



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

JOSÉ LEITE DE MELO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A
DELINQUÊNCIA INFANTO-JUVENIL**

SOUSA - PB

2003

JOSÉ LEITE DE MELO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A
DELINQUÊNCIA INFANTO-JUVENIL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal de
Campina Grande, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.**

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA - PB

2003



M528r Melo, José Leite de.
 Responsabilidade civil do Estado e a delinquência infanto-juvenil.
 / José Leite de Melo. - Sousa - PB: [s.n], 2003.

53 f.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Responsabilidade Civil - Estado. 2. Menores infratores. 3. Menores delinquentes. 4. Estatuto da Criança e do Adolescente. 5. Delinquência infanto-juvenil. I. Oliveira, Eduardo Jorge Pereira de. II. Título.

CDU: 343.91-053.6(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

AGRADECIMENTOS

A meu orientador, Prof^o. Dr. Eduardo Jorge de Oliveira, por sua atuação fundamental na concretização deste trabalho;

Aos meus pais João Leite de Melo e Maria Rodriguês da Silva, por me proporcionarem as condições de concluir este Curso, que, apesar da distancia sempre estiveram presente ao meu lado, dando-me motivação para continuar estudando;

Aos meus colegas da Turma de Formandos 99/1, por compartilharmos as angústias e alegrias ao longo desta jornada universitária.

A todos os professores que participaram da minha formação, transmitindo-me seus conhecimentos que foram fundamentais em minha vida pessoal e acadêmica;

E a todos aqueles que, de uma forma ou de outra participaram de minha passagem por esta Universidade, fazendo parte de momentos que nunca mais serão esquecidos.

RESUMO

O presente estudo, que tem como título “Responsabilidade Civil do Estado e a Delinqüência Infanto-Juvenil”, objetiva analisar as principais questões acerca deste tema, e encontra-se exposto em três capítulos. O primeiro capítulo consiste em uma incursão na história da legislação brasileira relativa às crianças e adolescentes, bem como uma análise do atual Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 e de suas principais inovações; No segundo capítulo, analisar-se-á o tema da responsabilidade civil, suas características históricas, e como se encontra-se definida atualmente. Será estudado também, de maneira mais precisa, as peculiaridades desta no direito público decorrentes das normas dispostas em nossa constituição federal; No terceiro capítulo, demonstrar-se-á as peculiaridades processuais da ação de reparação de danos decorrentes de supostos prejuízos causados por adolescentes autores de atos infracionais que estão sob a custódia estatal e por último nós temos à guisa de conclusão e as referências bibliográficas.

palavras chaves: responsabilidade, delinqüência, juvenil, estado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
Capítulo I – DELINQUENCIA JUVENIL E O CONTEXTO NA QUAL ESTÁ INSERIDA	
1.1 – HISTÓRICO	09
1.2 - O Código de Mello Matos de 1927	13
1.3 - O Código de Menores DE 1979	16
1.4 - O Estatuto da Criança e do Adolescente	18
1.4.1 - Política de atendimento	20
1.4.2 - Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente	21
1.4.3 - Fundo para Infância e Juventude	22
1.4.4- Conselho Tutelar	22
Capítulo II – Responsabilidade Civil á Luz da doutrina	
2.1 – Conceito	25
2.2 – Histórico	26
2.3 – Espécies de Responsabilidade civil	29
2.3.1 - Responsabilidade Civil Subjetiva	30
2.3.2. - Responsabilidade Civil Objetiva	31
2.4 - A Responsabilidade Civil no direito público	32
2.5 - A Doutrina da responsabilidade Civil do Estado e a	
Constituição Federal de 1988	36
2.5.1. - Dos danos lícitos e ilícitos ensejadores de responsabilidade	37
Capítulo III – Ação de Responsabilidade Civil Por Danos Praticados Por Adolescente Autores de Atos Infracionais Estando Sob a Custódia Estatal	
3.1 - A Ação de Reparação de danos e suas Implicações	41
3.2- A Ação de Reparação de dano Como Meio hábil	50
3.3 - Ação Por Dano Moral	51
3.4 – Algumas Reflexões	53
IV –A Guisa de Conclusão	55
V - Referências Bibliográficas	57

I - INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo efetuar uma análise da responsabilidade civil do Estado inserida na questão da delinqüência infanto-juvenil, suas peculiaridade e características principais, bem como o momento e os requisitos de sua efetiva aplicação. Assim sendo, tem como marco inicial a Constituição Federal de 1988, que consagrou em seu texto a Doutrina da Proteção Integral à Infância e Adolescência, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos plenos de direitos, e atribuiu à família, à sociedade e ao Poder Público assegurar o efetivo cumprimento destes de forma absolutamente prioritária. Partindo deste ponto de vista, o objeto central deste trabalho é abordar a questão da responsabilidade civil do Estado decorrente de danos praticados por adolescentes autores de atos infracionais, estando sob a custódia estatal, elaborando-se um paralelo com o que até então tem sido colocado em prática com delinqüentes adultos.

Para tanto, utilizar-se-á como metodologia a pesquisa bibliográfica a fim de fomentar seu embasamento teórico. Sua estrutura encontra-se dividida em três capítulos seguido das considerações finais acerca do tema. No primeiro capítulo far-se-á uma abordagem histórica da legislação brasileiras voltada às crianças e adolescentes, desde o primeiro Decreto que lhes dispensava uma relativa atenção, ainda que embrionária, até chegar-se ao atual Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, que consagrou definitivamente a Doutrina da Proteção Integral consolidada na nossa Carta Magna.

Ainda nesse capítulo, será elaborado um estudo mais detalhado dos instrumentos criados pelo Estatuto a fim de garantir a efetivação dessas normas garantidoras e

responsabilizadoras, com o intuito de ressaltar a atenção especial que o legislador procurou instituir dentro do mundo jurídico, tendo em vista a condição particular dos indivíduos a que é destinado.

O segundo capítulo é voltado ao estudo da responsabilidade civil, partindo inicialmente de um resgate histórico das modalidades primitivas de sua aplicação, demonstrando em seguida, as teorias que foram desenvolvidas no direito contemporâneo a fim de solucionar as controvérsias entre os particulares, Nesse tópico também será feita uma abordagem da responsabilidade civil no direito público, consagrado pela norma do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, demonstrando as particularidades decorrentes deste instituto, visto que requer um tratamento diferenciado em função da clara desigualdade entre os sujeitos envolvidos na relação, Em função dos comportamentos ensejadores da responsabilidade estatal, demonstrar-se-á as diversas posições doutrinárias e os fundamentos que são apresentados, a fim de citar a grande complexidade que envolve o tema, dando assim uma visão mais ampla de sua diversidade, de acordo com cada caso concreto.

No terceiro capítulo será feito um estudo detalhado da parte processual da ação de reparação de dano, mais precisamente no tocante a hipótese de prejuízos causados por adolescentes autores de atos infracionais que se encontravam sob a custódia estatal, mas que, de alguma forma, conseguiram burlar os limites da internação, regime sócio-educativo de restrição da liberdade e causar lesões aos particulares será proposta, todavia, traçando um paralelo com a questão do infrator adulto, a possibilidade de se aplicar a responsabilidade objetiva do Estado para os casos de crimes e contravenções praticados pelos que se encontram nos Centros Educacionais.

Tal pretensão está fundada na condição ímpar que se encontram crianças e jovens, a saber, em processo de desenvolvimento e formação de personalidade, sendo este o argumento

para imputar ao Poder Público, por força do que está disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, a dedicar-lhes uma atenção especial, ampliando assim, os limites de sua responsabilidade e por último temos as considerações finais e as referências bibliográficas.

Capítulo I – DELINQUÊNCIA JUVENIL E O CONTEXTO NO QUAL ESTA INSERIDA

Realizar um estudo sobre a questão da delinquência infanto-juvenil, suas origens e desdobramentos, nos remonta a mais antiga civilização que já existiu na esfera terrestre. É uma dura realidade, mas o ser humano, assim classificado em função do raciocínio e consciência entre outras qualidades a se inerentes, ainda não conseguiu controlar seu impulso para a violência.

Por muitos anos o mundo viveu um completo caos social, em que o poder dividia-se entre o Estado, representado por seu monarca, e a Igreja Católica, que possuía o controle da população através da fé monoteísta. Tais circunstâncias impediam o desenvolvimento de qualquer manifestação de pensamento que fosse contrário aos ideais desses institutos.

O que se pretende neste capítulo é traçar o panorama mundial contemporâneo pós Revolução Francesa, que deu início a uma tomada de consciência por parte da sociedade de um modo geral, para com os direitos chamados sociais embasados pelos valores liberais, em especial no que diz respeito às crianças e jovens.

1.1 - Histórico

Pode-se dizer que o Séc. XVIII foi marcado por grandes transformações no âmbito mundial, principalmente no que diz respeito aos valores atribuídos aos cidadãos, em função de novos ideais trazidos pelo iluminismo, como democracia e liberdade, encerrando com um longo período de escuridão que praticamente suprimiu qualquer manifestação de pensamento. A queda do absolutismo na França e na Inglaterra, resultado de um fervilhamento ideológico de cunho liberal, contagiava a população burguesa da Europa Ocidental com autores como Hobbes e Locke na Inglaterra, e Montesquieu na França com *O Espírito das leis* em 1748, estabelecendo uma análise das espécies de governo, bem como a separação tripartite dos poderes. Tais idéias foram posteriormente desenvolvidas por Rousseau em sua obra *Contrato Social*, que propunha um novo conceito de liberdade:

*“O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que o tenta e que ele possa atingir; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que ele possui”.*¹

Nesse contexto de mudanças houve, na passagem do séc. XVIII para o séc. XIX, um questionamento muito grande por parte de alguns juristas que passaram a debater sobre a possibilidade de serem também postulados direitos da esfera privada em juízo, e não somente os de cunho eminentemente público. Assim, foram elaborados os primeiros Códigos de natureza Civil, inicialmente com Ihering e Savigny na Prússia em 1794, passando pelo Código Civil da França de Napoleão, em 1804, na Itália em 1865, Espanha em 1888, e o Código BGB Alemão, em 1896.

¹ BEAUD, Michel. *História do Capitalismo de 1500 até nossos dias*. Trad. Maria Ermantina Galvão.

Com o desenvolvimento da Revolução Industrial, conseqüência do Mercantilismo Capitalista emergente, houve uma grande concentração populacional nos centros urbanos em busca de emprego e comida. O Estado passava a ser exigido também através de uma atividade político social, devendo zelar pelo sadio desenvolvimento da sociedade, sendo o responsável pela caracterização do interesse público.

No Brasil, tais idéias foram paulatinamente penetrando no seio da sociedade brasileira, sendo, no entanto, muito combatidas pela aristocracia conservadora e pelo clero, que consolidavam sua hegemonia no poder pela exploração da mão de obra, escrava, método este mais rentável e eficiente de colonização. Assim, dezenas e dezenas de navios aportaram em nossos estaleiros trazendo negros africanos em condições sub-humanas para trabalhar em nossas terras, bem como mulheres e crianças que muitas vezes não resistiam à terrível viagem.

A primeira manifestação jurídica direcionada ao menor escravo foi no ano de 1823, com a apresentação de um projeto de lei por José Bonifácio na Assembléia Constituinte, projeto este mais voltado para a manutenção da futura mão de obra escrava do que realmente interessado com o bem-estar dos jovens.

A partir da segunda metade do séc. XIX a campanha abolicionista começava a tomar impulso entre os juristas e intelectuais brasileiros, sendo publicadas várias leis que visavam o menor escravo, como a Lei do Ventre Livre de 1871 e a famosa Lei Áurea em 1888. Ressalta-se, no entanto, que na prática essas leis não surtiram quase nenhum efeito, tendo em vista a precariedade dos institutos da época e a mentalidade estritamente escravocrata da população.

