

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

MATHEUS FRESCHI FRANÇA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSTITUTO
NACIONAL DO SEGURO SOCIAL**

MARÍLIA
2014

MATHEUS FRESCHI FRANÇA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSTITUTO
NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. MARÍLIA VERÔNICA MIGUEL

MARÍLIA
2014

França, Matheus Freschi

A responsabilidade civil do instituto nacional do seguro social
/ Matheus Freschi França; orientador: Marília Verônica Miguel.
Marília, SP: [s.n.], 2014.

54 f.

Trabalho de Curso – Curso de Direito, Fundação de Ensino
“Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário
Eurípedes de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Dano Moral 2. INSS 3. Previdência Social 4.
Responsabilidade Civil

CDD: 341.32254



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Matheus Freschi França

RA: 45473-7

A Responsabilidade Civil do Instituto Nacional do Seguro Social

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota:

9,5

ORIENTADOR(A):


Marília Verônica Miguel

1º EXAMINADOR(A):


Andrea Antico Soares

2º EXAMINADOR(A):


Leandro Carolli Garcia

Marília, 05 de dezembro de 2014.

*A Deus, Senhor e salvador de minha vida,
cuja paz excede todo o entendimento.*

*À minha família por acreditar, apoiar e
incentivar a minha carreira profissional
sempre com muito amor.*

*Aos amigos pelo apoio e incentivo, cruciais
durante todo o curso.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família que sempre me apoiou e incentivou durante todo o curso e, principalmente durante esse último ano letivo. O amor de vocês é o que me impulsiona a sempre almejar coisas melhores em minha vida.

Agradeço a todos os colegas do Centro Universitário Eurípides de Marília e aos funcionários, que sempre me prestaram todo o auxílio necessário, por terem tornado esses cinco anos na instituição mais especiais.

Agradeço de modo particular:

Meus grandes amigos: Adriano e Márcia Postigo, Amanda Baldo, Bianca Nascimento, Bruno Fávero, Caroline Press, Claudinei Moura, Daniel Paulo, Eduardo Mandola, Evelyn Deróbio, Felipe Atalla, Jéssica Pacífico, Leticia Perin, Maiara Santana, Marçal Melo, Marcelo Reis, Mariane Furtado, Matheus Guimarães, Murilo Celestrino, Pablo Morilhas, Patrick Rocha, Plínio Takashi, Régis Benante, Renato Malaquias e Taisa Alves. A amizade de vocês foi imprescindível para que eu suportasse a distância da minha família e alcançasse meus objetivos.

Ao prof. Marcelo Rodrigues da Silva pela orientação e auxílio que me prestou no começo do trabalho, em conjunto com sua vasta experiência profissional, que me serviu como base para melhor definir o tema.

À Prof.^a Marília Verônica Miguel, que mesmo com pouco tempo de orientação me auxiliou de exímia maneira, sempre de forma rápida, sendo imprescindível para o desenvolvimento e conclusão desse trabalho.

À Cláudia Prisco que me auxiliou com a correção ortográfica desse projeto.

FRANÇA, Matheus Freschi. **A responsabilidade civil do instituto nacional do seguro social**. 2014. 54f. Trabalho de Conclusão (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo “A responsabilidade civil do Instituto Nacional do Seguro Social”. A responsabilidade civil é um instituto já consagrado na doutrina e na jurisprudência, sua aplicação está condicionada ao tipo de dano, à vítima e ao agente causador. O trabalho apresenta toda a evolução da responsabilidade civil no direito, apresentando as suas diferentes formas e aplicações focando, principalmente, no que tange a responsabilidade do Estado, para que depois seja traçada uma correlação entre a Administração Pública e o INSS a fim de demonstrar que ambos são equiparados quanto a sua responsabilidade. O trabalho pretende apresentar exemplos de situações em que se almeja a responsabilização da Autarquia por danos que venha a ocasionar em razão de suas atribuições. Para isso, traça uma análise da doutrina pertinente ao tema em conjunto com uma análise crítica da jurisprudência demonstram que o instituto vem sendo melhor utilizado pelos juristas a fim de garantir os direitos dos segurados.

Palavras-chave: Dano moral. INSS. Previdência Social. Responsabilidade civil.

FRANÇA, Matheus Freschi. **A responsabilidade civil do instituto nacional do seguro social**. 2014. 54f. Trabalho de Conclusão (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009.

ABSTRACT

This monograph has as object of study, "Civil liability of the National Social Security Institute". Civil liability is an Institute already consecrated in the doctrine and jurisprudence, its application is subjected to the type of damage to the victim and to the causative agent. The work presents the whole evolution of civil responsibility in law, showing its different forms and applications focusing mainly on the responsibility of the State, so that after it is drawn a correlation between the public administration and social security in order to demonstrate that they are both treated as equals in their responsibility. The work is intended to provide examples of situations in which they crave accountability of the Institute for damages that may be caused due to their assignments. For this, an analysis of the relevant doctrine together with a critical analysis of the case-law shows that the Institute has been better used by jurists in order to guarantee the rights of policyholders.

