa, e, *data venia*, não me parece indispensável para afirmá-la a identificação do agente público, a quem seja imputável o ato culposos.

De qualquer sorte, ainda no plano puramente objetivo, a teoria da equivalência das condições não é levada, sequer, na ordem penal, às suas últimas conseqüências; ela é temperada pela força interruptiva da cadeia causal, reconhecida a superveniência da causa relativamente independente. Friso o “relativamente independente”, como foi tomado expresso com a nova parte geral do Código, cuja necessidade a doutrina já evidenciara nas críticas que fazia ao texto do Código de 1940, que falava apenas na superveniência de causa independente: ora, a superveniência de causa totalmente independente nada tem a ver com teoria de causalidade; o que limita a teoria da equivalência das condições é a causa relativamente independente, vale dizer, aquela, que levada a teoria às últimas conseqüências, também seria considerada condição do resultado.

No caso, não há dúvida do advento do que seria considerado, para qualquer efeito, como superveniência de causa “relativamente” independente. Ainda quando culposa ou dolosa a participação omissiva do agente público na fuga, entre ela, a fuga, e o prejuízo, houve a intercorrência de outra cadeia causal: o planejamento, a associação e execução do roubo, certamente propiciadas pela fuga mas fugindo inteiramente ao critério do desdobramento normal das conseqüências da omissão ou negligência da administração, seja qual for o elemento subjetivo que tivesse informado essa omissão ou essa negligência.

Com essas considerações, feitas apenas para marcar essas posições, Sr. Presidente, não tenho dúvida em acompanhar o voto de V. Exa., porque não há, no caso, relação de causalidade.

**VOTO** — *O Sr. Min. Octávio Gallotti*: Sr. Presidente, os fatos, tidos como certos pelo acórdão recorrido, revelam que não se configurou o nexo causal, que, como bem demonstrou V. Exa., é um pressuposto essencial,

indispensável da boa aplicação do art. 37, § 6.º, da CF vigente, como já o era do correto entendimento do art. 107 da CF revogada.

Sr. Presidente, estando de pleno acordo com o brilhante voto de V. Exa., conheço do recurso e dou-lhe provimento.

**EXTRATO DE ATA** — *RE 130.764-1, PR*, rel. Min. Moreira Alves, rectes.: Ministério Público e Estado do Paraná (adv.: Cláudio Bonato Fruct e outros), recdos.: H. Kaminski & Cia. Ltda. e outros (adv.: Hugo Mósca e outros).

Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento. Unânime. Falou pelos recorrentes o Dr. Júlio César Ribas Boeng, pelos recorridos o Dr. Júlio Militão da Silva e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. 1.º T., 12.5.92.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Mins. Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão, Subprocurador-Geral da República o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

**DIREITO CIVIL** — Responsabilidade civil — Ilícito contratual — Indenização por morte — “Pingente” — Queda de trem em movimento — Culpa presumida — Artigo 17 da Lei (Decreto Legislativo) 2.681/12 — Doutrina — Precedentes do Tribunal — Clandestinidade não demonstrada — Recurso provido — I — Falecendo passageiro, em razão de queda ocorrida quando em movimento o comboio, há culpa presumida da empresa ferroviária, somente elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (art. 17 do Dec. 2.681/12). II — Nos casos de “pingentes”, porque dever contratual da companhia transportadora impedir que pessoas viajem com parte do corpo projetada para o lado de fora do veículo, afastada resta a possibilidade de culpa exclusiva da vítima. III — A condição de viajante clandestino, em se tratando de transporte coletivo urbano, deve ser comprovada pela empresa transportadora, militando em favor de quem viaja a presunção de que o faz como regular passageiro. (STJ — 4.º T.; Rec. Esp. 23.351-7-RJ; rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; j. 1.9.92; v.u.).

**ACÓRDÃO** — Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Mins. Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athon Carneiro. Ausente, por motivo justificado, o Min. Fontes de Alencar.

Brasília, 1 de setembro de 1992 (data do julgamento) — Athon Carneiro, pres. — Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator.

**EXPOSIÇÃO — O Sr. Min. Sálvio de Figueiredo:** Cuida-se de ação indenizatória promovida pela recorrente, pleiteando composição de danos morais e patrimoniais sofridos em razão do falecimento de seu filho, como consequência de haver caído de um dos trens de propriedade da recorrida, CBTU-STU-RJ.

O MM. Juiz, analisando a espécie, após consignar a circunstância de que a vítima viajava pendurada na porta do trem, em atitude imprudente, deu pela improcedência do pedido, dada a não comprovação da efetiva culpa da ré, necessária à sua responsabilização pelo evento. A final, assinalou: “No caso, não há a responsabilidade presumida. Não basta a condição de passageiro quando há registro de imprudência da vítima e a única prova apresentada pela autora é de um amigo e também vítima na mesma ocasião, havendo assim até interesse na solução do litígio”.

Interposta apelação a E. 2.ª Câmara do TARJ negou-lhe provimento, em decisão assim ementada: “Responsabilidade civil — Culpa objetiva — Não caracterizado o contrato de transporte, de cuja má execução teria emergido o dano, improcede a pretensão indenizatória”.

