CAUSAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

JOSÉ FRANKLIN DE SOUSA
Pós-graduado pela PUC-SP em Direito Processual Civil
e Direito do Consumidor

O autor é advogado em São Paulo e Fortaleza. Graduado e pós-graduado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Consumidor. Publicou as seguintes obras, todas pela Editora J. H. Mizuno: Elementos da Ação Cautelar, Responsabilidade Civil e Intervenção de Terceiros e Coisa Julgada.

CAUSAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ÍNDICE

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.Noções.....10
2.Teoria da irresponsabilidade ou regaliana.....19
3.Teorias civilísticas.....20
4.Teorias publicísticas.....22
5.Teoria do risco integral.....23
6.Causas de exclusão da responsabilidade.....24
6.1.Fato exclusivo da vítima.....25
6.2.Força maior.....26
6.3.Estado de necessidade.....27
7. Doutrina e jurisprudência.....28

CAPÍTULO II

EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE NO CDC

1.Noções.....39
2.Não colocação do produto no mercado.....39
3.Fato exclusivo da vítima.....49
4.Fato exclusivo de terceiro.....55

CAPÍTULO III

ESTADO DE NECESSIDADE

1.Noções.....88
2. Conceito.....94
3. Natureza jurídica.....96
4. Critérios adotados.....97
4.1. Atos ilícitos.....97
4.2. Ato extra-*iure*.....97
4.3. Críticas.....98
5. Requisitos do estado de necessidade.....99
5.1. Ausência de culpa.....99
5.2. Ato indispensável.....100
5.3. Dano inferior.....100
5.4. Perigo atual.....101
6. Teorias propostas.....103
6.1. Teoria da irresponsabilidade.....103
6.2. Teoria da reparabilidade.....104
6.3. Autor do dano e terceiro.....105
6.4. Enriquecimento sem causa.....105
6.5. Expropriação privada.....106
6.6. Equidade ou solidariedade social.....107
7. Direito Comparado.....109
8. Jurisprudência.....112

CAPÍTULO IV

LEGÍTIMA DEFESA

1.Conceito.....117
2. Natureza jurídica.....118
3. Requisitos da legítima defesa.....120

3.1. Generalidades.....120
3.2. Direito próprio ou alheio.....121
3.3. Repulsa com meios necessários.....121
4. Legítima defesa putativa.....123
5. Atos de autoridade e legítima defesa.....125
6. Legítima defesa própria e alheia.....126
7. Excesso de legítima defesa.....128
8. Legítima defesa da posse.....129

CAPÍTULO V

EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

1.Noções.....131
2. Direito comparado.....134
3. Abuso de direito.....135

CAPÍTULO VI

ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

1.Noções.....140
2. jurisprudência.....143

CAPÍTULO VII

FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA

1.Noções.....145
2.Jurisprudência.....146
3.Culpa concorrente.....148

CAPÍTULO VIII

CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

1. Direito romano.....162
2. O caso fortuito e a força maior na doutrina.....163
3. Elementos do caso fortuito.....172
3.1. Elemento interno.....172
3.2. Elemento externo.....172
4. Impossibilidade da prestação.....174
5. Previsão no Código Civil.....175
6. Responsabilidade por caso fortuito.....176
7. Ônus da prova.....178

CAPÍTULO IX

CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

1.Generalidades.....182
2. Conceito.....184
3. Limites.....187
4. Requisitos de validade.....190
5. Defeitos do negócio jurídico.....192
5.1. Incapacidade absoluta.....193
6. Construção jurídica do Código Civil.....195

CAPÍTULO X

RELAÇÕES DA SENTENÇA PENAL NO JUÍZO CÍVEL

1.Noções gerais.....197
2. Evolução histórica.....198
3. Efeitos da sentença penal no juízo cível.....200

3.1. Condenação no juízo criminal.....203
3.2. Negativa do fato ou autoria.....207
3.3. Reconhecimento do estado de necessidade..208
3.4. Reconhecimento da legítima defesa.....209
4. Resumo dos efeitos da sentença penal no juízo cível.....212
4.1. Sentença penal condenatória.....212
4.2. Ação civil independente.....213
4.3. Sentença penal absolutória (estado de necessidade).....214
4.4. Sentença penal absolutória (dirimente).....215
4.5. Arquivamento do inquérito policial.....215
4.6. Extinção da punibilidade.....216
4.7. Falta de imputabilidade.....216
4.8. Sentença penal não constitui crime.....216
4.9. Sentença penal absolutória (falta de prova)...218