Com o advento da abolição da escravatura através da Lei Áurea havia uma necessidade latente por parte da Coroa Portuguesa de administrar seus domínios que estavam constantemente ameaçados por invasores. Dessa forma, inicia-se em Portugal uma campanha em massa em favor da imigração, o que acarretou o deslocamento de milhares de estrangeiros de

diversas nacionalidades para o Brasil, em busca de melhores oportunidades. Ao contrário do que esperavam, os imigrantes depararam-se com um sério quadro de doenças, falta de infra-estrutura com relação às técnicas de plantio e um total descaso por parte da Coroa frente ao assentamento destas famílias, o que gerou um povoamento desorganizado que se concentrava principalmente nos grandes centros, multiplicando-se o número de mendigos e crianças pedindo esmolas pelas ruas.

Dessa forma, com a multiplicação das cidades e o desenvolvimento das indústrias, consolidou-se um novo modo de produção econômica baseada na mão de obra assalariada, dando início a um processo de estratificação das classes sociais, dividindo assim ricos e pobres, e contribuindo consideravelmente para o aumento do número de crianças abandonadas.

Tal estratificação incidia do lado dos menos favorecidos, de modo que estes, quando conseguiam algum lugar para se alojarem, não dispunham de uma infra-estrutura básica que lhes assegurasse uma boa expectativa de vida. Pelo contrário, o baixo grau de instrução da população aliado a um inexistente órgão de saúde pública contribuíram para uma elevada taxa de mortalidade que gerava centenas de crianças órfãs por ano. Como uma tentativa para solucionar este problema, foi criada em 1738 a Casa dos Expostos, no Rio de Janeiro, que pretendia dar amparo às crianças abandonadas, mas que não conseguiu atingir seus objetivos devido a total desinformação dos encarregados e a completa carência de recursos. Nota-se, porém, que nessa época, ainda que de forma embrionária, uma tímida preocupação por parte do Poder Público com a situação dos menores, aliado a um movimento filantrópico e caritativo promovido pela igreja, que definitivamente assumiram a responsabilidade por aqueles destituídos de família.

À respeito do assunto, assinala JOSIANE ROSE PETRY VEORONESE:

assistência aos menores foi a Igreja Católica, através das inegável que foi a primeira instituição encarregada de ordens religiosas. De início era dados aos órfãos e abandonados, estendendo-se posteriormente para os considerados *pervertidos*. Esse tipo de assistência tinha característica predominantemente caritativa, isto é, bastava dar-lhes casa e comida. O ensino se limitava ao aprendizado das atividades domésticas e educação familiar, esta fundamentada no binômio: autoridade -obediência, que geralmente preparava as crianças para os empregos domésticos.²

Pode-se dizer que até a elaboração do Código Penal de 1890, findo o período Imperial, praticamente inexistiu uma previsão constitucional para com o menor abandonado, tendo este diploma legal definido, em seu artigo 27, § 1º e § 2º - do Título III, como não criminosos os menores de nove anos, e os maiores de nove e menores de quatorze, que agiram sem o completo discernimento. Outra inovação trazida pelo Código foi a previsão especial para os "vadios de capoeiras", sendo esses adolescentes de quatorze anos de idade, os quais deveriam ser supervisionados e mantidos em institutos disciplinares.

Calcado na teoria do discernimento, o citado Código não surtiu efeitos práticos em favor dos menores. Igualmente, o Decreto n.º 1.313, de 1891, que regulamentou a idade mínima de doze anos para a mão de obra infantil, era completamente ignorado nas grandes fábricas, onde centenas de crianças eram empregadas para realizar tarefas próprias de adultos, sendo então o referido decreto destituído de crédito por sua manifesta ineficácia.

TÂNIA DA SILVA PEREIRA, analisando o referido momento histórico, esclarece:

Adotando a *teoria do discernimento*, determinava que os menores de 14 anos, que tivessem agido com discernimento, seriam recolhidos à Casa de Correção pelo tempo que o Juiz julgasse necessário e não podia passar dos 17 anos. Entre 14 e 17 estariam os menores sujeitos à pena de cumplicidade (2/3 do que cabia ao adulto), e os maiores de 17 e menores de 21 anos gozariam da atenuante da menoridade.³

² VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: origem, desenvolvimento e perspectivas, Florianópolis, setembro de 1996, p.18.

³ ERREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar. 1996, p.15

O Código penal de 1890, o primeiro da República, dentro da mesma linha do anterior, declarou a *irresponsabilidade de pleno direito* dos menores de 9 anos; ordenou que os menores de 9 à 14 anos que *agissem com discernimento* fossem recolhidos a estabelecimento disciplinar industrial pelo tempo que o juiz determinasse, não podendo exceder à idade de 17 anos; tornou obrigatório e não apenas facultativo que se impusessem ao maior de 14 e menor de 17 as penas de cumplicidade; manteve a atenuante da Menoridade.

Com o passar dos anos, a situação dos menores começa a ser encarada como um problema sério, despertando a consciência da população de que somente a iniciativa filantrópica promovida pela igreja não atingia objetivos satisfatórios. Assim sendo, era necessário que fosse tomada uma medida oficial por parte dos Órgãos Públicos que realmente se comprometesse com o futuro daquelas crianças, e não medidas paliativas destituídas de conteúdo humanístico.

Neste contexto, observa-se que começava a despontar uma mudança no eixo das relações entre o menor e as instituições por esses responsáveis, uma vez que a. filantropia caritativa cedia lugar à racionalidade científica, que modificou o modelo de assistência adotado pelo Estado. Assim, a delinqüência infantil passa a ser objeto de estudo por várias correntes de pensamento, que focalizam uma assistência mais comprometida com a ressocialização e reeducação da criança, objetivando uma reformulação de seus valores para reintegrarem de forma plena o convívio social.

1.2 - O Código de Mello Matos de 1927

Como consequência do esforço de muitos intelectuais para elaborar-se um conjunto de normas que realmente atendessem as necessidades de uma gama de menores desassistidos, foi criado na cidade do Rio de Janeiro em 12 de outubro de 1927, o primeiro Código de Menores da

América Latina, através do decreto n.º 17.947/27-A, que reuniu uma série de leis e decretos relativos à matéria, que estavam até então isolados. Dentre as dificuldades que o citado jurista ultrapassou com a implantação desse Código, pode-se citar a mentalidade despótica e conservadora calcada no *Pátria Potestas* até então vigente, no qual o pai era a autoridade máxima dentro da família, devendo os filhos serem totalmente submissos a esse, que poderia até dispor de suas vidas como bem entendesse.

Porém, essa sociedade eminentemente patriarcal e reacionária caminhava para o declínio, principalmente em função da obra de Mello Matos que revogou a legislação penal anterior no que concerne a menoridade, modificando dentre outros o conceito de pátrio poder, passando este a ser interpretado de forma mais amena, sendo de um lado os pais responsáveis pela educação de seus filhos, e de outro, ficando o Estado definitivamente vinculado ao problema da infância e adolescentes carentes. Desta forma, substituiu-se o binômio reprimir-punir passando a ser priorizado o regenerar-educar, chegando-se a conclusão de que as questões que envolvessem o menor não seriam mais consideradas no âmbito criminal, devendo ser tratados de maneira especial sob uma tônica corretiva e educacional, porém ainda que de forma arcaica. Inobstante, as modificações trazidas pelo Código de Mello Matos, na prática muitos obstáculos surgiram para o fiel cumprimento dos seus dispositivos legais, uma vez que envolvia a criação de uma série de outras instituições que deveriam prestar suporte ao processo de reeducação das crianças desassistidas. A respeito, leciona MARIA BERENICE ALHO DA COSTA:

Mello Matos entendia que a assistência, prestada simplesmente sob o aspecto judicial, não teria nenhum efeito real se não fossem criados novos institutos e ampliados os já existentes. Acreditava que, com a criação de novas e mais modernas instituições, sobretudo se fossem adotados os modelos europeus o problema da criança abandonada e delinqüente resolver-se-ia a curto prazo. Infelizmente, tal tentativa de se solucionar o problema caiu por terra em função de

uma mentalidade política altamente reacionária, que se externava na completa falta de recursos para a criação e manutenção desses institutos fundamentais, para que toda essa estrutura idealizada por Mello Matos surtisse algum resultado positivo.

Com o advento do golpe militar de 1964, as forças armadas assumem definitivamente o papel de protetor da infância desvalida, e essa passou a ser encarada como problema social, não sendo mais de responsabilidade de entidades privadas, e sim de competência do governo, que entendeu necessário a criação de uma nova política e um órgão que assegurasse a fiel aplicação desta. Foi assim então criada a PNBEM –Política Nacional do bem-estar do Menor - e a FUNABEM, que reuniam uma nova concepção de assistência ao menor baseado nos moldes da ideologia militarista.

Ocorre que, em função de uma mentalidade altamente política, mais uma vez foi em vão a tentativa de se amparar as crianças desvalidas, pois o "bem estar social" proposto pelo governo não coincidia de forma alguma às necessidades latentes da população, reduzindo esse a um paternalismo institucionalizado que se exteriorizava de forma cruel e desumana para a população de um modo geral, que se chocava com as práticas extremamente autoritárias do então atual governo. Neste sentido, salienta ROSA MARIA FISHER FERREIRA:

O problema do menor marginalizado adquiriu status de problema na ótica do Estado e suas instituições apenas quando a ação desse menor passou a alterar a ordem instituída, com a eclosão pública de situações de extrema violência e criminalidade geradas pelas condições-limites de sobrevivência a que boa parte da população brasileira foi constringida.⁴

⁴ FERREIRA, Rosa Maria Fisher. *Meninos de rua: valores e expectativas de menores marginalizados em São Paulo*. São Paulo: Ibrex/CEDEC/Comissão de Justiça e Paz, 1980, p. 40 11

1. 3. - O Código de Menores de 1979

Com o declínio da ditadura militar, o Brasil vagarosamente caminhava para uma abertura política devido à pressões sociais de índole democrática, porém as legislações ainda refletiam os princípios da ideologia institucional-repressiva. Neste contexto foi editada a Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979, data que marcou o Ano Internacional da Criança. Este Código consagrou a chamada "Doutrina da Situação Irregular", que se destinava a atender, dentre outras categorias, os menores de 18 anos com desvio de conduta, os que se encontravam desabrigados, bem como os autores de infrações penais - ou seja - delinquentes ou não. Assim dispunha o artigo 2º do referido diploma legal, na verdade destinado apenas a uma categoria especial de jovens, e não à infância de maneira geral.

Dessa forma, mais uma lei era promulgada sem atingir de forma objetiva o problema em questão, pois ao invés de buscar erradicar as causas do problema da infância delincente, preocupava-se em punir esses jovens da maneira mais arcaica possível, ou seja, calcada no modelo penal. Assim sendo, contrariava as novas linhas traçadas no âmbito internacional pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, entre outras legislações, que já procuravam dar um maior amparo à infância, tendo em vista sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Apontando as deficiências desse Código e já antecipando os moldes de uma legislação realmente comprometida com o sadio desenvolvimento da infância, salienta FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO:

- a) não introduziu no Código a assistência educativa, ou seja a intervenção do juiz na família a favor do menor em perigo, correlatamente à ação administrativa da Funabem;
- b) não deu integral caráter assistencial à Funabem;
- c) não cogita das prestações familiares a favor do menor necessitado, abrangendo prestações pré-natais, de maternidade, de salário família, inclusive subsídio e alojamento;
- d) não trata da assistência médica, de ensino pré-primário e lazer;

e) não trata da organização interna do Juizado de Menores, da criação de um Conselho de Cooperação Popular junto ao Juizado e à Funabem.⁵

Dentre outros pontos negativos que ainda podem ser suscitados, tem-se a concessão de poderes ilimitados ao Juiz de Menores, que julgava a seu critério na maioria das vezes, visto que o Código não o vinculava a critérios objetivos para o exercício de sua função, e o caráter muitas vezes cruel que advinha dessa concessão, pois o menor delinqüente tinha um tratamento mais desumano que os criminosos adultos, pois esses têm o amparo constitucional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, garantias estas vedadas aos menores, dando, na verdade, continuidade à mesma política até então vigente.