Da fundamentação, colho excerto que sintetiza as razões de decidir: “Se, entretanto, admitir-se como verídica a versão constante do registro policial da ocorrência, para o qual, diga-se, contribuiu a testemunha ouvida a fls. 236, onde consta que a vítima viajava como pingente, estará configurada, como assentou o douto sentenciante monocrático, a culpa exclusiva da vítima, a elidir a responsabilidade da transportadora, como dispõe o art. 17 do Dec. federal 2.681, de 7.12.12, isto se não se quiser considerar o pingente como viajante clandestino”.

Inconformada, com arrimo nas alíneas “a” e “c” do autorizativo constitucional, a autora manifestou recurso especial, alegando dissídio e violação do art. 17, II, do Dec. legislativo 2.681/12, na medida em que, segundo entende, esse dispositivo impõe responsabilidade à transportadora por acidentes envolvendo “pingente”. Cita, em apoio a essa tese, acórdão do

STF, publicado na *RTJ* 100/807, no qual restou assentado que “esse decreto estabelece a responsabilidade das estradas de ferro pelos desastres ocorridos em suas linhas em critério nitidamente objetivo”. Aduz, ainda, que a alegação de imprudência da vítima não elide a responsabilidade da recorrida, que age com culpa ao permitir viajantes fora dos assentos e locais adequados da composição. Colaciona, nesse sentido, julgado também do Excelso Pretório, estampado na *RTJ* 48/204, além de outros acórdãos, estes, porém, sem indicação do repositório autorizado de que extraídos, ausente, ademais, a devida autenticação na única cópia acostada.

Sem contra-razões, foi o apelo inadmitido na origem, subindo os autos por força de agravo a que dei provimento.

É o relatório.

**VOTO — O Sr. Min. Sálvio de Figueiredo (relator):** Da moldura fática fixada pela sentença e pelo acórdão recorrido restou comprovado que o filho da recorrente, à época contando 16 anos de idade, viajava como “pingente” no comboio ferroviário da recorrida quando da queda que ocasionou a sua morte.

Conquanto o acórdão recorrido, sem convicção conclusiva, tenha feito referência à possível clandestinidade, tal circunstância, conforme se depreende do próprio contexto da decisão atacada, não ficou demonstrada, incumbência que, diga-se, caberia à ré recorrida, na medida em que milita, em favor de quem viaja, a presunção de que o faz na condição de passageiro, mormente em se considerando que, na maioria dos casos de transporte urbano, o bilhete de passagem fica retido pela companhia transportadora.

José de Aguiar Dias, fazendo referência a Mazcaud et Mazeaud, menciona interessante precedente alienígena sobre o tema: “Citam estes autores uma decisão do Tribunal de Lião, de 14.6.33, no sentido de que o simples fato de, após o desastre, não poder o viajante ferido apresentar passagem, não prova que ele viajasse sem ela” (*Da Responsabilidade Civil*, v. I, Forense, 7.ª ed., 1983, tit. III, cap. I, Seção Única, n. 106, p. 202, nota 408).

Outrossim, o fato de o menor estar viajando como “pingente”, a teor do que atesta o boletim de ocorrência de fls. 8 e 8-v., não induz à conclusão de não haver adquirido o bilhete de transporte. Tal silogismo não encontra sustentação segura na realidade, vez que, como cediço, nosso sistema de condução

coletiva, nos grandes centros urbanos, é precário e deficiente, obrigando, não raras vezes, que o usuário o utilize de forma inadequada e insegura, colocando em perigo a própria vida. Ademais, da sentença consta como configurado o fato de que a vítima ocupava a condição de passageiro (fls. 288).

*Em resumo*, o que de concreto se afirmou em 1.º e 2.º graus foi que, viajando como “pingente”, o filho da recorrente se houve com imprudência, sendo de atribuir-lhe culpa exclusiva pelo sinistro, afastada, assim, a responsabilidade da transportadora.

Tal raciocínio, que envolve nítida valoração da prova, não se coaduna com a orientação já sufragada por esta Corte, no sentido de que: “A ferrovia não se exime de responsabilidade ao atribuir culpa exclusiva ao viajante “pingente”, pelo acidente que o vitimou, dado que presta o serviço em condições de não obrigar aos que têm necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas e nem vigia para que tal não se verifique (art. 17, Dec.-lei 2.681 de 7.12.12)” (REsp. 10.911-RJ, DJ de 19.8.91, rel. Sr. Min. Dias Trindade).

À companhia ferroviária, não resta dúvida, cumpre impedir que pessoas viajem do lado de fora do comboio.

É dever do transportador preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino, pelo que se lhe impõe adotar as medidas necessárias a tanto. Assim não sendo, o que se deduz do só fato de passageiros estarem sendo transportados do lado de fora, com inegável risco de vida, impende atribuir-se, por ilícito contratual, plena e exclusiva responsabilidade pela ocorrência do evento.