CAPÍTULO XI

RISCO DO DESENVOLVIMENTO

1.Doutrina.....219
2. Teoria da imprevisão.....247
3.Cláusulas abusivas.....249

CAPÍTULO XII

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO ROMANO

1.Gênese da responsabilidade.....251
2. Características da obrigação *ex delicto*.....253

3. Classificação dos delitos.....256

CAPÍTULO XIII

DIFERENTES SISTEMAS

1.Noções gerais.....262
2. Sistema brasileiro.....263
3. Argentina.....267
4. México.....268
5. Colômbia.....269
6. Portugal.....269
7. Itália.....270
8. Alemanha.....270
9. Espanha.....272
10. Holanda.....272
11. França.....272

CAPÍTULO XIV

VITIMOLOGIA

1.Introdução.....273
2. Conceito.....274
3. Evolução da reparação do dano no Brasil.....274

CAPÍTULO XV

AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

1.Noções gerais.....284
2.Pretensão punitiva e indenização.....285
3. Responsabilidade civil e penal.....288

4. Objeto da ação civil *ex delicto*.....292
5. Influência penal na esfera civil.....292
6. Sentença absolutória.....294
7. Absolvição penal.....305
7.1. Fundamento legal.....305
7.2. Provada a inexistência do fato.....305
7.3. Não haver prova da existência do fato.....306
7.4. Não constitui o fato infração penal.....306
7.5. O réu não concorreu para o crime.....307
7.6. Falta de prova.....308
7.7. Exclusão da antijuridicidade e culpabilidade...308
7.7.1. Jurisprudência.....311
8.Sentença penal condenatória.....312

CAPÍTULO XVI

RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA

1.Responsabilidade por infração ao dever de vigilância.....386
2.Sujeito passivo das ações indenizatórias de responsabilidade objetiva.....393

Bibliografia.....401

CAUSAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
CAPÍTULO I
EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.Noções.

Para uma noção a respeito da responsabilidade civil do ente estatal, não se pode prescindir da lição do saudoso Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, [1] ao ensinar que 'a responsabilidade é consequência que o agente livre sofra pela prática dos seus atos, em violação de dever que lhe cabe cumprir. Corresponde, na ordem jurídica, à sanção que recebe o agente pelo desconhecimento das suas obrigações, em desrespeito ao direito de outrem, a fim de ser reparado o dano sofrido por este'.

Nessa abordagem também faz lembrar as palavras de Mauro Cappelletti, ao dizer: 'Quando os agentes públicos insultam garantias constitucionais do cidadão, não atino com a lógica que possa exculpá-los, sem negar os interesses superiores do próprio Estado de Direito, cuja vivência pressupõe o poder cívico de tutela da liberdade individual'. [2]

_____

[1] MELLO, 1972, p. 474.
[2] ARAÚJO, 1981, p. 24.

O Código de Ur-Mamnu é a mais antiga codificação de leis da história a disciplinar o dano e sua reparação:

a) se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé se cortou: 10 siclos de prata deverá pagar;

b) se um homem, a outro homem, com uma arma, os ossos tiverem quebrado: uma mina de prata deverá pagar. [3]

O Código de Manu previa a imposição de um sofrimento idêntico àquele provocado ao causador do dano. O Código de Hamurabi, seguindo a mesma orientação, estabelecia que as ofensas pessoais deveriam ser reparadas por meio de ofensas idênticas, quando praticadas pelos membros da mesma classe social, bem como a reparação do dano pelo pagamento em pecúnia, para o fim de compensar as ofensas sofridas.

O direito romano disciplinava a obrigação de reparar o dano, dando ênfase à ideia de honestidade e de não lesar o direito de outrem, como princípios basilares do direito.

_____

[3] SILVA, 2001, p. 66.

No Digesto Justiniano, previa-se: '*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere'* ('os preceitos de direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada uma o que é seu'. [4]

A Lei das XII Tábuas previa a reparação por aquele que desse causa ao dano:

> Tábua Sétima.1. Se um quadrúpede causa qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado; 2. Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repara; 9. Aquele que causa dano leve indenizará 25 anos; 10. Se alguém difama outrem com palavras ou cânticos, que seja fustigado. 11. Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo. [5]

A Lei Aquília, considerada o grande legado do direito romano no âmbito da responsabilidade civil, editada na era republicana, distinguia a responsabilidade extracontratual da contratual.

O Estado, realidade complexa, está presente na vida de cada um.

_____

[4] MADEIRA, 2000, p. 19.
[5] PINHEIRO, 1981, p. 129-130.