Ademais, inexistia uma organização referente aos institutos que prestariam uma assistência pedagógica e reeducação dos internos, pois na verdade funcionavam como um verdadeiro "depósito de menores", onde mantinham em condições precárias dezenas de jovens de todas as idades até 18 anos, que ficavam ociosos a maior parte do tempo, totalmente improdutivos, funcionando na prática como uma escola para futuros delinqüentes.

⁵ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Falhas do novo Código de Menores*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 19.

1.4 - O Estatuto da Criança e do Adolescente

Rompendo com a antiga estrutura institucional-repressiva até então vigente, foi editada a Lei 8.069/90, mais conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe em seu bojo normas relativas à sociedade de um modo geral, objetivando assim uma proteção integral no tocante à infância e juventude. Tal modelo referente à proteção integral foi consagrado antes mesmo de sua edição, pela Constituição Federal em seu artigo 227

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado *assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à* familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos (...)

Através da leitura do artigo *supra*, extrai-se a importância que o legislador constituinte colocou na formação de uma entidade familiar sólida, sendo que a mesma é compreendida como base da sociedade e tem especial proteção do Estado. A família, nos dias atuais, não é mais unicamente formada pelo casamento, sendo que, também se entende como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a união estável entre homem e mulher. No dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A família é uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos, aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, nos termos do artigo 229, pelo qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, havidos ou não da relação do casamento. (...) Essa família o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente enumerados no art. 227 (...) Colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão é exigência indeclinável do cumprimento daquele dever.⁶

Desta forma, tem-se como diretriz constitucional a tutela dos interesses das crianças e dos adolescentes, e como legitimados diretos e legalmente responsáveis por tais interesses "a família, a sociedade, e o Estado", classificação esta que confere aos três entes elencados o mesmo grau de atribuição, esta de forma expressa, não estabelecendo uma ordem a ser obedecida.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores. 1997. p. 776. 13

Ainda sobre o artigo citado, o legislador constituinte adotou o termo "com absoluta prioridade", ou seja, ele estabelece que esse dever sobrepõe-se a qualquer outro e transmite uma idéia de que é exercido a todo o tempo. Ou seja, se a intenção do legislador fosse contrária ele não se utilizaria de um termo tão claro, porém se adotou tal designação, deverá fazer valer as prerrogativas que decorreram do referido dispositivo constitucional.

Nota-se, então, que a legislação brasileira relativa a matéria deu um grande passo com a edição dessa lei, que foi inclusive em muitos pontos avançada com relação à Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, fazendo com que o Brasil tenha um verdadeiro posicionamento de vanguarda, pode-se dizer até mesmo uma postura revolucionária no contexto mundial. De uma maneira geral, a Doutrina da Proteção Integral objetiva desmistificar a regra que para estar sob a égide da lei, a criança deve ter praticado ato contrário ao disposto na lei, tendo assim um desvio de conduta. Decididamente, o Estatuto vem firmar seu compromisso com os menores de idade, por esses representarem o futuro do país, e por isso visa assegurar-lhes todos os meios para que possam desfrutar de uma maior qualidade de vida, principalmente no que tange a direitos próprios e especiais de pessoas em desenvolvimento sendo assim considerados, ou seja, como sujeitos de direitos.

Pode-se dizer que com o advento do Estatuto o problema do infrator passou a ser encarado de forma mais compromissada, porém essa não foi a única categoria prevista no referido diploma legal, que se preocupou prioritariamente em elaborar um sistema de prevenção com a infância de uma maneira geral. Ou seja, para que o menor de idade tenha o amparo do Estado, não é mais preciso que pratique algum ato contrário à lei, e sim será orientado de forma gradual para que tenha desde cedo sua consciência de cidadania. No tocante à sua estrutura, o Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se basicamente dividido em: medidas de prevenção, medidas de proteção, medidas pertinentes aos pais ou responsáveis, e medidas

específicas de proteção, esta última no caso de prática pelo adolescente de ato infracional, aqui considerado como crime ou contravenção. No dizer de EMÍLIO GARCIA MENDEZ ⁷, pode-se destacar quatro inovações trazidas pelo Estatuto:

1. A municipalização do atendimento direto, como diretriz da política de atendimento, conforme o inciso I, do artigo 88, do ECA.

2. A supressão da situação irregular, tendo como consequência direta a impossibilidade de reclusão por motivo decorrente de desamparo social. São expressamente previstos os motivos passíveis de privação de liberdade, a saber, flagrante de ato infracional, ou determinação escrita e fundamentada por autoridade judicial.

3. Participação paritária e deliberativa da sociedade civil e do governo (tanto na órbita federal, quanto municipal e estadual) estabelecida pela existência dos Conselhos de Direitos da Criança e Adolescente.

4. A hierarquização da função judicial, no qual é atribuído aos Conselhos Tutelares, exclusivamente em âmbito municipal, a competência para atuar nos casos em que não se refiram a ato infracional, ou impliquem decisões relevantes capazes de alterar a condição jurídica da criança e adolescente. Após estas considerações iniciais, será feita uma análise mais detalhada destes novos institutos criados pela nova lei.

1.4.1 - Política de atendimento

O Título I, do Livro II, da Parte Especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, contém as disposições gerais da Política de Atendimento, esta que se encontra definida em seu artigo 86:

Art. 86 - A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O artigo supracitado vem consagrar a descentralização político-administrativa instituída pela Constituição Federal de 1988, que delegou diversos poderes, principalmente aos municípios, a fim de fortalecer-lhes a autonomia e aumentar a participação da sociedade nas ações estatais.

Desta forma, a municipalização, diretriz básica da política de atendimento, consiste em fazer com que a sociedade busque solucionar seus entraves com seus próprios recursos, através de seus diversos membros, sendo assistidos, no que couber pela União.

⁷ MENDEZ, Emilio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1994, p. 54.14

1.4.2 - Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente

Descrito no inciso II, do artigo 88, assim prescreveu o legislador sobre sua criação:

Art. 88 - São diretrizes da política de atendimento: (...)

II - criação de deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federais, estaduais e municipais; (...)

Tais conselhos assumem um importante papel dentro da estrutura idealizada pela Lei 8.069/90, pois caracteriza-se por ser um órgão colegiado que detém a função de elaborar e controlar a execução das políticas para o atendimento dos direitos das crianças e adolescentes. Ademais, dispõe o artigo supracitado que é assegurada a participação popular paritária através de organizações representativas, ou seja, esses órgãos colegiados serão formados pelo mesmo número de membros do governo e da sociedade civil, que juntos detém personalidade jurídica para atuar no âmbito governamental quando interesses desta natureza estiverem em questão. Desta forma, o Estatuto concede aos Conselhos o poder decisório, visto que todas as ações e iniciativas relativas às crianças e adolescentes devem passar sob o crivo desse por força de seu caráter deliberativo, sob pena de serem consideradas inconstitucionais. De acordo com a parte final do referido artigo, a criação deste órgão será feita através de lei municipal, estadual e federal, devendo ser aprovada pelos órgãos legislativos respectivos, ou seja, Câmara de Vereadores, Assembléia Legislativa e Congresso Nacional.

1.4.3 - Fundo para Infância e Juventude

Também prevê o artigo 88, em seu inciso IV, a criação do fundo para infância e juventude, que se encontra assim disposto:

Art. 88 - São diretrizes da política de (...)
IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados ao respectivo conselhos dos direitos da criança e adolescente. (...)

Com sua fundamentação legal na Lei 4.320/64, que instituiu as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle de orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, o fundo foi a forma encontrada pelo legislador do Estatuto como uma das possibilidades de obter-se recursos para financiar a política de atendimento, pois através desse é que o Conselho de Direitos deve representar os interesses infanto-juvenis quando da constituição dos orçamentos nos diversos níveis da Federação. Tal fundo, no entanto, fica vinculado ao Conselho, que disporá sobre sua aplicação de acordo com suas normas administrativas internas.

1.4.4 - Conselho Tutelar

Definido no artigo 131 da Lei 8.069/90, "o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento os direitos da criança e do adolescente definidos nesta Lei." Em análise ao artigo *supra*, tem-se que são características deste Conselho a temporariedade, pois é de cunho permanente; e a autonomia, pois se encontra desvinculado de qualquer esfera da administração pública, pois possui sua competência delegada por lei. Também se extrai do referido artigo seu caráter não jurisdicional, ou seja, de não lhe ser vedado a criação de sanções para o não cumprimento de suas determinações. Neste sentido, assinala ANTÔNIO FERNANDO DO AMARAL E SILVA que: (...) "*não cabe ao Conselho Tutelar a função de aplicar a sanção punitiva. Ele vai proteger. Vai encaminhar crianças e jovens que não estejam sendo atendidos em seus direitos fundamentais a programas comunitários que supram as falhas de atendimento*"⁸

⁸ AMARAL E SILVA Antônio Fernando do., "A criança e seus direitos", apud: PEREIRA, T. da S. Op. Cit., p. 605. 13 SÊDA, Edson.

De acordo com a municipalização do atendimento instituída pelo artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 204 da Constituição Federal, o Estatuto estabelece, em seu artigo 132, que cada município deverá possuir pelo menos um Conselho Tutelar, composto de cinco membros, com participação ativa e constante da comunidade. Assim, há efetivamente dois conselhos relativos aos direitos das crianças e adolescentes, com funções distintas, porém complementares, como analisa EDSON SEDA:

No Conselho Municipal, a população indica representantes para participar de formulação e controle de política para crianças e adolescentes. No Conselho Tutelar, a população escolhe uma equipe de cinco pessoas com poderes legais para repor as coisas nos devidos lugares, quando crianças e adolescentes, individualmente identificados, forem mal tratados, ameaçados, ou violado sem seus direitos, negligenciados, explorados (vitimados). (...) Ambos são organizações do Estado. Num, o Municipal de Direitos, governo e sociedade cumprem, juntos, o dever constitucional previsto no artigo 204 da Carta Magna. Noutro, ou Tutelar, os cinco representantes da cidadania corrigem, cotidianamente, desvios da família, da sociedade e do governo, quando crianças e adolescentes são transformados em vítimas da ação ou omissão.⁹

Após o estudo preliminar sobre este tema de certa forma complexo, em função de tantas transformações políticas e sociais vividas pela sociedade brasileira no último século, far-se-á a seguir um estudo da doutrina da responsabilidade civil do Estado, como intuito de conhecer os parâmetros usados por esse para punir os responsáveis pelas práticas delituosas, bem como as teorias existentes nesta área, para ao final, verificar se há consonância entre o que está prescrito pela Lei 8.069/90, pela Constituição Federal, e pelas ações do Poder Público. Assim sendo, em análise do que já foi estudado e em decorrência de todo um passado de exploração e opressão que marcou a vida de crianças e adolescentes em nosso país, constatamos que os dispositivos da Constituição Federal e do Estatuto ainda não têm sido colocados em prática. Ora, não se trata apenas de uma discussão de técnica processual ou da mera interpretação de dispositivos de lei; trata-se, isso sim, de vidas humanas que são vítimas de uma sociedade cheia

⁹ SEDA, Edson. Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 72-73. 17

de preconceitos e rótulos, a qual prefere trancar crianças e adolescentes de classe baixa em internatos, do que permitir que tenham condições para se reabilitarem.