Havendo infringência do contrato de transporte, a transportadora somente se exime de responsabilidade, a teor do art. 17 do Dec. Legislativo 2.681/12, provando culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. A não ser assim, como, repita-se, nos casos em que consente que passageiros viajem “pendurados”, com parcela do corpo projetada para a parte externa do veículo, assume total responsabilidade civil, com fundamento na culpa presumida.

A propósito de tais considerações, o mesmo José de Aguiar Dias tece os seguintes comentários: “O Dec. legislativo 2.681, como vimos, estabelece a responsabilidade das estradas de ferro pelos desastres ocorridos em suas linhas em critério nitidamente objetivo. A estrada só se exonera da obrigação de reparar provando o caso fortuito ou de força maior ou a culpa

do viajante, sem concorrência de culpa da estrada.

“Observa o insigne Carvalho de Mendonça que, nessa lei, o que se tem em vista não são as cautelas e providências tomadas pela empresa no propósito de desobrigar-se do contrato, mas o resultado útil. Verificado o dano, a única hipótese de liberação está na prova de uma das causas taxativamente enumeradas na lei como eliminatórias da culpa presumida do inadimplemento do contrato.

“Por esse tom se pronuncia o eminente Espinola, que frisa, no Dec. 2.681, o fato de não inovar em matéria de responsabilidade do transportador, o que fora posto em relevo pelo relator do projeto, que afirmou a persistência da regra geral da responsabilidade contratual, a saber, que ao devedor cabe provar o justo motivo que impediu o cumprimento do contrato. Quando, no art. 17, a lei de 1912 estabelece a presunção de culpa contra o transportador, fã-lo “para melhor accentuar que lhe incumbe a prova de que não houve culpa sua...”, porque o condutor é “contratualmente obrigado a transportar com segurança o passageiro ou a coisa...”.

“*Omissis*”

“Se a estrada só se exonera provando caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, bem é de ver que não pode alegar que a vítima foi imprudente, p. cx.; por permanecer na plataforma do carro, quando isso se deva ao excesso de lotação. Assim foi decidido no regime do Dec. 1.930/1857, cujos arts. 82 e 86 proibiam a venda de bilhetes além da lotação, e assim deve ser julgado ainda hoje, pois, no art. 105 do Dec. 15.673, de 7.9.22, se encontra disposição idêntica:” “A estrada é obrigada a fornecer em cada trem o número de lugares correspondentes aos bilhetes vendidos”.

“*Omissis*”

“A responsabilidade da estrada é sempre excludente da responsabilidade do viajante...” (ob. cit., n. 109, pp. 211-214).

E, em outra passagem: “A obrigação de incolumidade implica, para o transportador, no correspondente direito de proibir ao viajante todos os movimentos que o possam colocar em perigo” (ob. cit., n. 106, p. 204).

Destarte, mesmo havendo culpa concorrente da vítima e do transportador, isso em se admitindo que o passageiro viajava como “pingente” por opção e não por imposição decorrente de superlotação, cabe à companhia ferroviária integral responsabilidade pela recomposição dos danos havidos, dado que

advindos de inadimplemento contratual. Não dessa forma, porém, se fosse o caso de clandestinidade. Nessa hipótese - reafirme-se, não verificada *in casu* - entendo que a culpa concorrente, derivada da conjugação da imprudência da vítima e da falta de vigilância do transportador, conduziria à uma repartição proporcional da responsabilidade.

No caso dos autos, tem-se numa análise valorativa da prova produzida, que a empresa transportadora, ao não oferecer condições adequadas e seguras de transporte, obrigando ou permitindo que o usuário se conduzisse "pendurado" no trem, infringiu o contrato de transporte, não havendo cogitar-se, na hipótese, de culpa exclusiva da vítima.

Nesse sentido o REsp. 3.951-SP, desta Turma, relator o Sr. Min. Athos Carneiro, de cuja ementa se extrai:

"Responsabilidade civil — Estrada de ferro — Queda de passageiro — Juros de mora a partir de citação.

"Culpa contratual da ferrovia, pelo inadimplemento da obrigação de transportar incólume o passageiro até o local de destino" (*DJ* de 10.1.90).

Também assim, reconhecendo em casos tais a culpa presumida da empresa transportadora, o REsp. 1.753-SP, *DJ* de 19.3.90, da E. 3.<sup>a</sup> Turma, relator o Sr. Min. Waldemar Zveiter.

Em face do exposto, na linha dos precedentes e da orientação doutrinária referida, conhecimento do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão, julgar parcialmente procedente a pretensão indenizatória, condenando a ré recorrida ao pagamento de:

a) pensão mensal equivalente a 2/3 do salário mínimo, corrigida e acrescida de 13.<sup>o</sup> salário, desde a data do acidente até a data do falecimento da recorrente ou até a data em que a vítima completaria 65 anos (prevalecendo o termo que primeiro ocorrer, segundo entendimento da Turma, dentre outros, no REsp. 3.782-SP) (*DJ* de 1.10.90, relator o Sr. Min.