Pode representar a salvaguarda dos valores mais caros da pessoa humana, mas, ao reverso, pode se constituir também no ‘carrasco’ que suprime ideais, sonhos e até mesmo a própria vida humana.

O Estado desempenha uma complexa gama de atividades que podem interferir, sob as mais variadas formas, na vida de cada pessoa. [6]

A prestação da atividade jurisdicional representa um serviço público mediante o pagamento das custas judiciais.

As custas judiciais têm natureza jurídica de taxa, conforme preceitua o art. 77 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto á sua disposição.

_____

[6] FACHIN, 2001, p. 7-9.

A atuação do Estado contém implícita a responsabilidade pelos danos decorrentes dessa atividade, podendo, por isso, ‘vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízos a outrem, do que lhe resulta a obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva’. [7]

Dessa forma, um ‘dos pilares do moderno direito constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-la’. [8]

No entanto, cabe observar que diversamente ‘do que ocorre com as pessoas físicas ou jurídicas de natureza privada não prestadoras de serviço público, a responsabilidade do Estado é regida por princípios e normas próprias, cuja natureza é de direito público’. [9]

A responsabilidade civil do Estado não está somente disciplinada pelo direito civil, mas, principalmente, pelo direito público, ou seja, direito constitucional, direito administrativo e direito internacional público. [10]

_____

[7] MELLO, 1980, p. 252.
[8] MELLO, 1980, p. 253.

Não se pode, porém, atribuir a responsabilidade criminal ao Estado, mesmo por meio de lei em sentido estrito, porque, é ‘justamente a quem compete, com seu poder soberano, segundo regras por ele mesmo prescritas, prevenir e reprimir os crimes, mediante penas cominadas a seus autores, para que se mantenham invioláveis os valores elementares da vida em sociedade’. [11]

A responsabilidade civil do Estado restringe-se à extracontratual, que consiste na obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos causados a terceiros e que lhes sejam imputáveis em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. [12]

A responsabilidade do Estado, ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige, em regra, um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade. [13]

_____

[9] SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 47.
[10] DINIZ, 2002, p. 542.
[11] DERGINT, 1994, p. 31.
[12] MELLO, 1980, p. 252.
[13] DI PIETRO, 2002, p. 523.

Assim, a responsabilidade estatal surge quando, embora praticando atos nos limites previstos na legislação e visando atender sua própria finalidade, motiva danos a terceiros. [14]

O ato será indenizável se, embora lícito, motivado por interesse público, causar um prejuízo especial e anormal, isto é, ato impositivo de sacrifício e não, simplesmente, restritivo de direito.

Portanto, uma imposição, para motivar o reconhecimento da responsabilidade do Estado, exigirá a combinação dos requisitos especialidade e anormalidade, posto que, ausentes essas condições, o ato será considerado restritivo de direitos sendo abrangente de toda a coletividade, ficando, assim, dentro da esfera de atuação no mundo social. [15]

A especialidade diz respeito a um prejuízo particular ou a um certo número de vítimas determinadas, vale dizer, o ato considerado lesivo não deve espraiar seus efeitos sobre toda a sociedade, caso contrário, configuraria um ônus comum à convivência social.

_____
[14] TRUJILLO, 1996, p. 100-101.
[15] TRUJILLO, 1996, p. 101.

A anormalidade, por sua vez, implica num transbordo dos incômodos e inconvenientes ordinários, e que são inerentes à própria vida em sociedade, frutos inafastáveis do convívio societário. [16]

Porém, não se pode esquecer que a relação entre o Estado e seus agentes é orgânica, de tal sorte que, sendo este uma pessoa jurídica, não possui vontade nem ações próprias, manifestando-se por intermédio de pessoas físicas, é dizer, seus agentes, regularmente investidos nessa qualidade, cujas atitudes são atribuídas ao ente estatal por uma relação de imputação direta. [17]

Tendo em vista o teor do que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, 'o serviço judiciário é uma espécie do gênero serviço público do Estado, e o Juiz, na qualidade de prestador deste serviço, é um agente público, que atua em nome do Estado. Ademais, o Texto Constitucional, ao tratar da responsabilidade do Estado, não excepciona a atividade judiciária'. [18]

_____

[16] MELLO, 1980, p. 259.
[17] DINIZ, 2002, p. 541-542.
[18] DERGINT, 1994, p. 160-161.