A questão que o presente trabalho procura elucidar é de responsabilizar o Estado pela prática de danos patrimoniais ou até de ordem moral causados por adolescentes infratores que já se encontravam institucionalizados em organismos estatais de reabilitação. Ou seja, uma vez estando um menor de idade sob a custódia do Estado e venha causar danos a terceiros, não há que se cogitar na responsabilização dos pais ou responsável, visto que o menor não estava sob sua guarda. Dessa forma, se o Estado está cumprindo com a sua função de reabilitar a criança ou o adolescente, então será responsável por sua segurança, alimentação, saúde e integridade, além de ser responsável pelos danos que os internos vierem porventura a praticar no caso de evadirem-se das instituições destinadas a sua recuperação. Já é do conhecimento de todos que a justiça não é a mesma para aquele que não tem condições financeiras. Assim sendo, a complexidade deste tema avoluma-se quando se evidencia como a sociedade contribui para torná-lo ainda maior, uma vez que a violência gera violência. É preciso romper com este ciclo vicioso que há muito vem se fortalecendo, e que destrói muitas vidas. Não se trata de uma utopia, nem de um projeto inatingível. A proposta é adequar a realidade que vivemos ao nosso ordenamento jurídico, para poder transformá-la. Transformação esta que talvez não será sentida nesta geração ou na próxima, mas que temos a oportunidade de dar início a uma revolução ideológica baseada em valores humanitários que poderá ser o grande paradigma da virada do século.

Capítulo II - RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA DOCTRINA

2.1 - Conceito

O termo responsabilidade origina-se da raiz latina do verbo *respondere*, que foi desenvolvido pelo Direito Romano, traduzindo-se, *grosso modo*, na relação em que um agente, por ação ou omissão sua, causa um dano (geralmente de natureza patrimonial) a outra pessoa, surgindo assim, a obrigação de reparar o mal que deu causa. Porém, a doutrina é divergente quanto à elaboração de um conceito comum para a responsabilidade civil, em função de existirem duas teorias que disciplinam a matéria, com certas peculiaridades que as diferenciam substancialmente, conforme salienta JOSÉ DE AGUIAR DIAS:

*O dissídio que lavra na doutrina, com relação ao problema da responsabilidade civil, alcança todos os seus aspectos. E começa naturalmente, pela sua definição, a cujo propósito se manifestam divergências tão profundas – a acusar a luta, fecunda em conseqüências entre a concepção tradicional da culpa e a doutrina moderna a do risco – que Mazeaud et Mazeaud, não obstante a sua colocação entre os maiores pesquisadores da matéria, não hesitam em confessar a tentação de enfrentar o tema sem definir, Josseland considera responsável aquele que em definitivo suporta um dano. Toma a responsabilidade civil no seu sentido mais amplo, tanto que abrange na qualificação de responsável o causador do dano a si mesmo.*¹⁰

Por outro lado, SILVIO RODRIGUES tem outro posicionamento com relação à matéria, quando descreve:

A responsabilidade civil vem definida por *Savatier* como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Realmente o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for **afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado.** Esse é o campo que a teoria da Responsabilidade civil procura cobrir.¹¹

Apesar desta divergência, alguns autores defendem ainda a existência de uma corrente mista, que será estudada nas páginas seguintes, apresentando algumas características das duas teorias. Ademais, no que tange o aspecto da responsabilidade civil que será abordado como ponto

¹⁰ e DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. 9 edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 075

¹¹ RODRIGUES Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Vol. 4. 13 ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 04/05

central neste trabalho, vale lembrar que esta deve ser analisada em seu sentido mais amplo, pois vincula ao Estado o ônus de zelar pelo bem estar .desenvolvimento sadio da infância e adolescência de determinada sociedade, e responder pelos danos causados por estes a terceiros quando estiverem sob a guarda estatal, em função do descumprimento ao já aludido preceito constitucional que atribui ao Poder Público a tutela dos interesses desses indivíduos.

2.2 - Histórico

Durante muitos anos, nos primórdios da civilização, período que antecedeu a instalação da fase contratual da convivência humana, inexistia qualquer previsão que regulasse as relações entre os indivíduos, bem como não se tinha noção da divisão das responsabilidades em civil e penal. Assim sendo, prevalecia a lei do mais forte através da "justiça com as próprias mãos", posteriormente denominada como vingança privada. Seguindo-se a esse período, tem-se a Tábua de Nippur vigente em 2.050 a.C., podendo ser apontada como o primeiro texto legal que apresentava indícios de uma provável indenização aos danos causados à pessoa, através de sua prévia fixação. Tais idéias foram desenvolvidas pelo Código de Hamurabi, no ano 1750 a.C., que instituiu algumas noções de indenização. A Lei de Talião marcou o período em que o conceito de responsabilidade estava diretamente ligado ao prejuízo físico atribuído ao agente, funcionando como uma verdadeira pena aplicada àquele que ultrapassasse a esfera de sua responsabilidade, e que ficou consagrada pela expressão "olho por olho, dente por dente". Posteriormente, com a edição da Lei das XII Tábuas houve uma superação do período marcado pela vingança, por um novo, que se caracterizou pela composição a critério da vítima, conforme dispõe ALVINO LIMA:

Dessa primitiva forma de responsabilidade, passou-se a composição voluntária, pela qual o lesado, podendo transigir, entra em composição com o ofensor, recebendo um resgate (poena), isto é, uma soma em dinheiro, ou entrega de objeto. A

vingança é substituída pela composição a critério da vítima, subsistindo, portanto, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.¹²

Neste ordenamento, a citada composição voluntária era obrigatória e tarifada, ou seja, previa em casos concretos o valor da indenização. Desta forma, o Estado assume o papel de conciliador dos conflitos, anteriormente nas mãos dos particulares, o que acarretou a cisão entre os delitos públicos e delitos privados, sendo os primeiros assim considerados como atos lesivos à sociedade de maneira geral, nos quais a punção não é revertida ao prejudicado; e os últimos, aqueles perturbadores da ordem, em que o Estado somente assume o papel de conciliador. No Direito Romano foram desenvolvidas as primeiras idéias no sentido de se construir uma estrutura jurídica para a responsabilidade contratual, que vinculou a noção de indenização ao poder punitivo do Estado. Para se promover a chamada *actio legis Aquiliae* eram necessários os seguintes pressupostos:

- a) dano causado à direito (*injúria*);
- b) falta positiva, ainda que levíssima (*culpa in comitendo*);
- c) dano causado pelo contato físico.

O Direito Romano foi o grande precursor das teorias posteriormente aperfeiçoadas pelo Código Napoleônico em 1804, principalmente devido à instauração da noção do elemento subjetivo da culpa. Em função do citado Código, superou-se a fase marcada pela composição com o advento das *pandectas*, que passaram a estabelecer os princípios gerais da responsabilidade civil, na qual a reparação do dano era independente da gravidade da culpa. Apesar do predomínio da teoria subjetiva da culpa no campo da responsabilidade civil, esta muitas vezes não apresentava um resultado prático eficaz em função das novas relações impostas

¹² *Lex Aquiliae*, 16 LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 20.

pela Revolução Industrial, que instaurou uma nova classe social, o proletariado. Desta forma, por força de construção jurisprudencial e doutrinária, nasceu a teoria do risco com o intuito de dar maior proteção à vítima, pois prescindia da prova de culpa para gerar a obrigação de indenizar, invertendo o ônus da prova em determinados casos para as mãos do agente. Atualmente, apesar do esforço de muitos doutrinadores, a teoria do risco não é a regra geral nos ordenamentos jurídicos da maioria dos países contemporâneos, quando muitas vezes é utilizada apenas de forma subsidiária. Alguns autores como CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA defendem a tese de uma teoria mista, quando assinala:

Quando fui incumbido de elaborar um Anteprojeto de Código de Obrigações que promovesse a unificação do direito obrigacional em nosso país, nele introduzi o princípio objetivista, sem repelir a teoria da culpa, antes com ela convivendo tal como em minhas instituições de Direito Civil sustento deva ocorrer (cf. Vol. II, n.º 175) com efeito, a *idéia cristã de culpa se trata de abandoná-la*. O que convém é abraçar também a teoria do risco *como princípio da reparação subsidiária* quando se revela ineficaz a doutrina da culpa (René Rodière, ob. cit; n.º 1.376). Foi, aliás, o que ocorreu em alguns sistemas jurídicos, de que é exemplo o alemão, em que o BGB concilia o conceito de culpa com a obrigação ressarcitória onde não pode esta ser caracterizada (arts. 827 a 829); o mesmo se dá no Código polonês de obrigações de 1.934, como no Projeto franco-italiano de Código de Obrigações (art. 76).¹³

No Brasil, o Código Civil de 1916 consagrou a teoria subjetiva da culpa por influência do Direito Francês, no título que trata dos atos ilícitos, em seu artigo 159 *caput*: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553." A responsabilidade objetiva, por sua vez, é admitida somente em alguns dispositivos previstos no Código Civil, como é o caso dos artigos 1.519, 1.520, parágrafo único, 1.528, e 1.529, porém é na jurisprudência que muitos juristas têm encontrado algumas decisões nesse sentido, em determinados casos em que uma das partes é notoriamente hipossuficiente em relação à outra, o mesmo ocorrendo em algumas leis especiais, como no Código de Defesa do Consumidor, lei

¹³ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade Civil - De acordo com a Constituição de 1988*. 5ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 07.

8.078/90, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, que prevêm as hipóteses de impetração de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos.

2.3. - Espécies de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil, no tocante ao seu fundamento, é dividida em responsabilidade subjetiva e objetiva, sendo subjetiva aquela calcada na culpa *lato sensu*, em que a prova da culpa ou dolo é pressuposto necessário para que exista a obrigação de indenizar. A responsabilidade objetiva prescinde da culpa, baseando-se na teoria do risco, bastando que se demonstre existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a conduta do agente, para que aquela possa pleitear a reparação do dano. Quanto ao fato gerador, a responsabilidade civil divide-se em contratual e extracontratual, sendo a primeira representada quando há violação de uma obrigação contratual pelo inadimplemento total ou parcial do contrato, e a segunda, representada pela violação de um preceito legal da abstenção a direitos reais ou de personalidade. Ressalta-se, no entanto, que há uma divergência terminológica dividindo a doutrina, sendo que alguns autores como FERNANDO NORONHA preferem utilizar a expressão responsabilidade negocial e extranegocial¹⁴. Por fim, quanto ao agente pode-se dividir a responsabilidade civil em direta, quando esse deverá responder por ato próprio; e indireta ou complexa, quando a obrigação emana de ato de terceiro com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade,

¹⁴ NORONHA, Fernando. *Responsabilidade Civil uma tentativa de Ressistemização*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Vol. 64. Ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais: Abril/Junho 1993, p. 13.

como por exemplo, a responsabilidade dos pais pelos filhos menores, dos tutores e curadores pelos tutelados e curatelados, e do preponente por ato do preposto.