Athos Carneiro), e no REsp. 20.163-2-RJ (*DJ* de 8.6.92, de minha relatoria);

b) indenização por dano moral (Súmula STJ, verb. 37; REsp. 8.768-SP, relator o Sr. Min. Barros Monteiro), que, dada a condição da recorrente, arbitro em Cr\$ 2.000.000,00 corrigidos a partir desta data;

c) juros compensatórios de 6% a.a., contados da data que devida cada prestação;

d) juros moratórios de 6% a.a., a partir da citação, a teor do que decidido nos REsp. 3.951-SP e 9.753-SP.

Dado que a autora decaiu de parte mínima do pedido, relativa às despesas de luto, funeral e sepultura, não concedidas porque não comprovadas, condeno a ré recorrente, ainda, ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor das parcelas vencidas, acrescidas de 12 vincendas (cf. REsp. 7.009-MG, *DJ* 19.8.91, relator também o Sr. Min. Barros Monteiro).

É como voto.

VOTO — *O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro*: Sr. Presidente, estou de acordo com o Sr. Min. Relator, em face dos precedentes desta Turma.

No caso, parece-me bem definida a culpa da estrada ao infringir o seu dever de transportar com segurança o passageiro.

VOTO — *O Exmo. Sr. Min. Athos Carneiro* (pres.): Eminentes colegas, comungo do mesmo ponto de vista, fazendo, todavia, uma observação: a de que não estenderia a responsabilidade das estradas de ferro aos casos daqueles jovens que, mesmo tendo comprado passagem, teimam em se "divertir" no teto dos trens, praticando o que se tem chamado vulgarmente de "surfismo" ferroviário. Estas pessoas assumem inteiramente o risco pelos acidentes que lhes possam ocorrer.

Com essa ressalva, acompanho o eminente Min. Relator.

## COMENTÁRIO

### Introdução

Os dois arestos acima transcritos serão comentados por um prisma que os une, mesmo considerando não ter sido tal aspecto levado em conta na decisão do segundo caso: trata-se da responsabilidade do Estado por danos pessoais e

patrimoniais experimentados pelos indivíduos diante da real ou pretensa omissão de autoridade pública no exercício dos seus deveres legais.

O ponto é extremamente relevante em todos os campos da atividade do Estado e, quanto ao Direito Comercial - matéria do interesse particular desta Revista -

tem aplicação no caso, por exemplo, da já pretendida responsabilidade da Administração Pública pela quebra de instituições financeiras por alegada infração do dever de fiscalização.

No tocante, precisamente, à responsabilidade civil do Estado quanto à intervenção em instituições financeiras, registre-se um acórdão recente no seguinte sentido:

“Responsabilidade Civil do Estado — Intervenção em Instituição Financeira — Inexistência”.

“Constitucional. Financeiro. Ação proposta por aplicadores contra o Banco Central do Brasil. Prejuízos relacionados com corretora de valores liquidada. Lei 4.595/64 e 6.024/74. I — Inexiste responsabilidade objetiva do Estado quando a composição de danos potenciais deve ser feita com recursos particulares. II — A decretação da intervenção, pelo Banco Central do Brasil, em instituição financeira com situação irregular não infirma, em princípio, culpa no controle e fiscalização dos atos que a precederam. III — Não se indenizam prejuízos futuros e incertos que se constituem em mera expectativa de direito. IV — Sentença que julgou improcedente a ação confirmada”. (Ac. un. da 4.ª T. do TRF da 3.ª R. — AC 13.024-SP — Rel. Juiz Sérgio Lazzarini — j. 30.09.92. — Aptes.: Adeildo José Felix e outros; Apdo.: Banco Central do Brasil — *DJSP* 15.05.93, p. 154 — ementa oficial, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1/6.031, 1.ª quinzenal/abril/93, n. 7/93, pg. 108).

Voltando aos acórdãos diretamente comentados, verifica-se que ambas as decisões dos dois tribunais, STF e STJ, estão corretas, a meu ver, no exame do caso concreto. Mas a discussão do tema suscita questões não inteiramente respondidas no longo teor dos textos, tendo em conta terem se prendido os julgadores, como é natural, à situação a ser decidida. Há problemas apenas ali aflorados, e outros nem sequer coloca-

dos, no tocante à responsabilidade do Estado no exercício das atribuições a ele cometidas a partir da Constituição Federal, sendo necessária a busca de um critério razoável para o estabelecimento de fronteiras mais claras quanto aos casos onde dá-se e onde não se dá tal responsabilidade, a partir dos argumentos expostos pelos julgadores e outros a serem acrescentados.

Esse é o objetivo do presente comentário.

### Caso 1

Em resumo, houve a fuga de um preso por comprovada omissão da autoridade pública, o qual, depois de vinte e um meses da data da evasão, veio a fazer parte de uma quadrilha responsável por um assalto a uma joalheria e à residência das vítimas. Essas ajuizaram ação de reparação de danos, sob o fundamento de que incumbia ao Estado o dever jurídico de vigilância do condenado. Se tivesse levado a cabo a sua função, o roubo não teria ocorrido.