Embora o art. 5º, LXXV, da Constituição Federal tenha como objetivo estabelecer temperamentos ao princípio positivado no art. 37, § 6º deste Texto Maior, em relação à atividade jurisdicional, muitos casos aparecem de forma a se poder imputar a responsabilidade do Estado pelo erro judiciário de forma mais ampla e adequada ao caso concreto.

O art. 37, § 6º, da Constituição da República refere-se à responsabilidade do Estado, aplicável à Administração Pública, em geral, incluindo aí os atos do Poder Judiciário quando exercente de atividade meramente administrativa, e, também pelos atos jurisdicionais, quando lesivos ao patrimônio material ou moral do particular.

Já o art. 5º, LXXV, da Lei Maior cuida especificamente da atividade jurisdicional, tendo em vista a sua natureza e as suas peculiaridades.

> **CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**
> Art. 5°. LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Apresentada a noção de responsabilidade civil do Estado, passa-se a uma abordagem das teorias que envolvem tal instituto, na sua evolução histórica.

2. Teoria da irresponsabilidade ou regaliana.

Nos Estados em que o poder era absoluto dos monarcas, prevaleceu a ideia da irresponsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes.

Assim, a irresponsabilidade do Poder Público, tendo em vista os atos comissivos ou omissivos de seus representantes, era fundada na máxima: *The King do no wrong*, pois o rei era, na verdade, o próprio direito.

De acordo com essa teoria, se os agentes do Estado violam a lei, a responsabilidade pelos danos recai sobre si, uma vez que o Estado não pratica atos contrários ao direito e seus agentes são obrigados a agir dentro dos parâmetros legais.

3. Teorias civilísticas.

Essas teorias condicionam a responsabilidade do Estado por atos ou condicionantes pessoais desses representantes. O agente público poderia praticar os atos de gestão, ou seja, atos que o Estado pratica como se fosse um particular administrando seu patrimônio.

Por sua vez, poderia praticar atos de império, ou seja, atos que seriam a manifestação de soberania da autoridade pública.

Nessas condições, para configurar a responsabilidade do Estado, exige-se, ainda, que se caracterize a culpabilidade do funcionário na prática do ato danoso, sem o que o fato seria levado à conta de ocorrência acidental ou fortuita. [19]

Diversamente ocorria com os atos de império, de origem manifestamente da vontade pública soberana, porque estes casos escapariam ao domínio do direito privado, não sendo, em consequência, responsabilizado o Estado por prejuízos causados por seus agentes atuando nessa qualidade. [20]

_____

[19] ARAÚJO, 1981, p. 27.
[20] ARAÚJO, 1981, p. 27.

Aos poucos foi sendo abandonada a teoria dos atos de império e de gestão, e, a partir desse momento, passou-se a utilizar a culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado.

Várias modalidades de culpa foram criadas, para fundamentar a responsabilidade do Estado:

a) a culpa do serviço (ato danoso impessoal, imperícias do agente);

b) culpa *in eligendo* (não imputável à administração, que para nomear seus funcionários é obrigada a cumprir as determinações legais para o provimento, o que já demonstra o cumprimento de sua obrigação, no processo de escolha);

c) culpa *in vigilando* (se a administração cumpriu as exigências legais para a vigilância, verificação e controle das atividades de seus agentes, não pode ser responsabilizado).

4. Teorias publicísticas.

A atividade do Estado está delimitada pela lei e pela Constituição Federal. O direito administrativo passou a ser destacado como um ramo autônomo do direito público, e o seu conjunto de normas, princípios, conceitos e institutos foi tirado do âmbito do direito privado.

O direito administrativo, portanto, é delimitado pela atividade jurídica do Estado, sendo informado por princípios de direito privado, exorbitantes e derrogatórios do direito comum.

Em consequência dessa evolução doutrinária, foram retirados do campo do direito privado o Estado, suas atividades, direitos e obrigações, das quais a responsabilidade civil representa uma faceta.

5. Teoria do risco integral.

Para os defensores dessa teoria, o simples fato do liame de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do agente público, desde que tenha agido em razão de sua função, determina a responsabilidade civil do Estado sem que seja necessária a existência de culpa, em qualquer de seus graus.

Observa Rui Stoco [21] que a doutrina objetiva, em vez de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre um e outro), assenta-se na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do vento danoso.

Sem cogitar a imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e dele emanou prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.

[21] STOCO, 1999, p. 78.

6.Causas de exclusão da responsabilidade estatal.

A responsabilidade estatal se dá quando a causa do dano for capaz de desencadear a referibilidade do ato (comissivo ou omissivo), e assim se formará a relação jurídica entre aquele que sofreu o prejuízo e o Estado.