2.3.1 - Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva ou culposa funda-se na clássica e tradicional teoria da culpa que pressupõe a existência de um ato ilícito, que é perpetrado intencionalmente ou culposamente por um agente causador de lesão a um direito de outrem. São pressupostos desta modalidade: a culpa no ato ou omissão do agente, o dano e o nexo causal. Para haver a obrigação de indenizar deve-se provar a culpa ou o dolo do agente, sendo este a intenção de praticar o mal ou o seu conhecimento, e aquela, quando o agente agiu com negligência (descuido), imprudência (excesso de confiança), ou imperícia (falta de habilidade), tendo em vista que no Direito Civil, ao contrário do Direito Penal, não existe uma graduação da culpa que influa no grau de responsabilidade para fins de indenização, bastando que esta fique caracterizada. No tocante ao ônus da prova, regra geral cabe à vítima provar. Porém, a jurisprudência e o legislador procuraram dar maior proteção a esta, admitindo a possibilidade de sua inversão ante a uma presunção de culpa, que pode ser relativa (*juris tantum*), alterando a questão quanto à matéria de prova que está nas mãos do agente, o qual deverá provar sua inocência; ou absoluta (*juris et de jure*), que não admite prova em contrário, em que o agente deve provar a ausência do nexo causal entre sua conduta e o prejuízo causado. O dano também é pressuposto da responsabilidade subjetiva, e consiste em uma lesão a um bem jurídico ou patrimonial, este último que deverá ser reparado de forma integral por meio de indenização monetária. Da mesma forma deve-se reparar o dano moral, conforme disposto no artigo 5º, V e X da Constituição Federal, e nos artigos 1.543, 1.547, e 1.553 do Código Civil. Por fim, o nexo causal entre a conduta culposa do agente e o

dano causado é o terceiro pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, pois se o dever de indenizar é a sanção imposta pela lei a quem comete um ato ilícito, é necessário que o dano seja consequência da conduta de quem produziu. No tocante aos princípios da responsabilidade civil subjetiva tem-se que somente o elemento culpa pode ser dispensado em alguns casos específicos, sendo que os demais são imprescindíveis.

2.3.2 - Responsabilidade Civil Objetiva

Esta teoria prescinde da análise da culpa, fundamentando-se no entendimento de que quem cria um risco deve suportar suas consequências. Para sua consolidação, foram preponderantes construções doutrinárias e jurisprudenciais que demonstraram a insuficiência da teoria da culpa em certas ocasiões para uma efetiva e justa reparação. Desta forma, a responsabilidade civil objetiva passou por várias modalidades até atingir a sua atual conceituação, a saber, as teorias do risco integral, do risco profissional, do risco proveito, e do risco criado, esta última que foi utilizada no Projeto do Código de Obrigações de 1965, e no Projeto do Código Civil de 1975 (art. 929, § único), por CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA.¹⁵ A teoria do risco integral possuía um cunho negativista, pois contentava-se com a simples existência de um dano vinculado a qualquer fato para surgir a obrigação de indenizar. Desenvolveu-se mais no direito público, nos casos de responsabilidade civil de Estado. Na teoria do risco profissional, o dever de indenizar surge quando o dano é causado em função o da atividade profissional do lesado, sendo o empregador responsável por ressarcir os acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião deste. A teoria do risco proveito, por sua vez, determinava que os criadores do risco

¹⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Op. Cit.* p. 281.

que buscam proveitos individuais devem suportar os encargos inerentes à atividade desenvolvida. Porém houve uma dificuldade de se colocar em prática esta teoria em função da interpretação da palavra proveito, que no sentido amplo representava qualquer vantagem, e num sentido estrito, representava ganhos monetários. Para solucionar tais dificuldades, os defensores da responsabilidade objetiva optaram pela supressão do termo proveito, surgindo assim a teoria do risco criado, em que predomina a relação causal entre o dano sofrido pela vítima e a atividade desenvolvida pelo causador do dano, independente deste ter tirado proveito ou não. Após esta análise sobre as modalidades de responsabilidade civil no âmbito direito privado, interessa-nos conhecer como estas estão dispostas na esfera da Administração Pública e quais são as principais diferenças na sua efetiva aplicação, quando o agente causador do dano se tratar de um representante do Estado.

2.4 - A Responsabilidade Civil no Direito Público

Quando há uma relação em que envolve de um lado o particular e de outro a instituição estatal não há a possibilidade de aplicar-se, neste caso, as mesmas normas que regulam as relações de natureza civil, pois inexistente uma igualdade de condições entre as partes. Em assim sendo, estaria o Estado desrespeitando sensivelmente o princípio da isonomia disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Assim sendo, torna-se necessário aplicar um conjunto de normas que procure equilibrar este quadro, para que os conflitos entre Estado e particular sejam solucionados de forma equitativa. Com relação ao assunto, assinala HELY LOPES MEIRELLES:

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despojado de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os

princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.¹⁶

O autor supracitado prefere a expressão responsabilidade civil da Administração Pública ao termo responsabilidade civil do Estado, forma que é mais difundida pela maioria da doutrina. Porém, a aparente igualdade existente entre as duas expressões desaparece quando se elabora um estudo aprofundado do tema, revelando duas situações. Desta forma, conceitua responsabilidade civil da Administração Pública como aquela que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal. Apesar desta divergência de ordem terminológica, entendemos que os dois termos estão corretos uma vez que a maioria dos doutrinadores utilizam-se de ambas as expressões com a mesma finalidade, não sendo esta divergência prejudicial a matéria de fundo. No dizer de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“ entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.”¹⁷

Trata-se de responsabilidade extracontratual pois não pressupõe a existência de um contrato entre as partes e não está vinculada a ocorrência de um ato ilícito como no direito privado, pois pode surgir em virtude de comportamento lícito por parte do Estado, porém que cause um ônus maior a determinadas pessoas do que a maior parte da coletividade. Assim sendo, o fundamento desta espécie de responsabilidade civil é unicamente a demonstração por parte da vítima do nexo causal entre o comportamento estatal e o prejuízo. Ademais, faz-se importante relembrar que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos patrimoniais que se resolve

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. atualizada., São Paulo: Malheiros Editores, 1990, p. 531

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 596.

por meio de indenização, o que não se confunde com os casos em que a ordem jurídica confere ao Poder Público a prerrogativa de investir diretamente contra o direito de terceiros, a exemplo das desapropriações. Em função de sua natureza patrimonial, a responsabilidade civil é independente da responsabilidade penal e administrativa, porém, nada impede que as três modalidades possam ser apuradas ao mesmo tempo. Porém, não se deve confundir a responsabilidade civil do Estado com a responsabilidade civil dos servidores do Estado é necessário que se trace uma linha divisória explicativa entre a chamada responsabilidade civil do Estado ou da Administração Pública e a chamada responsabilidade civil dos servidores do Estado. Esta decorre de desobediência do dever legal a que os servidores estão sujeitos, no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la. Assim agindo, os servidores podem praticar infrações de três ordens: administrativa (faltas disciplinares), penais (crimes funcionais) e civis (ilícitudes de que resultem prejuízos patrimoniais). Em consequência, respondem administrativa, penal e civilmente, pelas ações ou omissões que tenham cometido. No primeiro caso, apenas perante a própria Administração. No segundo, face a Justiça. E no último caso, perante a Administração ou o Judiciário. Já a responsabilidade do Estado ou da Administração Pública é exclusivamente civil. As entidades públicas, por não serem pessoas naturais, não podem responder administrativa e penalmente." A evolução doutrinária desta espécie de responsabilidade passou de um modelo de irresponsabilidade consagrado pelo governo absolutista inglês, o qual adaptou-se muito bem à realidade dos Governos da época e que resumindo-se na expressão "The King can do not wrong" (o Rei não pode cometer erros), passando pela doutrina civilística da culpa civil comum, que não se mostrou eficiente para suprir a nítida desigualdade entre as relações de Administração e administrados, até a moderna teoria do risco, ou teoria objetiva, que melhor se adaptou ao contexto do Direito Público.

Foram desenvolvidas muitas teorias até se chegar na utilizada atualmente, a saber, a teoria da culpa administrativa, do risco integral, e do risco administrativo que consistiu no aperfeiçoamento das duas primeiras. Ressalta-se, no entanto, que também há uma certa divergência quanto a distinção feita por HELY LOPES MEIRELLES entre risco administrativo e risco integral, porém esta também é de ordem terminológica, não possuindo relação direta com o objeto deste trabalho, razão pela qual adotamos o entendimento do referido autor.

A teoria da culpa administrativa ainda guarda muitos aspectos da doutrina subjetiva da culpa, pois baseava-se na falta objetiva do serviço para gerar a responsabilidade da Administração, falta esta caracterizada pela inexistência, mau funcionamento, ou retardamento do serviço. Já não se cogitava aqui a culpa subjetiva do agente administrativo, mas uma culpa especial da Administração, responsabilizada por qualquer dano causado a terceiros, ainda que este resulte de culpa. A teoria do risco integral, por sua vez, propõe que a Administração seja culpa ou dolo da vítima. Abandonada na prática por gerar resultados absurdos, esta teoria não foi recepcionada pela maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, por ser considerada extremamente radical. Por fim, a teoria do risco administrativo não exige qualquer falta do serviço público nem a prova da culpa de seus agentes, bastando apenas uma lesão ao particular e a prova de que o fato danoso foi emanado de ação ou omissão do Poder Público. Este, no entanto, tem a prerrogativa de procurar demonstrar a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. A expressão risco aqui utilizada representa a situação que a atividade pública pode trazer a certos administrados, podendo até gerar prejuízos, estes que deverão ser suportados pela comunidade de maneira geral, através do erário, representado pela Fazenda Pública. No tocante à legislação brasileira, tem-se que a teoria da irresponsabilidade nunca foi aceita entre nós, sendo que o já revogado artigo 15 do Código Civil de 1916 inicialmente baseou-se na teoria subjetiva da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado, apesar da oposição de juristas

como Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti. Com o advento da Constituição Federal de 1946 o legislador optou pela teoria objetiva por entender ser a mais apropriada no que concerne aos atos da Administração Pública, entendimento este repetido pelas duas Constituições que se seguiram, a saber nos anos de 1967 e 1969, e mais recentemente na atual Carta Magna de 1988, que em seu artigo 37, § 6º, que consagrou de forma expressa a responsabilidade civil objetiva do Estado.

2.5 - A Doutrina da Responsabilidade Civil do Estado e a Constituição Federal de 1988.

Nossa atual Carta Constitucional dispõe sobre a Administração Pública na Seção I, do Capítulo VII, do Título III, e consagra a teoria objetiva no tocante à responsabilidade civil do Estado em razão dos danos causados à terceiros por atos ou omissões de seus servidores, por força do artigo 37, § 6º, a saber:

Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em análise ao citado artigo, observa-se que o legislador utiliza-se do vocábulo *agente* no sentido amplo, ou seja, querendo se referir aos servidores públicos de maneira geral, como todas as pessoas que estão realizando algum serviço público. Tal disposição não poderia ser diferente, visto que o Estado como pessoa jurídica não pode praticar atos que acarretem consequências físico-materiais, porém, este possui vontade jurídica a qual se exterioriza pelos atos de seus agentes em função da chamada relação orgânica que vincula esses ao Estado. A exigência aqui é que o autor esteja praticando a ação ou omissão administrativa no exercício de

suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, pois não há responsabilidade objetiva se o agente praticou o ato movido por sentimentos pessoais, ou que de qualquer forma não mantém relação com a finalidade do serviço. Outro ponto que deve ser analisado é a forma com que os agentes públicos podem causar danos aos particulares, visto que, em função da grande abrangência da responsabilidade objetiva do Estado, cabe ao particular pleitear a indenização tanto nos casos de ação ou de omissão do Poder Público, em função dos riscos que esta atividade administrativa pode causar

2.5.1 - Dos danos lícitos e ilícitos ensejadores de responsabilidade

Com relação ao dano praticado pela autoridade pública, deve-se frisar que deverá conter certas características para dar margem à indenização, a saber: deverá corresponder a lesão a um direito da vítima, ou seja, o ataque a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito, correspondendo a uma lesão patrimonial, econômica ou moral, mas não se confundindo com estas; o dano também deverá ser certo, atual ou futuro, mas não eventual, compreendendo o que o sujeito perdeu e o que deixou de ganhar. Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas. (...) Dano anormal é aquele que supera os meros gravames patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em sociedade implica em aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram o dano anormal. Como já foi visto anteriormente, aplica-se a

responsabilidade objetiva nos casos em que a conduta estatal é lesiva a terceiros, independentemente se esta conduta é lícita ou ilícita. Assim sendo, tanto as condutas lícitas como as ilícitas podem ocorrer por força de atos materiais ou jurídicos emanados do Poder Público:

a) Por comportamentos lícitos;

- Atos jurídicos - como, por exemplo, a determinação de fechamento legítimo e definitivo do perímetro central da cidade a veículos automotores, por razão de tranqüilidade, salubridade pública e desimpedimento do trânsito, que acarreta para os proprietários de edifícios-garagem, devidamente licenciados, indiscutível dano patrimonial anormal.