Keywords: Moral damage. NSSI.Social security.Civil liability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC.: Apelação Civil

Art.: Artigo

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social

N.: Número

PBPS: Plano de Benefícios da Previdência Social

TRF.: Tribunal Regional Federal

V.g.: Verbi Gratia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – A RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 Evolução Histórica	11
1.2 Conceito de Responsabilidade Civil.....	12
1.3 Espécies de Responsabilidade Civil	13
1.3.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	14
1.3.2 Responsabilidade Subjetiva ou Teoria da Culpa.....	15
1.3.3 Responsabilidade Objetiva ou Teoria do Risco	16
1.3.3.1 Risco-proveito	17
1.3.3.2 Risco Profissional.....	18
1.3.3.3 Risco Excepcional	19
1.3.3.4 Risco Criado	19
1.3.3.5 Risco Integral	20
1.3.4 Responsabilidade Por Ato ou Fato de Terceiro.....	20
1.4 Elementos da Responsabilidade Civil	21
1.4.1 A Conduta.....	21
1.4.2 Dano	22
1.4.3 Nexo de Causalidade	24
1.4.3.1 Teoria da Equivalência dos Antecedentes.....	24
1.4.3.2 Teoria da Causalidade Adequada	25
1.4.4 Culpa	26
CAPÍTULO 2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	27
2.1 Evolução Histórica	27
2.2 Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro.....	32
2.3 Excludentes da Responsabilidade do Estado.....	36
CAPÍTULO 3 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS	38
3.1 Ideias Gerais Sobre a Previdência Social	38
3.2 Estrutura Administrativa	40
3.3 Condutas Ensejadoras de Responsabilização Civil do Estado	42
3.3.1 Concessão Tardia	42
3.3.2 Recusa de Protocolo	43
3.3.3 Perícia Equivocada	44
3.3.4 Engano no Cálculo	45
3.3.5 Presunção de Fraude.....	46
3.3.6 Maus-Tratos ao Idoso	47
3.3.7 Suspensão e Cancelamento	48
3.4 Análise Jurisprudencial Sobre a Responsabilidade Civil do INSS	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um instituto amplamente utilizado na doutrina e na jurisprudência para definir quem deverá arcar com o ônus de reparar dano sofrido pela vítima. Assim todos que cometem ato ilícito ou lícito de forma a lesar terceiro, ficam obrigados a ressarcir a vítima com o intuito de reduzir, ou até mesmo sanar, o dano sofrido mesmo que esse seja exclusivamente moral.

O Estado e suas demais ramificações não são diferentes das demais pessoas no que tange à responsabilidade civil e deverão ser responsabilizados por seus atos que lesarem terceiros. Dentre suas ramificações temos a seguridade social, que por sua vez se subdivide em três órgãos independentes: a Previdência Social, a Saúde e a Assistência Social.

A Previdência Social, dentre as três, é a única que exige do beneficiário contribuições compulsórias para custeio de suas atividades. Dessa forma, é comum que a Previdência seja dotada de uma maior proteção e rigidez na concessão de seus benefícios, a fim de evitar fraudes que venham a lesar o segurado e suas contribuições.

Entretanto, tamanha proteção vem se mostrando um verdadeiro empecilho aos segurados de boa-fé, vez que os agentes responsáveis muitas vezes cometem erros que obstam aos donos legítimos dos benefícios previdenciários de usufruírem de seu direito.

Não obstante, muitas vezes essa proteção beira o abuso por parte da autarquia federal e seus agentes, que descumprem tanto normas definidas pelo próprio ente governamental a que estão vinculados quanto, por despreparo, normas sociais que atacam a moral e honra do segurado.

Nesses termos, o INSS como causador do dano, deverá ressarcir o prejuízo sofrido pelo segurado de forma a sanar o dano a que deu causa, mesmo que esse seja exclusivamente moral, cumprindo assim determinação Constitucional à qual todos estamos vinculados.

O trabalho foi elaborado por intermédio da metodologia de pesquisa hipotético-dedutiva, com base em pesquisa bibliográfica. Em um primeiro momento (capítulo 1), apresenta a responsabilidade civil de forma geral, demonstrando a sua evolução e aplicação no direito civil, além de demonstrar as suas mais variadas formas e aplicações.

No segundo capítulo é feita uma análise específica da responsabilidade civil contra o Estado, apresentando sua evolução no Direito brasileiro e o entendimento majoritário da

doutrina no assunto, definindo a forma de responsabilidade adequada para as relações entre vítima e administração pública.

Por fim, o último capítulo apresenta as características e a atuação da Previdência Social, além elencar os danos provocados pelo INSS passíveis de indenização material ou moral, traçando, ao final, uma comparação e análise crítica da jurisprudência com a finalidade de melhor demonstrar a aplicação real do instituto e sua aceitação.

CAPÍTULO 1 – A RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Evolução Histórica

A responsabilidade civil tem suas origens desde os primórdios da civilização sendo marcada inicialmente pela ideia de vingança ou justa retribuição do dano. Segundo Maria Helena Diniz “Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes” (DINIZ, 2014, p. 27).