Sendo, pois inidônea a causa para desencadear essa referibilidade, não configurará a responsabilidade civil do Estado. Nesse sentido, se a causa é idônea para um dado sistema jurídico, tem-se os elementos para a fixação da responsabilidade.

Se a causa é inidônea, a relação entre o sujeito que sofre o dano e o sujeito a quem se pretende atribuir a existência do prejuízo nem se forma, logo se rompe, ocorrendo a exclusão da responsabilidade por inidoneidade de causa.

Cabe, nesta oportunidade, utilizar fundamento doutrinário, que vem sendo sustentado pelos nossos juristas, com o fim de justificar o abrandamento da teoria do risco integral.

A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco administrativo,

abandonada na prática por conduzir ao abuso e à iniquidade.

Por essa fórmula radical, a administração pública ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiro, ainda que resultante de dolo ou culpa da vítima.

E, para evitar abusos, utiliza-se a teoria do risco administrativo, significando que a administração não deve indenizar em qualquer caso o dano suportado pelo particular.

Isso significa apenas e tão somente que a vítima fica dispensada da prova da culpa da administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que o Poder Público se eximirá integral ou parcialmente da indenização. [22]

6.1. Fato exclusivo da vítima.

A obrigação de indenizar do Estado no caso de fato exclusivo da vítima não subsistirá porque, em verdade, falta um dos seus pressupostos, qual seja, o nexo de causalidade entre a conduta do agente estatal e o dano suportado pelo particular.

[22] MEIRELLES, 1975, p. 19.

O mesmo acontece em relação ao fato exclusivo de terceiro, porque na mesma medida da exclusiva da vítima, a equação dos dados dirigidos à causalidade responsabilizante não chega a formar-se, pois não ocorre no caso de culpa devidamente comprovada de terceiro, quer a ação danosa, quer a omissão prejudicial do Estado, mas sim de um terceiro, estranho, naquele exato momento, à relação Estado-Administração.

6.2. Força maior.

A força maior é tida como causa de exclusão da responsabilidade do Estado em razão de sua inevitabilidade pelo homem.

A discussão permanece em relação ao caso fortuito, visto que alguns doutrinadores o colocam como excludente da responsabilidade civil do Estado.

Mas, à evidência, pela teoria do risco, diferentemente do que ocorria com a teoria da culpa administrativa, a força maior é excludente da responsabilidade do Estado, o que não ocorre com o caso fortuito.

A distinção, neste caso, entre força maior e caso fortuito é de real interesse, visto que a primeira

exonera de responsabilidade o Estado, enquanto a segunda não a exclui.

6.3. Estado de necessidade.

Por fim, tem-se como causa de exclusão da responsabilidade civil do Estado o estado de necessidade.

O fundamento para a configuração do estado de necessidade como causa de exclusão da obrigação de indenizar é a predominância do interesse coletivo sobre o interesse particular.

Evidencia-se, nesse aspecto, a presença de todos os elementos necessários ‘ao equacionamento da responsabilidade pública, mas uma circunstância específica, que é o interesse coletivo, elidirá a obrigatoriedade de ressarcimento do dano pelo Estado’. [23]

No entanto, se na prática desse ato necessário, o agente causar dano a terceiro, que não deu causa ao evento, o Estado responderá perante este pelos danos causados.

_____

[23] ARAÚJO, 1981, p. 37.

A excludente somente existe em relação àquele que por culpa deu causa ao estado de necessidade.

7. Doutrina e jurisprudência.

A responsabilidade objetiva (risco administrativo) do Estado foi introduzida pela Constituição Federal de 1946.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 37, estabelece que: ‘A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...). ‘§ 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa’.

Em nível infraconstitucional, o art. 43 do Código Civil de 2002, dispõe que ‘As pessoas jurídicas de direito público interno são civelmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros, ressalvado direito

regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte deste, culpa ou dolo’.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.204/99 ‘estabelece as normas básicas de proteção e defesa do usuário dos serviços públicos’, no seu âmbito de atuação, visando a tutelar os direitos do utente ‘pela Administração Pública direta, indireta e fundacional, pelo Ministério Público, quando no desempenho de função administrativa, pelos particulares, mediante concessão, permissão, autorização ou qualquer outra forma de delegação por ato administrativo, contrato ou convênio’.

O art. 3º dessa mesma lei estadual dispõe que ‘São direitos básicos do usuário, a informação, a qualidade na prestação do serviço e o controle adequado do serviço público’.