- Atos materiais - como, por exemplo, o nivelamento de uma rua, procedido com todas as cautelas e recursos técnicos, que, entretanto, pelas características físicas ambientais, implica ficarem algumas casas em nível mais elevado ou rebaixado em relação ao leito da rua, causando séria desvalorização daqueles imóveis.

b) Por comportamentos ilícitos;

- Atos jurídicos - como, 'verbi gratia', a decisão de apreender, fora do procedimento ou hipóteses legais, a edição de jornal ou revista.

- Atos materiais - o espancamento de um prisioneiro, causando-lhe lesões definitivas.

Deve-se frisar, contudo, que apesar da doutrina não fazer uma clara diferenciação quanto às conseqüências decorrentes da obrigação ser lícita ou ilícita, WEIDA ZANCANER BRUNINI aduz ser importante esta distinção, pois o dano proveniente de atividades ilegais confere um poder maior, mais potente, sendo as exigências para que se logre o ressarcimento bastante reduzidas (...).¹⁸

Por outro lado, os danos decorrentes de atos lícitos, para se configurarem como antijurídicos, sendo portanto indenizáveis, devem, revelar-se como verdadeiros sacrifícios de direitos. Assim sendo, há casos em que a ação danosa não emanou diretamente do comportamento do agente estatal, porém é decorrente de uma situação produzida pela própria vontade do Estado que constituiu os fatores que influíram decisivamente na concretização do dano, assemelhando-se em suas conseqüências aos casos em que o prejuízo é causado diretamente por este. Em outras palavras, decorre de situações que o Poder Público expõe terceiros a risco, como por exemplo, no caso de presídios e instituições de reabilitação de jovens, pois mantém pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores que porventura possam

¹⁸ BRUNINI, Weida Zancaner. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1981, p. 66

ocorrer no caso de fuga destas. Fundamentando esse entendimento, explana CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Uma vez que a Sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado. Daí que os danos eventualmente surgidos 'em decorrência desta situação de risco' e por força da proximidade de tais locais ensejarão responsabilidade objetiva do Estado. (...) É o caso da fuga de internos em manicômio ou presídio que se homiziem nas vizinhanças e realizem violências sobre bens ou pessoas sediados nas imediações ou que nelas estejam(...).¹⁹

No caso em tela, porém, entende o autor que só há que cogitar-se em responsabilidade objetiva quando os danos causados pelos internos forem suportados por pessoas que residam nas proximidades da instituição que os mantém sob custódia. Isso porque se os danos forem praticados em áreas afastadas desta, a lesão sofrida não está relacionada com a situação perigosa criada pelo Poder Público e sim devido ao fato de que o serviço de guarda dos delinquentes não foi eficiente ou simplesmente inexistiu, gerando a responsabilidade por comportamento omissivo, porém, parte da doutrina não concorda com este entendimento, possibilidades de desfrute genericamente admitidas pelo ordenamento, restringe o direito a campo menor que o normal, atingindo unidades ou parcelas localizadas de particulares.(...) A esse ato motivador de consequências prejudiciais ao particular atendendo ao interesse público –sacrifício de direitos - é que vamos denominar de ato lícito danoso.

Ressalta-se, no entanto, que no tocante aos comportamentos produzidos pela atuação do Poder Público não estão adstritos a este exemplo, podendo advir também de fatos naturais que venham a causar danos, como no caso de explosão de um depósito de armas militares por um raio. É importante frisar que em ambos os casos a responsabilidade é decorrente do agir estatal, pois mantém uma relação lógica entre este e o evento danoso, ainda que mediante, uma vez que se não fosse por força deste agir o evento danoso não ocorreria. Nas hipóteses em que o dano

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 619

é decorrente da omissão do Estado resultante de um serviço mal prestado ou ineficiente, deve-se aplicar a teoria subjetiva da culpa, pois a responsabilidade decorre não pelo fato de o Poder Público ser o agente causador do dano e sim pelo descumprimento de um dever legal que o obrigava a impedir o acontecimento danoso, ou seja, nos casos de um comportamento ilícito de sua parte. Assim sendo, a omissão ou deficiência no serviço constitui-se como condição do dano e não causa, pois trata-se de evento que não ocorreu, mas que, se houvesse ocorrido teria impedido o resultado. Por isso, não será suficiente para a averiguação da responsabilidade a demonstração da relação causal entre a ausência ou falta do serviço e o dano sofrido, e sim a averiguação de negligência, imprudência, imperícia no serviço, ou dolo, que incidiram diretamente na produção do dano. O referido autor acredita que nas hipóteses de omissão do Poder Público, em que este deixou de agir para impedir o prejuízo ou agiu de forma ineficiente, o grau de responsabilidade é apurado levando-se em conta o comportamento estatal inferior ao padrão exigível. Assim sendo, o grau de exigibilidade deverá ser apurado seguindo os padrões da razoabilidade, levando-se em conta o meio social e a conjuntura sócia econômica da sociedade à época do ocorrido, visto que não há uma forma de se apurar o padrão normal tipificador da obrigação.

Desta forma, conclui, Em síntese: 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 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.

Apesar deste ponto de vista muito difundido na doutrina, existe entendimento diverso adotado por autores, que advogam a tese de ser aplicada também a responsabilidade civil objetiva nos casos de omissão do Estado, tendo em vista a dificuldade de discriminação conceitual existente entre os termos "causa" e "condição", sendo que a abordagem para a caracterização da responsabilidade não está adstrita a análise literal destes, e sim através do entendimento de ser a conduta estatal omitida exigível ou não.

Como fundamento deste posicionamento, apontam que as obrigações no Direito comportam causas, que podem ser a lei, o contrato e o ato ilícito. Assim sendo, acreditam que o termo "causa" nas obrigações jurídicas, "(...) é todo o fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, fazer ou não fazer); daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição (...)." Assim sendo, deve-se observar em cada caso concreto se a omissão do Poder Público foi determinante na ocorrência do fato que gerou o dano, caso em que esta configurar-se-á como causa e não simples condição do evento danoso.

Desta forma, tem-se que em ambas as teses defendidas pela doutrina devem submeter-se a uma análise das situações concretas, nas quais poderá se extrair se a atuação do Poder Público foi razoavelmente exigível no tocante a prestação do serviço, e da qual a ausência ou insuficiência poderia caracterizar-se como causa do dano sofrido pela vítima.

Assim sendo, parece-nos adequado o entendimento de que mesmo nos casos de omissão do Poder Público, mais precisamente quando decorrente da guarda de pessoas perigosas, a ação de responsabilidade civil deve reger-se por princípios objetivos, apesar do argumento contrário já apresentado

São exemplos de acontecimentos que podem conduzir a responsabilidade estatal por omissão, fatos naturais como temporais que inundam casas nas zonas de periferia, em função da

falta de um serviço de desassoreamento de rios e bueiros, e fatos materiais de terceiros em que a ação ilícita não foi impedida pelo Poder Público, como a ineficiência de um policial militar perante um roubo que poderia vir a ser evitado. Todavia, há certos casos que se admite uma presunção de culpa por parte do Poder Público em determinadas situações nas quais o particular encontra-se em uma posição extremamente frágil ante a exigência de comprovação da ineficiência ou a falta de serviço, por simplesmente não estar ao seu alcance o conhecimento de todas as esferas do complexo aparato estatal. Assim sendo, admite-se em muitos casos uma inversão do ônus da prova a fim de garantir uma solução mais justa para a vítima, cabendo ao Estado, para eximir ou atenuar seu dever de indenizar, alegar uma das excludentes de responsabilidade, que serão analisadas no capítulo seguinte.

Após estas considerações sobre os parâmetros da responsabilidade civil do Estado no Direito Positivo Brasileiro, será feito no capítulo seguinte uma abordagem da ação de reparação de dano decorrente de atos praticados por adolescentes que fogem dos institutos de reabilitação, mais corretamente falando: os Centros Educacionais de Adolescentes, provisórios ou não, e praticam danos à terceiros, bem como as hipóteses de cabimento, implicações, e o entendimento jurisprudencial que já é unânime ao aplicar a responsabilidade civil objetiva do Estado em casos análogos que acontecem com presos adultos em presídios e penitenciárias.

Capítulo III - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS PRATICADOS POR ADOLESCENTES AUTORES DE ATOS INFRACIONAIS ESTANDO SOB A CUSTÓDIA ESTATAL

Neste tópico far-se-á uma breve análise da ação de reparação de danos sob a ótica do Código de Processo Civil, com o intuito de demonstrar as peculiaridades deste processo,

ressaltando, no entanto, que em função de muitos itens controversos não nos aprofundaremos em discussões que não tenham uma extrema relevância para o conteúdo deste trabalho, visto que não é esta a proposta deste estudo. Por fim, demonstraremos qual o entendimento jurisprudencial nos casos de delitos praticados por adultos infratores que estão sob a tutela estatal, servido assim de subsídio para que se possibilite estabelecer uma relação com situações análogas quando o agente causador do dano tratar-se de criança ou adolescente.

3.1 - A Ação de Reparação de Danos e suas Implicações

Como já foi exposta anteriormente, a reparação do dano causado a terceiros obtém-se através da ação de indenização, na qual a vítima deverá acionar o Poder Público demonstrando o nexo causal entre a conduta lesiva e o prejuízo sofrido, bem como seu montante. Sabe-se que a natureza da ação de responsabilidade civil caracteriza-se como uma ação pessoal, aplicando-se no tocante ao foro competente para sua impetração, as regras de direito comum, consubstanciadas nos artigos 94, 99, 100, IV e V, e parágrafo único do Código de Processo Civil. Desta forma, por força do artigo 94 do referido código, será competente o foro do domicílio do réu, sendo que, no caso das pessoas jurídicas de direito público serão os locais determinados no artigo 75 do Código Civil, o qual prevê: para a União, o Distrito Federal; para os Estados, as capitais; e para os Municípios, o lugar onde funcione a administração municipal. Porém, o artigo 100, V, "a", do CPC, prevê ainda a competência do foro nas ações de reparação de dano que será do lugar do fato, ou, no caso do parágrafo único, o domicílio do autor ou do local do fato, nos casos em que o dano sofrido foi em razão de delito ou acidente de veículos. No tocante ao foro privilegiado, tem-se que é somente concedido à União por força dos arts. 125, § 1º da C.F. e 99, I, do CPC. No caso dos Estados, estes terão direito a foro privativo nas comarcas que, pela lei de organização

judiciária, contiverem Vara Especializada. Com relação aos prazos, tem-se que a União, os Estados e os Municípios possuem um privilégio que não se estende aos particulares, com o intuito de se reequilibrar a relação processual em função do grande número de processos que tramitam nessas entidades, por força do artigo 188 do Código de Processo Civil, que prevê: "Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público." Entende a jurisprudência que este dispositivo destina-se aos casos de contestação, reconvenção, e, por extensão, à exceção, bem como ao prazo de resposta nas ações rescisórias ajuizadas contra a Fazenda Pública (art. 491 do CPC). Porém, não deve ser aplicado em embargos de devedor opostos por essa em execução de sentença, prazo que é comum de dez dias (art. 730 do CPC), em função deste não ser uma modalidade de resposta, e sim uma "pretensão de desconstituição de um título exequendo" em que é autora a demandada na ação principal. Quanto ao sujeito passivo no caso de ação de indenização fundada na responsabilidade civil objetiva do Estado em razão do risco da atividade estatal, pelo disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, Nestes casos, quando a Administração Pública cogitar em uma denúncia da lide do servidor, essa supõe que seu preposto agiu culposamente, fato que não possui qualquer relação com a lide principal, mesclando-se assim elementos das teorias objetiva e subjetiva no mesmo processo. Assim sendo, trata-se de verdadeira contradição, pois na mesma ação que estaria procurando defender-se da alegação que lhe é imputada, na hipótese de denúncia da lide do funcionário, estaria claramente declarando-se responsável em função do reconhecimento afirmado de dolo ou culpa deste. Em outras palavras, a administração valer-se-ia da mesma ação para indenizar o lesado e recuperar em juízo sucessivo o que pagou, o que poderia acarretar outro prejuízo ao autor, pois sua pretensão prescinde da análise da culpa. Assim sendo, entende a doutrina que a denúncia da lide nestes casos constitui uma verdadeira afronta ao princípio da lealdade processual e do legítimo interesse, forçando, assim, a administração a

utilizar-se das vias legais próprias para satisfazer seus interesses exclusivos, ou seja, através da ação regressiva prevista na parte final do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Ademais, vale dizer que a ação regressiva não é dependente do pedido de denúncia da lide, pois mesmo nos casos em que a Administração Pública não o requerer, ou se este for indeferido, permanece inabalado o direito de regresso. Neste sentido é o entendimento de grande parte da doutrina. como conclui YUSSEF SAID CAHALI:"