A ação foi julgada procedente e depois confirmada pelo TJPR, em apelação, baseado na teoria do risco integral, a qual teria sido agasalhada pelo art. 37, § 6.º da CF, e modernamente desdobrada no princípio do *acidente administrativo*, bastando “comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público, ou o mau funcionamento deste, ou uma irregularidade anônima que importa em desvio da normalidade, para que fique estabelecida a responsabilidade do Estado e a conseqüente obrigação de indenizar”, citando o acórdão o jurista Caio Mário da Silva Pereira, in “Responsabilidade Civil do Estado”, *Seleções Jurídicas, ADV*, p. 17 e ss.

Houve voto vencido, onde se alegou só ocorrer a responsabilidade do Estado se houver negligência no serviço, não devendo aquele responder objetivamente.

Em embargos infringentes, procurou o Estado do Paraná demarcar a responsa-

bilidade objetiva da Administração com base no dano causado por agentes seus — nunca por terceiros — e mediante a presença do nexo de causalidade entre a omissão originadora do dano e este, inexistente, segundo ali se alegou, entre a fuga do preso por culpa do Estado e o roubo praticado quase dois anos depois.

O TJEP entendeu presente o vínculo de causalidade entre a conduta do Poder Público e o dano, porque o prejuízo sofrido pelos lesados seria consequência direta da conduta dos funcionários da penitenciária, que, ao se terem descuidado do seu dever de vigilância, deram lugar à fuga e, posteriormente, à sua associação com outros marginais, para o fim da prática do roubo, cujos prejuízos pretendiam os autores serem indenizados pelo Estado. Por esse motivo os embargos infringentes acima citados foram rejeitados.

No recurso extraordinário interposto pelo Estado do Paraná e pelo Ministério Público daquela unidade da Federação, chegou-se à solução final, pelo não reconhecimento da responsabilidade do Estado naquele caso concreto.

Importantes subsídios para o deslinde da ação são colhidos da manifestação da Procuradoria Geral da República, onde se reconhece o caráter objetivo da responsabilidade prevista no art. 37, § 6.º da Constituição, mas cuja aplicação não deve ser feita às cegas, admitindo-se abrandamentos, uma vez não se ter adotada a teoria do risco integral, cujo efeito seria o de se levar o Estado a indenizar sempre.

Em outro ponto, a Procuradoria Geral da República afastou o nexo de causalidade, não tendo visto na fuga do preso, por negligência das autoridades penitenciárias, e sua ulterior participação no roubo a chamada *causa eficiente* do dano, ou seja, aquela sem a qual o dano não se teria produzido, considerados vários fatos acontecidos em cadeia.

Lembrou a Procuradoria da República não ter o STF, em sua orientação

jurisprudencial, acatado a responsabilidade objetiva do Estado se não demonstrada ou quando inexistente a causalidade entre a atividade daquele e o dano, existindo culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Entre exemplos de afastamento da responsabilidade objetiva, foram lembrados pela Procuradoria Geral da República, no campo da jurisprudência, a ocorrência de chuvas torrenciais, causadoras de inundações insuperáveis por trabalhos normais de defesa; morte de passageiro em assalto no interior de veículo de transporte; ferimentos em passageiro atingido por estilhaços de vidro; provenientes de uma pedra atirada por terceiro; etc..

A Procuradoria Geral da República, em resumo, esposou a tese de que o legislador constitucional somente teria tratado do risco administrativo da atuação ou da inação dos servidores públicos, não tendo responsabilizado a Administração Pública por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais causadores de danos aos particulares. A responsabilidade do Estado nasceria de forma objetiva somente pelos danos causados ou pelos nascidos de uma omissão que não tivesse sido objeto de um comportamento razoável na busca de seu impedimento.

O Estado não é, na visão da Procuradoria, um *segurador universal*, devendo ser responsabilizado, tendo em conta os exemplos acima citados, se agentes policiais relapsos tivessem presenciado um assalto sem terem procurado impedi-lo; se, alertados a tempo, não tomassem providências para frustrá-lo; se não tiver havido limpeza e desobstrução das galerias pluviais, de cujo fato tenha resultado inundação, etc.

Da longa fundamentação da decisão da Suprema Corte tiram-se os seguintes argumentos desfavoráveis à pretensão da responsabilidade do Estado, na situação sob comento:

*a) Inexistência de nexos de causalidade*

O Relator, Min. Moreira Alves, entendeu aplicável na solução da pendência, a teoria do dano direto e imediato, ou teoria da interrupção do nexos causal, prevista no art. 1.060 do CC, onde só se admite o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, abarcando o dano direto e imediato, sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva, inexistente na situação sob exame.

A omissão das autoridades penitenciárias somente poderia ter sido vista como uma causa muitíssimo remota do assalto, resultante de outras concausas muito mais próximas. O dano decorrente do assalto não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública, nada tendo a ver com futura formação de quadrilha da qual um dos membros foi o preso fugitivo.