Esse mesmo diploma legal, ao tratar do processo administrativo, assegura que o fornecedor de serviços públicos responderá pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem ao usuário, a terceiros e, quando for o caso, ao Poder Público, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Estado responde objetivamente pelos atos ou fatos dos seus agentes, portanto, independentemente de conduta culposa. Bastando para a configuração da responsabilidade do Estado a prova do fato, o dano e o nexo de causalidade e que o agente pratique o fato (comissivo ou omissivo) no exercício de sua função ou em razão dela.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido, na sua maioria, que o Estado somente responde pelos danos causados pelos juízes quando houver a prova da culpa ou dolo de maneira ilegítima e lesiva.

O art. 143 do Código de Processo Civil determina que 'O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias'.

A interpretação mais adequada, mantendo-se a harmonia do sistema jurídico, especialmente confrontando esse dispositivo processual com o art.

37, § 6º, da Constituição Federal, conclui-se que a responsabilidade do juiz deve ser apurada por via do direito de regresso promovido pelo próprio Estado, no caso de demanda ajuizada por aquele que sofreu os prejuízos em razão da atividade jurisdicional.

Os nossos tribunais têm interpretado de forma muito restrita a atribuição da responsabilidade do Estado por erro judiciário. ‘O Estado só responde pelos erros do Poder Judiciário, na hipótese prevista no artigo 630 do Código de Processo Penal; fora dela domina o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da coisa julgada, como também à liberdade e independência dos magistrados’.

Em ação de reparação de danos materiais e morais, ficou assentado que não se vê negligência no recebimento da denúncia pelo magistrado.

O fato narrado aparentemente constitui crime, afastando, assim, o art. 43, I, do Código de Processo penal.

Não se exige do juiz, nessa fase inicial, exame extensivo e aprofundado da prova extrajudicial, sendo suficientes a existência de indícios de materialidade e autoria.

O nosso ordenamento jurídico, no âmbito da responsabilidade civil do Estado, adotou a teoria do risco administrativo e, no direito do consumidor, a teoria do risco da atividade, hipótese em que a obrigação de indenizar emerge da demonstração do nexo de causalidade.

Assim, a ideia central que preside a teoria do risco administrativo é a de que o ônus decorrente da atividade do Estado deve ser distribuído igualmente por toda a sociedade.

Se um determinado indivíduo suporta uma consequência da atuação do Estado de modo diferenciado, esse encargo especial deve ser redistribuído por toda a sociedade por meio da fixação de uma indenização.

Os tribunais, ao abordarem o tema relativo à responsabilidade civil do Estado por omissão, têm, em algumas oportunidades, aplicado a teoria subjetiva, fundada, pois, na conduta culposa do agente público.

No entanto, não parece ser a posição mais correta, porque tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor tratam da responsabilidade objetiva, não fazendo

qualquer distinção em relação ao dano causado por ação ou omissão, e, onde o legislador não faz distinção, não cabe ao interpreta distinguir.

O Egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento na teoria subjetiva, quando na realidade faltava o nexo causal, deixou esposado que pelos ‘danos provenientes de mau uso de automóvel, por ladrões, que subtraíram das mãos da filha do dono, com emprego de arma de fogo, não responde o proprietário do veículo roubado. Sem a prova da culpa por omissão, também não responde os malfeitores’. [24]

No mesmo sentido, este mesmo Tribunal aplicou a teoria subjetiva, para condenar sociedade de economia mista pelos danos causados por omissão de seus prepostos:

> A sociedade de economia mista, responsável pelo sistema de sinalização de trânsito da cidade, não responde pelos danos resultantes de acidente de automóveis, filiável a defeito de sinal luminoso, ocorrido antes de ter assumido a responsabilidade pela prestação do serviço público. A responsabilidade civil do Poder Público, por ato omissivo, depende de prova da culpa.

_____

[24] Ac. 5286/94. 8ª Câmara. J. 14.12.1994. Rel. Juiz Wilson Marques.

> Provada a culpa do preposto, que entrou em cruzamento de vias públicas, em velocidade excessiva, condena-se o preponente a indenizar os danos provenientes de acidente de veículos. A culpa de terceiro, concorrente com a do preposto do réu, não exclui a relação de causalidade, e, por si só, não afasta o dever de indenizar. Sequer mitiga o valor da indenização se o terceiro também culpado, não é a própria vítima. A responsabilidade por atos comissivos, de pessoas de direito privado, prestadoras de serviço público, é objetiva, tanto nos casos de responsabilidade contratual, como nos de responsabilidade extracontratual ou aquiliana. É razoável o arbitramento de indenização de dano moral, devida aos pais, pela morte de fila, em quantitativo correspondente a cem salários mínimos, para cada um. [25]

Em outra oportunidade, o Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região decidiu a matéria fundamentando a tese na culpa da administração, deixando assentado que há 'omissão culposa da administração se deixa de reparar oportunamente defeito no pavimento de estrada, em razão do qual veículo se desgoverna e acidenta-se com danos'. [26]

_____

[25] TACRJ. Ac. 5473/94. 8ª Câmara. J. 14.12.1994. Rel. Juiz Wilson Marques.