Colocada a questão nestes termos, é válido dizer-se, com Weida Zancaner, que, 'face ao disposto no art. 107, o administrado deve, a nosso ver, acionar a Administração e não o funcionário, pois o funcionário só responde frente à Administração quando tiver agido com dolo ou culpa. Caso o Estado venha a ser acionado, e não a pessoa do funcionário, tem-se como certo, pacífico mesmo, pois a letra da lei o diz, que o Estado adquire o direito de regresso, caso se individue a culpa, localizando-se o agente faltoso²⁰

No tocante à uma suposta revelia da ré, apesar do entendimento jurisprudencial fundado no art. 319 do Código de Processo Civil, que prevê: "se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor"; tem-se admitido, contudo, que não se deve aplicar esta regra quando o réu tratar-se de pessoa jurídica de direito público, tendo em vista que os direitos que representam são indisponíveis, devendo aplicar-se o disposto no art. 320, II, do referido diploma legal. Quanto à intimação da Fazenda Pública, por ser esta simples parte como outra qualquer, cabe a intimação pela imprensa oficial conforma a regra do artigo 237 do Código de Processo Civil, descartando-se a necessidade de intimação pessoal de seus procuradores judiciais, sendo esta reservada unicamente ao representante do Ministério Público, por força do artigo 236, § 2º, do citado código. Com relação a prescrição em ações que envolvem as pessoas jurídicas de direito público, regulam a matéria o Decreto 20.910 de 06.01.32, bem como o Código Civil, Vale dizer aqui, que o artigo referido pelos autores (art. 107) faz parte da Emenda Constitucional 1/69, equivalendo-se, hodiernamente, ao artigo 37, § 6º, da Constituição

²⁰ ZANCANER, Weida, dda responsabilidade extracontratual da administração pública p 187.

Federal de 1988. que prescrevem em cinco anos: "as dívidas passíveis da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda federal, estadual e municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação." Sabe-se que a prescrição é a perda do direito de ação, esta que, por sua vez, consiste no direito público subjetivo de postular uma prestação jurisdicional que visa declarar, constituir ou conservar uma relação jurídica, para, posteriormente, promover sua execução. Assim sendo, no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado as ações de ressarcimento de danos fundadas em lesões de natureza pessoal, o prazo prescricional é de cinco anos, tendo como termo inicial o momento em que nasce o direito de ação para o autor. Ademais, tem-se que a prescrição não pode ser renunciada pela Fazenda Pública, somente em virtude de lei que assim disponha expressamente, pois os direitos que essa representa são indisponíveis, ou seja, pertencem à coletividade como um todo, não podendo a Administração Pública dispor desses como se fossem direitos comuns. Ressalta-se que a prescrição de direitos patrimoniais é uma prerrogativa da parte, dependendo unicamente de sua manifestação expressa para ser decretada, podendo ser alegada em qualquer instância, por força dos art. 193 CC, e 219, § 5º do CPC. Apesar desse entendimento, existem alguns julgados que consideram a possibilidade de uma decretação *ex officio* em favor do Estado, quando este não a invocar. Outro ponto que deve ser analisado é com relação à inversão do ônus da prova por força do art. 333, II, do Código de Processo Civil, com relação as hipóteses de culpa presumida da Administração, em que essa poderá alegar que o dano adveio de culpa da vítima, a fim de eximir ou atenuar sua responsabilidade, bem como a exceção de força maior e caso fortuito, descaracterizando assim o nexo de causalidade entre o dano e a conduta da Administração, devendo, no entanto, serem demonstrados. Quanto à culpa da vítima, esta pode ser exclusiva ou concorrente, quando sua conduta incidir na gênese ou no agravamento do evento danoso, o que acarretará duas situações distintas, na primeira, excluindo-se a

responsabilidade da Administração; que esta determinação caberá ao juízo, que irá decidir como a atuação da vítima serviu para que o dano existisse ou aumentasse.. No que concerne à possibilidade de intervenção do Ministério Público, por força do art. 82, III, do Código Processual Civil, tem-se que somente será admitida sua presença nas ações em que realmente estiver em jogo o interesse público, uma vez que representa de maneira cristalina os valores mais relevantes da sociedade. Assim, não é obrigatória a intervenção do Ministério Público quando for parte uma entidade de direito público, sob a alegação que essa representa o interesse público, caso em que não se evidencia sua conotação. No que tange aos honorários advocatícios bem como às outras custas processuais, tem-se que, regra geral, a Administração Pública não desfruta de qualquer privilégio em relação às despesas processuais, desde que não haja lei que disponha diferentemente. No entanto, ocorrem casos que o Poder Público desfruta de benefícios, como a possibilidade de sua condenação em honorários advocatícios segundo o critério da equidade, em percentual inferior ao limite mínimo de 10 % (art. 20, § 4º do CPC), situação esta muito criticada pela doutrina. Porém, inobstante a divergência doutrinária, o fundamento para tal prerrogativa é no sentido da administração Pública não ser um ente concreto, e sim o conglomerado de interesses individuais de toda a coletividade, objetivando assim, uma redução dos encargos da Fazenda Pública. Talvez por força deste argumento é que não se cogita em inconstitucionalidade deste dispositivo, bem como o novo Estatuto da advocacia (Lei 8.906, de 04.07.94) que, apesar de dispor sobre os honorários de sucumbência, não questionou o citado dispositivo do Código de Processo Civil. Vale dizer, no entanto, que no caso da Administração sair vitoriosa na ação, o mesmo não será aplicado, por inexistir a reciprocidade no referido dispositivo. No tocante à correção monetária, deverá incidir sempre que o valor devido for desvalorizado em função da variação da moeda nacional, devendo tomar como base o montante da dívida da data do efetivo prejuízo. Com relação à incidência de juros legais, apesar do entendimento doutrinário que aduz

que devem ser requeridos pelo autor quando do pedido, ou na omissão deste, declarado em sentença, consolidou-se o entendimento jurisprudencial posteriormente transformado na Súmula 524 do STF, que incluiu os juros moratórios na liquidação, embora omissos o pedido na inicial ou na condenação. Quanto ao termo inicial dos juros moratórios, apesar do disposto na Lei 4.414, de 24.09.94 que determina que serão contados desde a data que a sentença fixar, tem-se admitido que serão eles devidos a partir da citação, nos termos do art. 1.536, § 2º, do Código Civil, estendendo-se aos casos em que é parte a Fazenda Pública. O valor destes, a saber, serão na base de 6 % ao ano, nos termos do art. 1.062 do referido diploma legal. Também prevê o Código Civil, em seu artigo 1.544, a possibilidade de cobrança de juros compostos, além dos juros ordinários, quando a conduta do agente assume a conotação não apenas de ilícito civil, mas de ilícito penal. Porém, no que tange à responsabilidade civil do Estado, a jurisprudência tem entendido que deverá arcar com este encargo somente o agente causador da prática delituosa, e não a Administração Pública, visto que essa não guarda nenhuma relação com prática do crime. Neste sentido é o entendimento do TRF: "os juros compostos incidentes sobre a indenização decorrente de dano por ato ilícito só atingem os autores e co-autores do crime, não podendo onerar os preponentes, pessoas públicas ou privadas." mas no entanto, tal problemática ainda não foi solucionada, existindo decisões que colocam o Estado como responsável pelo delito praticado por seu funcionário. Já no campo do recurso de ofício, atualmente denominado reexame obrigatório, é clara a regra do art. 475, II, do Código de Processo Civil: "está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (...) II - proferida contra a União, o Estado e o Município". É o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante que esta situação estende-se aos casos de liquidação por artigos, Assim sendo, em função de sua natureza, o recurso de ofício devolve a instância superior o conhecimento de toda a matéria contida na sentença, que poderá reformar a decisão no todo ou

em parte, independente da vontade da Fazenda Pública, sem que, porém se instaure o contraditório. Sobre o cabimento de recurso extraordinário, decidiu o STF que em ações de responsabilidade objetiva do Estado seria este o recurso cabível por ser este tema que se trate de ação de responsabilidade civil do Estado, desde que não tenha o recurso por objeto a aplicabilidade da regra constitucional, caberá recurso especial se a matéria impugnada diz respeito a infração de legislação infraconstitucional." A execução da sentença condenatória seguirá nos termos do Código de Processo Civil, uma vez liquidados os danos, ou se foram fixados na sentença. Assim sendo, dispõe o citado código quando trata da execução contra a Fazenda Pública:

Art. 730 - na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em dez dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do referido crédito." O prazo referido no *caput* do artigo *supra* é contado da juntada aos autos do mandado cumprido, não se aplicando o disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil, anteriormente referido.

Já o artigo 731 do referido código, por sua vez, determina que se o credor for preterido em seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito. Em outras palavras, se o pagamento ocorrer com a desconsideração da ordem cronológica dos precatórios, proceder-se-á ao seqüestro sobre as rendas da Fazenda Pública infratora, somente no limite necessário a satisfazer o débito. Se ainda frustrada essa providência, caberá ainda a intervenção federal na entidade devedora por descumprimento da ordem ou decisão judicial, conforme preceitua os artigos 34, VI, 35, IV, 36, §3º, e 100 da Constituição Federal. Por fim, no caso de não haver verba para o cumprimento da obrigação, com relação aos casos em que Estado for condenado ao pagamento de pensão alimentícia, por morte da vítima, vale dizer que não se aplica à Fazenda Pública o disposto no art. 602 do código de Processo Civil,

que exige a constituição de capital em garantia em pensões, apesar do legislador não referir-se expressamente. O argumento de dispensa dessa garantia, é que quando se tratar de pessoa jurídica de direito público presume-se sua solvabilidade. No tocante à ação regressiva disposta na parte final do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, assinala HELY LOPES MEIRELLES:

Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade *independe da culpa*, para o servidor a responsabilidade *depende da culpa*: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil. Como ação civil, que é, destinada à reparação patrimonial, a *ação regressiva* (Lei 8.112/90, art. 122, § 3º) transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, podendo ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão.²¹

Desta forma, nos casos em que o funcionário agiu culposamente, pode a Administração pleitear seu ressarcimento, portanto, em virtude de comportamentos ilícitos que venham a causar danos ao particular. Nessas hipóteses deve a administração primeiramente indenizar o particular e posteriormente exigir do funcionário, agente direto causador do dano, o ressarcimento do pagamento efetuado ao administrado lesado.