Houve, para o Min. Sepúlveda Pertence, quanto ao assalto, a superveniência de uma causa relativamente independente daquela relacionada com a fuga do preso, afastando-se inteiramente do critério do desdobramento normal das consequências da omissão ou negligência da administração.

*b) A omissão quanto a prestação de dever geral não pode causar a responsabilidade objetiva do Estado*

Caso, segundo pensa o Min. Ilmar Falcão, tivesse sido alegada e provada a negligência nas providências no sentido de fazerem o preso retornar à cadeia, poder-se-ia pensar na responsabilidade subjetiva do Estado, desde que a tal circunstância se acrescentasse o nexos de causalidade.

A respeito desse ponto, o Min. Sepúlveda Pertence mostrou que a decisão contrariada havia fixado o fato gerador da responsabilidade pretendida na falha

da vigilância penitenciária e não no assalto propriamente dito.

*c) Inexistência dos elementos da responsabilidade objetiva, segundo a teoria do risco administrativo*

O Min. Celso de Mello entendeu inexistentes, na hipótese, os vários elementos componentes da estrutura e do perfil da responsabilidade objetiva do Estado, a saber, a alteridade do dano; a causalidade material; e a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente omissor do Poder Público.

Aduziu aquele julgador não ter sido acolhida no direito brasileiro positivo a doutrina do risco integral do Estado.

*Caso 2*

Quanto a esse outro acórdão, merece todos os elogios a decisão do STJ, ao reconhecer a responsabilidade objetiva da empresa de transporte ferroviário pela morte de um “pingente”. De se estranhar que ainda permaneça um pensamento em sentido contrário, como aquele esposado pelo douto magistrado de primeira instância e pela Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro.

Os argumentos do Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, são irresponsáveis, baseados em orientação já adotada por aquela Corte.

A base da responsabilidade do transportador foi o inadimplemento contratual porque “é *dever* do transportador preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino, pelo que se impõe adotar as medidas necessárias a tanto” (grifei).

Isto quer dizer que, “mesmo tendo o passageiro morto no acidente em tela, viajado como “pingente” por opção sua, e não por excesso de lotação do trem, ainda assim teria lugar a responsabilidade da empresa transportadora porque,

pelos termos do seu contrato, a ela caberia impedir, com o uso de meios idôneos, que houvesse alguém naquela situação”. Seria o caso de só se permitir a partida da composição depois de ter-se certificado inexistirem pingentes, forçando-se os recalcitrantes a entrarem no vagão ou a não fazerem a viagem.

São conhecidos, a propósito, os “empurradores” profissionais de passageiros no metrô do Japão, que, com luvas não de pelica, não os deixam ficar para fora das portas dos vagões da composição, nas estações pelas quais estas passam.

Ora, nossos trens e estações não possuem fiscais, suas portas não se fecham, inexistente qualquer medida de segurança prevista.

Segundo os termos do acórdão comentado, isto caracterizaria o inadimplemento contratual, fundamento da responsabilidade da empresa transportadora.

No voto proferido, acompanhando em linhas gerais a opinião do relator, o Ministro Athos Carneiro (Presidente), ressaltou a situação do “surfista ferroviário”, como caso alheio à responsabilidade da empresa ferroviária.

No entanto, levando-se o raciocínio do Relator a aplicar-se em toda a sua extensão, seria o caso, também, de responsabilizar-se o transportador pela morte de “surfistas ferroviários”, pois a sua existência em um trem caracterizaria negligência em coibir tal prática por parte do transportador.

Nesse sentido aplicar-se-ia como uma luva outra decisão do STJ, transcrita no aresto sob comento, na REsp. 10.91-RJ-DJ de 19.08.91, relator o Min. Dias Trindade, para quem a “ferrovia não se exime de responsabilidade por atribuir culpa exclusiva ao viajante “pingente” (substitua-se por “surfista”), pelo acidente que o vitimou, dado que presta o serviço em condições de não obrigar aos que têm necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas e nem vigia para que tal não se verifique”.

Essa interpretação, quanto ao “surfista”, somente seria afastada caso sua presença no trem não se desse com o objetivo de viajar mediante a execução de um contrato de transporte, mas, apenas, com o de praticar um “esporte” sumamente arriscado. Mas, se o passageiro efetivo, “aproveitasse a viagem” (ou seja, havia contrato de transporte) para fazer aquele tipo perigoso de “surf”, aí também deveria ser responsabilizado o transportador.

#### *Os pontos polêmicos da responsabilidade do Estado*

Cabe agora tratar de outro aspecto da questão, conforme referido acima.

Refiro-me ao debate sobre uma possível responsabilidade do Estado pela morte do passageiro “pingente”, tema não explorado na decisão sob exame porque ação foi intentada somente contra a empresa de estrada de ferro.

Como se sabe, o transporte urbano é uma concessão do Estado ao particular, caso não exerça diretamente tal atividade. Nesse sentido, dispõe o art. 30, V da Constituição Federal, ser competência dos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de *transporte coletivo*, que tem *caráter essencial*” (grifei).