[26] TRF. 4ª Região. Ac. 89.04.18440-1/RS. 3ª Turma. Rel. Juiz Volker de Castilho.

Extrai-se desses julgados que os tribunais vêm aplicando à responsabilidade civil do Estado a teoria subjetiva, fundada na culpa, nos casos de omissão, a despeito do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que adotou a teoria do risco administrativo, em acolhimento à teoria objetiva, exigindo apenas o dano e o nexo de causalidade, como requisitos da obrigação de indenizar.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, também se manifestou a respeito desse tema, com fundamento na teoria subjetiva (conduta culposa dos seus agentes), no caso em que ocorreu a 'morte de quem, estando a cumprir pena em estabelecimento prisional, veio a sofrer agressão à integridade física ou morte, ainda que praticada por companheiro de presídio, porque a hipótese configura culpa *in vigilando'*. [27]

A interpretação mais consentânea com o nosso sistema foi colocada em prática pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao decidir que 'o ordenamento jurídico vigente assegura ao preso a integridade física (CF, art. 5º, XLIX), sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente.

_____

[27] TJRS. Ac. 195.08.973. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcio Oliveira Puggina. J. 28.09.1995.

Assassinado o preso pelo colega de cela quando cumpria pena de homicídio qualificado, responde o Estado civilmente pelo evento danoso, independentemente de culpa do agente público'. [28]

A responsabilidade objetiva do Estado ressoa em outra decisão, na qual foi firmado entendimento no sentido de que, comprovados 'os prejuízos sofridos na cultura, face à ausência de irrigação necessária as lavouras, da parte do DNOCS, afastam o motivo de força maior e comprovado o nexo de causalidade, responde a autarquia pela responsabilidade objetiva (teoria do risco administrativo), consoante dispõe a CF, art. 37, § 6º'. [29]

Ao autor da ação versando sobre a responsabilidade civil do Estado ou de suas empresas privadas prestadoras de serviço público, seja com fundamento na Constituição Federal, no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor, basta a prova do nexo de causalidade ente o fato e o evento danoso, para a procedência do pedido de reparação dos danos causados.

_____

[28] STJ. REsp. nº 5.711/RJ. Rel. Ministro Garcia Vieira. 22.04.1991.

[29] TRF; 5ª Região. Ac. 16.635. 2ª Turma. Rel. Petrucio Ferreira. 24.06.1994.

Em relação à atividade estatal defeituosa, pontifica Celso Antonio Bandeira de Mello [30] que, ‘se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo’.

Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos. Reversamente descabe responsabilizá-lo se, inobstante a atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia’.

A teoria do acidente administrativo de que surge a responsabilidade civil do Estado sempre que algum dano se origine de qualquer irregularidade no funcionamento do serviço público, foi criado principalmente pela jurisprudência francesa. Mas não se cuida e culpa, pois tem fundamento impessoal, que os franceses denominam *faute du service*, e que abrange qualquer deficiência no seu funcionamento.

_____

[30] MELLO, 1993, p. 448.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu a respeito da responsabilidade civil do Estado:

> A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular o prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. [31]

[31] Adcoas/RJ. 1995, p. 131.

CAPÍTULO II

EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE NO CDC

1.Noções.

A responsabilidade civil é um ramo do direito civil, que pela frequência com que é levado aos tribunais e diante da sua complexidade e amplitude, e, em conclusão, pela sua importância na sociedade atual, ganha especial relevo na doutrina e na jurisprudência.

E tendo em vista o lado da defesa nos processos, destacam-se as excludentes do nexo de causalidade.

As causas de exclusão do nexo de causalidade são enumeradas pela doutrina: a) fato exclusivo da vítima; b) fato exclusivo de terceiro; c) caso fortuito e força maior.

Essas causas, na realidade, interrompem o liame entre a conduta imputada a alguém e o dano.

Na responsabilidade objetiva fundada no risco integral, a obrigação de indenizar está prevista ainda que inexista o nexo de causalidade.