3.2 - A ação de reparação de dano como meio hábil

Em virtude do que foi exposto, tem-se que em decorrência do dever que é imputado ao Estado de zelar pela segurança pública, devendo manter em estabelecimentos prisionais ou de reabilitação pessoas entendidas judicialmente como não habilitadas para o convívio social por terem sido condenados a pena - em se tratando de adulto - e a medidas sócio-educativas - em se tratando de adolescente - privativas de liberdade, é que o Poder Público deve responsabilizar-se pelos atos que tais sentenciados porventura praticarem no caso de fuga ou saída autorizada destes estabelecimentos. Ora, se a organização estatal assume a responsabilidade de criar estes institutos em prol do interesse público, está expressamente assumindo que coordena seu correto

²¹ MEIRELES, Hely Lopes.p 540

funcionamento e supervisiona cada movimento dos internos ou institucionalizados, porque não há como isolar totalmente estes estabelecimentos a quilômetros de distância dos centros urbanos, e, assim sendo, presume-se que além da parafernália de muros, grades e cercas elétricas, o Estado exerça uma supervisão psicológica, ou crie condições de que aprendam um ofício ou profissão para que se ocupem exercendo atividades produtivas no interior desses estabelecimentos, para não voltarem a cometer crimes quando dali saírem. Assim sendo, se algum detento que deveria estar sob a guarda do Estado vier porventura a cometer algum dano a um particular, desde que comprovado o nexo de causalidade, é mais do que certo que a responsabilidade seja exclusiva do Poder Público, tendo em vista que seu dever de vigilância falhou, e, portanto, deve indenizar o particular lesado. É unânime este entendimento por parte da doutrina, como salienta YUSSEF SAID CAHALI:

Ao dever do Estado de zelar pela integridade física do recluso corresponde, também, o dever de fiscalizar e preservar sua segregação carcerária, podendo resultar que, da falha administrativa na execução desse serviço, os presidiários fugitivos ou com saídas temporárias autorizadas venham a cometer crimes contra terceiros.²²

3. 3. - Ação por dano moral

Prevê a doutrina, em função dos novos direitos que atualmente se tem reconhecido, a possibilidade de existirem danos que ultrapassem a esfera patrimonial, atingindo assim o âmbito moral dos indivíduos, consagrado pelos art. 5, V, X e XLIX da Constituição Federal.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros reside propriedade, nos termos seguintes: (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...)

²² CAHALI, Yussef Said op . cit, p530.44

Assim sendo, nestes casos pode ocorrer que, juntamente com o prejuízo patrimonial, o autor de atos infracionais foragido venha a causar uma lesão moral ao particular lesado, o que também seria objeto da ação de responsabilidade civil gerando igualmente a obrigação de reparar por parte do Estado. Sob a possibilidade de existência desta espécie de danos, assevera

FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELO:

Traduzidos em fatos humanos causadores de lesões em interesses de outrem, juridicamente tutelados, que sofrem diminuição, em razão de uma conduta, de caráter material (físico) e moral (psíquico). Entendido o patrimônio como o conjunto de bens e direitos de uma pessoa, não falta quem nele inclua a parcela de moralidade do indivíduo, juntamente com a parte imediatamente apreciável sob o prisma pecuniário.²³

Todavia, na reparação por danos morais há uma certa dificuldade de mensurar-se o valor preciso do prejuízo causado pelo dano, visto que não se pode, em muitos casos, efetuar-se uma restituição *in natura* do bem lesado ao particular, devendo haver uma compensação pecuniária para procurar amenizar o prejuízo sofrido. Ressalta-se que o intuito desta condenação possui "a dupla finalidade de propiciar o alcance de lenitivos ao lesado e inibir novas condutas nocivas ao lesante, diante do que não deve ser avantajada a ponto de enriquecer ilicitamente o autor, nem tão minúscula que não tenha conteúdo de punição ao réu." A problemática decorrente desta impossibilidade de apuração do *quantum* da ação influi diretamente quando da determinação do valor da causa, tendo em vista que não pode ser aplicado aqui o disposto nos artigos 259 e 260 do Código de Processo Civil, pois estes não definem nenhuma hipótese que se aproxime desses casos. Assim sendo, sua apuração poderá ser dar por lei, pelo consenso entre as partes, ou pelo magistrado, que deverá estabelecer o conteúdo do dano, estimar a medida do prejuízo no momento em que faz a liquidação e fixar seu quantum na decisão. Inobstante esse obstáculo que se impõe, cumpre ressaltar que não é suficiente para impedir a perpetuação de ações fundadas em danos morais, visto que a jurisprudência tem a cada dia consagrado esta

²³ MATIELO, Fabrício Zamprogna. Dano moral, dano material e reparação 2 edP., 1945, P 14

tendência, fazendo com que, além da proteção jurídica patrimonial, tenha-se a condição de se fazer impor uma graduação a fim de apurar-se um valor patrimonial que seja de certa forma equivalente a lesão moral sofrida. Todavia, deve-se salientar que esta é uma tendência que ainda se encontra em fase de expansão no direito brasileiro, devendo ser aperfeiçoada para que se consiga mensurar a proporção exata *in pecúnia* do prejuízo sofrido pela vítima.

3.4 - Algumas reflexões

Desta forma, se já está consagrada a responsabilidade civil objetiva nos casos de omissão do Poder Público quando um detento venha a causar danos a um terceiro, deve-se, a nosso ver, ser igualmente aplicada esta regra para a hipótese de adolescentes autores de atos infracionais que se encontrem em situação similar. Nestes casos, a referida regra impõe-se como uma dedução lógica, já que, em se tratando de menores de idade - os inimputáveis penais - o grau de responsabilidade atribuído ao Estado deve ser maior, tendo em vista que se tratam de pessoas em desenvolvimento, requerendo assim uma supervisão mais especializada. Assim como em matéria de responsabilidade civil, nas hipóteses de atos praticados pelos absolutamente incapazes - 0 a 16 anos de idade - como relativamente incapazes - 16 a 18 anos - prevê a doutrina que a responsabilidade é objetiva dos pais pelos atos dos menores sob sua guarda. Assim sendo, os pais somente poderão eximir-se desta responsabilidade se provarem que não agiram com culpa, direta ou indiretamente, ou quando demonstrarem que não detinham o poder de direção sobre a criança, situações estas que irão isentar-lhes da obrigação de reparar, visto que não estavam no exercício pleno de seu pátrio poder. Nesse sentido, assinala GELSON AMARO DE SOUZA:

A responsabilidade dos pais pelos danos causados a terceiro por filho sob sua guarda e companhia é de caráter objetivo, permite-se, todavia, que os pais provem que não agiram com culpa. Podem os pais provarem por

exemplo, que no momento em que o filho menor praticou o ato, ele não estava sob suas vigilâncias, porque em horário escolar e sob a vigilância do estabelecimento de ensino, bem como internado em casa de saúde, creches, etc.²⁴

Então, quando um menor de idade que se encontrava institucionalizado evadir-se dos domínios do Poder Público, não poderá admitir-se que a responsabilidade seja dos pais, tendo em vista que estes não mais detinham a guarda sobre o adolescente infrator, devendo o particular lesado acionar objetivamente a Administração Pública através de ação de responsabilidade civil, demonstrando o nexo causal entre a conduta lesiva do agente e a omissão estatal, com o intuito de ressarcir-se dos prejuízos sofridos.

²⁴ SOUZA, Gelson Amaro. Responsabilidade dos pais pelos danos causado pelos filhos, apud; Revista Jurídica n 23, 1998, p 167 à 217

IV – A guisa de conclusão

Em função do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se que o legislador teve, entre outros objetivos, o intuito de desmistificar para a sociedade de maneira geral que às crianças e aos jovens deve ser dispensado um tratamento especial. Assim, a Doutrina da Proteção Integral almejou diferenciar o ultrapassado conceito de sanção erroneamente atribuído às medidas de segurança aplicadas ao adolescente infrator, às penas privativas de liberdade impostas aos presos adultos que guardam esta característica peculiar própria do Direito Penal. Assim sendo, por guardar esta perspectiva pedagógica, deve o Poder Público tomar as precauções necessárias para, através do acompanhamento profissional com o uso de métodos apropriados e do exercício de um trabalho psicológico/pedagógico sobre o adolescente institucionalizado, eliminar seus impulsos à delinquência. Deverá, ainda, criar condições para que tenham um ambiente que estimule a produtividade, seja através do incentivo à educação por meio de palestras ou do desenvolvimento de projetos com a iniciativa privada, dando-lhes assim a oportunidade de aprenderem um ofício ou profissão, tornando-se desta forma efetivamente cidadãos. Desta forma, é notório que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe uma perspectiva maior no que tange ao grau de responsabilidade do Estado, quando estiver o menor de idade sob sua guarda ou supervisão. Por força deste entendimento é que consideramos ser cabível a responsabilidade objetiva do Estado para as hipóteses de crimes cometidos por adolescentes institucionalizados, a exemplo do que acontece com os delinquentes adultos, não devendo confundir-se, todavia, a natureza distinta das medidas atribuídas a um e outro. Pode-se dizer que com o advento da Lei 8.069/90 a legislação brasileira deu um grande passo em direção

a reformulação de seus institutos já de muito ultrapassados, como o conceito de sanção do Direito Penal. O intuito da restrição da liberdade não deve ser o de punição corporal, como tem-se dado historicamente nos institutos prisionais de adultos e jovens, que observam o tempo passar entregues à ociosidade, e sim, o de ensinar-lhes uma maneira de produzir algo em prol da coletividade que sofreu as conseqüências diretas de seu delito, a exemplo de penas alternativas. Todavia, se o Estado não consegue cumprir a função que lhe é imposta, a saber, a de zelar pela segurança social de maneira ampla, deve ao menos garantir que aquele que já praticou algum delito não voltará às ruas pelo menos no tempo que estiver sujeito a um processo de intervenção pelo ato que deu causa. Se porventura se furtar desta atribuição, não é justo que o particular que sofreu a lesão ainda sofra o ônus de acionar o Poder Público nos moldes da responsabilidade civil subjetiva. Entendemos, assim, que deverá, tão somente, demonstrar que o dano sofrido decorreu da omissão da Administração Pública e recuperar o prejuízo que injustamente sofreu.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUD, Michel. *História do Capitalismo de 1500 até nossos dias*. Trad. Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BRUNINI, Weida Zancaner. Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1981.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. ampl. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Falhas do novo Código de Menores*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

COSTA, Maria Berenice Alho da. *História da assistência ao menor carente no Rio de Janeiro: 1907 a 1927*. Dissertação apresentada no Departamento de Serviço Social da Puc/RJ, agosto de 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. 9. ed., ver. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FERREIRA, Rosa Maria Fisher. *Meninos de rua: valores e expectativas de menores marginalizados em São Paulo*. São Paulo: Ibrex/CEDEC/Comissão de Justiça e Paz, 1980.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª tiragem. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1963.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano Moral, Dano Material e Reparação*. 2 ed. Revi. e ampliada. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto Editores, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Ver. e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.

MENDEZ, Emilio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1994.

- NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: uma tentativa de Ressistematização. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Vol. 64. ano 17. São Paulo (ano?)
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Vol. 4. 13. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SÊDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. Ver. e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores. 1997.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário *Da Responsabilidade Civil - De acordo com a Constituição de 1988*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- SIMAS, Henrique de Carvalho. *Curso Elementar de Direito Administrativo - De acordo com a Constituição Federal de 1988*. Vol. II. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1992.
- SOUZA, Gelson Amaro. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos. *Revista jurídica*. n.º 23. Bauru: Instituto Toledo de Ensino, agosto à setembro de 1998. p. 167 -217.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos da família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por Ato Lícito*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: origem, desenvolvimento e perspectivas (uma abordagem sócio-jurídica)*. Florianópolis, setembro de 1996.