Uma das últimas administrações da Capital de São Paulo bem definiu a posição do Poder Público com relação ao transporte de passageiros, colocando os seguintes dizeres em todos os ônibus da cidade: “Transporte: direito do cidadão, dever do Estado”.

Esse dever - e conseqüentemente - a responsabilidade pelo seu inadimplemento - é encontrado esparsamente na Constituição Federal, também em outros de seus dispositivos, como, por exemplo, o art. 5.º, *caput*, onde se lê que “todos são iguais perante a lei, sem

distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, (...) à segurança”, etc.

Ora, admitir que alguém viaje como “pingente” é deixar de garantir o direito à vida e à segurança, obrigação fundamental do Estado brasileiro, presente em sua Lei Maior.

O art. 6.º da mesma Constituição Federal diz serem o trabalho e a segurança direitos sociais, os quais cabe ao Estado democrático assegurar de modo principal.

O direito à segurança está diretamente ligado ao da *liberdade*, pois este seria inócuo caso não houvesse possibilidades reais e tranqüilas de exercê-la (Cf. J. Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, Forense, Rio, 1992, pg. 97).

Quanto ao trabalho, o acesso ao local onde ele será executado também é um direito social, por extensão, e somente se pode entender essa expressão como originadora de uma responsabilidade do Estado quando o contrato de transporte é exercido diretamente ou por concessão sem os mínimos requisitos necessários de segurança para que o trabalhador chegue incólume ao seu destino.

Recentemente a imprensa registrou trágico acidente na cidade de São Paulo de um ônibus do tipo “notoriamente” clandestino, o qual, tendo perdido o freio, abalroou com grande violência um automóvel particular, tendo causado a morte de quatro ocupantes deste, dando-se a fuga do motorista do primeiro veículo.

É quanto a tais situações que se indaga, principalmente, da responsabilidade do Estado porque, com toda a certeza, o transportador irregular - uma vez que “clandestino” no rigoroso sentido da palavra efetivamente não é - poderá não ser identificado e encontrado e, se o for, não terá condições financeiras de pagar a indenização devida.

A gênese da existência de transporte clandestino está, justamente, na insuficiência do serviço público de transporte,

levando esse fato a que os cidadãos se valham de um serviço alternativo de péssima qualidade, pois os veículos nele utilizados não têm fiscalização e não estão em boa ordem técnica, tendo sido visivelmente adquiridos nas sucatas das periferias.

Pode-se até imaginar que empresários poderosos estejam escondidos por trás do transporte clandestino, utilizando-se de “homens de palha” para acobertá-los, com o fim de fugirem ao cumprimento das obrigações legais atinentes ao exercício regular de uma atividade comercial.

O problema que se coloca está, na verificação de saber-se se cabe institucionalmente ao Judiciário e/ou se ele tem condições efetivas de avaliar os seguintes pontos decisivos na matéria: quais são as prioridades básicas de uma determinada coletividade (cuja implementação cabe ao prefeito, quanto aos municípios); se a Administração Pública tem recursos financeiros adequados à sua disposição para o atendimento daqueles; se não privilegiou obras meramente “eleitoreiras”; e se houve desvio e negligência do Estado em cumprir o seu dever de fiscalização - no caso sob exame, das empresas concessionárias de transporte público e daquelas irregulares.

Considerando-se o princípio da autonomia entre os poderes, dentro de uma visão mais tradicional do modelo constitucional, ao Judiciário não competiria emitir juízos de valor respeitantes às prioridades da administração pública, mas, tão somente sobre a negligência na prestação de serviços que efetivamente assumisse. Pergunta-se, a propósito, se não seria o caso de se alterar o sistema diante das novas questões nascidas dentro de uma sociedade dinâmica e complexa, bem diferente daquela observada por Montesquieu.

São muito comuns os desvios de finalidade na atuação do Estado, na pessoa dos titulares do poder administrativo, os quais, ao invés de usarem os recursos públicos de forma plena no atendimento

do interesse geral, preferem gastar boa parte dele no atendimento a interesses pessoais, como, por exemplo, na propaganda política, para o fim de tentarem provar que fazem o que não fazem, desatendendo os deveres constitucionais do Estado para com o povo; ou em obras desnecessárias, envolvendo desapropriações de vulto para construção de avenidas ou estradas que não correspondem às prioridades mais prementes.

É sabido que as obras prioritárias exigem recursos elevados e tempo de realização superiores aos mandatos eletivos, não sendo a mesma pessoa aquela que lhes dá início e a que as inaugura. Na sofrível concepção dos políticos brasileiros, esse tipo de obra "não dá voto", sendo preferidas aquelas que possam ser rapidamente terminadas e que sejam inauguradas festivamente.

Portanto, no momento em que um pingente morre em acidente ferroviário por falta da existência de composições em quantidade suficiente para atender à demanda, ou os passageiros de um carro são mortos em acidente com ônibus pertencente a um sistema de transporte irregular, pergunta-se se, além do causador direto do dano, não competiria ao Estado responsabilizar-se também pela indenização devida.