A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal, sendo adotada somente em casos especiais.

O Código de Defesa do Consumidor prevê de forma expressa, como causas de exclusão da responsabilidade civil, a não colocação do produto no mercado, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro.

Mas, a essas causas de exclusão a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido que a forma maior também exclui a responsabilidade civil do fornecedor.

2.Não colocação do produto no mercado.

Em primeiro lugar, o produto deve ser colocado no mercado, pois esta determinação é indispensável para definir se o fornecedor será ou não responsabilizado.

O Código de Defesa é omisso nesse sentido, no entanto a doutrina se esforçou para definir o momento de introdução do produto no mercado.

Roberto Norris assim se coloca: [32] 'Deve-se entender como colocado em circulação um produto sempre que o seu produtor, entendendo encontrar-se a mercadoria em perfeitas condições, faz a sua entrega ao mercado de consumo, introduzindo-o, de forma consciente, no circuito de distribuição, mesmo que seja para exame ou prova'.

A questão que se coloca é saber quando se pode considerar que o produto foi colocado no mercado, pois esta determinação é indispensável para definir se o fornecedor será ou não responsabilizado.

[32] NORRIS, Roberto. Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto. Rio de Janeiro: editora Forense, 1996, p. 86.

O Código de Defesa é omisso nesse sentido, no entanto a doutrina se esforçou para definir o momento de introdução do produto no mercado.

Fabrício Bolzan [33] explica que 'basta pensarmos na situação de um lote de medicamentos em que foi constatado o defeito e, por essa razão, acabou sendo alocado para determinado galpão isolado até a realização da respectiva incineração'.

Nesse meio-tempo, enquanto se aguardava o momento de sua destruição, o lote foi furtado e vendido no 'mercado paralelo' ou dentro de transportes coletivos, situação corriqueira no dia a dia dos grandes centros urbanos.

Em tal contexto, caso um consumidor venha a adquirir medicamento nessas condições irregulares e sofra algum tipo de dano, poderá o fornecedor invocar a excludente de responsabilidade de que não colocou o produto no mercado de consumo, demonstrando que tal produto era integrante de determinado lote que fora objeto de furto. O mesmo raciocínio valerá em caso de produtos falsificados'. [34]

---

[33] ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Direito do Consumidor Esquematizado, p. 521.

[34] ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Direito do Consumidor Esquematizado, p. 521.

A não distribuição ou introdução do produto no mercado de consumo, o fornecedor de produtos não se responsabiliza pelos danos causados aos consumidores no acidente de consumo. Tal apontamento é o reflexo literal do art. 12, § 3º, inc. I do Código de Defesa do Consumidor, sendo a primeira excludente de responsabilidade civil abordada pela legislação consumerista.

Dessa maneira, todos os fornecedores que ajudaram a introduzir o produto no mercado de consumo podem ser potencialmente responsabilizados pelos acidentes de consumo decorrentes do mesmo, inclusive o comerciante, nos termos do art. 13 do Código de Defesa do Consumidor. [35]

Se o produto foi colocado no mercado de consumo à revelia da empresa, a exemplo dos casos de furto, roubo e falsificação do produto, entende-se que o empresário não os introduziu no mercado de consumo. Por óbvio, não haveria dever de indenizar os danos causados por estes produtos. [36]

_____

[35] MIRAGEM, 2003.
[36] GRINOVER, 1998.

> A excludente, todavia, faz sentido em face da presunção de que, estando o produto no mercado de consumo, é porque foi introduzido pelo fornecedor. O que a lei quis dizer é que caberá ao fornecedor elidir essa presunção. Ocorre-nos como exemplo da hipótese em exame o caso de produto falsificado, ou que, ainda em fase de testes, é subtraído por alguém, ou através de outro meio criminoso, e colocado no mercado. [37]

Observa-se ainda que o CDC não estabeleceu regra alguma capaz de orientar o operador do direito acerca do exato momento em que se considera a introdução do produto ao mercado de consumo.

Dessa maneira, tal encargo deverá ser suportado pela doutrina e jurisprudência. Considera-se, nestes casos, o produto introduzido no mercado de consumo a partir da sua remessa ao distribuidor, ainda que a título experimental, de propaganda ou de teste. [38]

Entende-se como introdução de produto no mercado de consumo a mera entrega material do mesmo a qualquer outra pessoa pelo fornecedor de produtos.

_____

[37] CAVALIERI FILHO, 2008, p. 486.
[38] CAVALIERI FILHO, 2008.