Caso se entendam os preceitos constitucionais acima lembrados como garantias efetivas e amplas do Estado, inclusive, conforme visto acima, no tocante à segurança, qualquer caso de morte em assalto poderia redundar em responsabilidade do Estado pela inexistência e/ou negligência na prestação dos serviços públicos de segurança.

O mesmo se daria, por exemplo, quanto ao Banco Central do Brasil na quebra de instituições financeiras caso ficasse provada a insuficiência do quadro de fiscais e a negligência na realização desse serviço, já tendo havido tentativas nesse sentido perante a justiça brasileira.

Seriam esses os efeitos de uma aplicação formalmente lógica do reconhecimento de uma eventual garantia por parte do Estado, a partir de uma interpretação extensiva das obrigações e responsabilidades constitucionais deste.

Evidentemente, nesse caso, o Estado passaria a ser o segurador geral e pleno da sociedade, sendo intuitivo que haveria um custo extremamente elevado de reparação de danos, quanto a situações fora do controle administrativo razoável e materialmente possível.

Quanto à responsabilidade pública do Estado por omissão na fuga do preso, participante muitos meses depois desse fato de um assalto, não se pode, evidentemente, falar de responsabilidade objetiva da administração pública, em vista de todos os argumentos expostos no primeiro acórdão, supra.

Poder-se-ia perguntar a respeito da possibilidade da imposição de responsabilidade subjetiva, se fosse o caso de provar-se a negligência do Estado em recapturar o preso, deixando-se de lado aqui, de propósito, o aspecto do nexo de causalidade direta.

Sabe-se que existem milhares de mandados de prisão não cumpridos, não tendo a polícia condições materiais para as providências nesse sentido. Não se pode dizer, além disso, que a existência dos meios necessários pudesse levar, obrigatoriamente, a um resultado altamente favorável na localização de pessoas condenadas, para o fim de serem recolhidas aos presídios.

Mas é inegável que o Estado não dota suas polícias dos recursos mínimos necessários ao seu bom funcionamento, existindo pelas ruas milhares de pessoas perigosas já condenadas, mas soltas e cometendo novos crimes.

Daí se poderia falar da responsabilidade do Estado, provada sua negligência no exercício do dever constitucional de proporcionar segurança aos cidadãos?

Teria o Poder Judiciário, ao ser acionado em ações de indenização, condições para avaliar a existência de negligência do Estado em dar cumprimento às suas funções constitucionais de dar segurança e de prestar o serviço essencial de transportes?

Veja-se quanto ao segundo caso, como é elevado e notório o nível de omissão do Estado em ordenar o sistema de transportes coletivos, permitindo que funcione em caráter precário e reconhecendo quanto à cidade de São Paulo, por exemplo, que 25% da frota de ônibus em circulação é "clandestina", conforme noticiado recentemente em nossos jornais?

Nos trens e nos ônibus urbanos, os passageiros são largados à sanha dos transportadores, sob os olhos omissos do Poder Público, direto explorador dos serviços ou seu concedente a terceiros.

Se não pode falar em responsabilidade do Estado por lesões corporais ou morte na execução do transporte público, então para que servem as normas constitucionais determinadoras do dever de prestação desse serviço essencial?

O ponto fulcral das questões acima levantadas - e para as quais não se pretende dar aqui a solução correta, pois o objetivo presente está principalmente em suscitá-las objetivando um importante debate - está na identificação da natureza das normas constitucionais acima estabelecidas e qual o papel efetivo do Estado perante a população.

Estudando a responsabilidade civil do Estado à luz do § 6.º da Constituição Federal, Hely Lopes Meirelles afirma

estar nela agasalhada a doutrina do direito público, "tendo mantido a responsabilidade civil objetiva da administração, sob a modalidade do risco administrativo, mas não tendo chegado aos extremos do risco integral" (Cf. Opinião manifestada a pgs. 550 do seu *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 16.ª ed., S. Paulo, 1991).

Reconhece esse autor logo em seguida, que é possível a responsabilidade do Estado em vista da inação dos servidores públicos (p. 552), mas isso dependerá, evidentemente, da relação de causa e efeito a qual, existe no caso da morte do "pingente", mas não no assalto praticado por um antigo fugitivo da cadeia.

Parece ser possível entender existirem - certo ou erroneamente como técnica legislativa - dispositivos constitucionais *programáticos* em nossa Magna Carta, ou seja, destinados a indicar um alvo a ser alcançado pela sociedade, a cargo dos governos, e não a estabelecer uma obrigação efetiva e uma correspondente responsabilidade pelo inadimplemento.

Tais normas estariam mais afeitas a programas de partidos políticos e de governo do que ao conteúdo de uma Constituição, mesmo porque, como vimos, são direta ou indiretamente desprovidas de sanção, o que as esvazia de seu conteúdo obrigatório e, portanto, da responsabilidade por seu descumprimento.

Colocados os problemas acima, e indicados alguns caminhos possíveis, espera-se que nasça uma boa luz do debate.

*Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa.*