Havia, nesse período, a conhecida Lei de Talião que trazia consigo a reparação de um dano por meio de uma retribuição de dano semelhante ao ofensor, expresso na célebre frase “olho por olho, dente por dente”; contudo, o Código de Hamurabi já trazia consigo artigos com ideais basilares da responsabilidade civil em várias outras áreas do direito privado, como bem assevera Maria Helena Diniz: “A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano” (DINIZ, 2014, p.28).

Em um segundo momento, o indivíduo passou a adotar a reparação pecuniária como melhor forma de retribuição de um dano causado, vez que a vingança não ressarcia o prejuízo sofrido, apenas o transmitia a outrem:

Depois desse período há o da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa (...) do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido (DINIZ, 2014, p28).

Entretanto, a composição entre ofensor e vítima era uma faculdade garantida à parte lesada. Com a evolução do Estado e da sociedade, a compensação pecuniária pelos danos sofridos passou a ser de caráter obrigatório, e para tanto, a lei passa a estabelecer valores “justos” para cada lesão que poderia ser experimentada pelo cidadão, criando assim um pré-julgamento do abalo sofrido chegando ao absurdo de se tarifar o valor de uma vida. (GONÇALVES, 2014, p.25)

É nesse contexto que surge a *Lex Aquilia de damno* ou Lei Aquília, instituto romano precursor do que conhecemos hoje como responsabilidade extracontratual, sendo fundada na

ideia de que a conduta culposa do agente, mesmo que sem vínculo com a vítima, já seria suficiente para que o ofensor arcasse com o ônus da lesão a que deu causa.

E nesse sentido colaciona a ilustre professora Maria Helena Diniz:

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. (DINIZ, 2014, p.28)

Por fim, a responsabilidade civil foi sendo alterada ante a necessidade de se reparar danos que extrapolavam o âmbito da culpa do agente; conforme a sociedade evoluía, notava-se que existiam lesões que deveriam ser reparadas mesmo sem a presença do fator culpa. Assim surge a ideia da responsabilidade objetiva, independente de culpa.

Com a evolução do instituto, os ordenamentos jurídicos mais modernos admitem as duas formas de responsabilidade civil, tanto a subjetiva quanto a objetiva, devendo ser a análise feita caso a caso. Porém, a ideia que norteia a responsabilidade objetiva não é mais a mesma utilizada na *Lex Aquilina*, como bem explica Carlos Roberto Gonçalves:

Primitivamente, a responsabilidade era objetiva, como acentuam os autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano, mas sem que por isso se fundasse no risco, tal como o concebeu hoje. Mais tarde, e representando essa mudança uma verdadeira evolução ou progresso, abandonou-se a ideia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano. Atualmente, volta ela ao objetivismo. Não por abraçar, de novo, a ideia de vingança, mas por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade. (GONÇALVES, 2014, p. 49)

No entanto, um instituto não implica no desuso do outro, ambas as ideias de responsabilidade estão presentes no nosso ordenamento jurídico e devem ser utilizadas da maneira correta, em acordo com a necessidade do caso prático.

1.2 Conceito de Responsabilidade Civil

Muito se discute acerca da definição correta do termo “responsabilidade”, tendo sua origem no latim *spondeo*, expressão utilizada quando um devedor se obrigava a cumprir determinada obrigação descrita nos contratos verbais presentes no direito romano. Não se pode traduzir a ideia de responsabilidade somente como a obrigação a que o responsável (devedor) está vinculado.

É desta forma que a professora Maria Helena Diniz introduz o assunto em sua obra, tecendo considerações essenciais a respeito da errônea ideia de responsabilidade transmitida:

Todavia, a afirmação – de que o responsável será aquele que responde e que responsabilidade é a obrigação do responsável, ou melhor, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse dever – será insuficiente para solucionar o problema de conceituar a responsabilidade. Se ele agir de conformidade com a norma ou com seu dever, seria supérfluo indagar da sua responsabilidade, pois ele continuará responsável pelo procedimento, mas não terá nenhuma obrigação traduzida em reparação de dano, como substitutivo do dever de obrigação prévia, porque cumpriu, de modo que o que nos interessa, ao nos referirmos à responsabilidade, é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente. (DINIZ, 2014, p.49)

A doutrina possui diversas definições para o referido instituto, algumas baseadas na culpa e outras, de forma mais ampla, baseadas na ideia de restauração do equilíbrio entre as partes.

Ressaltam-se dois conceitos dados por Carlos Roberto Gonçalves:

Pode-se afirmar, portanto, que a *responsabilidade* exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social (GONÇALVES, 2014, p. 19-20).

E Maria Helena Diniz:

Com base nessas considerações poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal. (DINIZ, 2014, p.50)

Ambos os conceitos demonstram a aplicação mais ampla da responsabilidade, admitindo-a tanto na sua forma subjetiva (culpa) quanto na sua forma objetiva.

1.3 Espécies de Responsabilidade Civil

Baseando-se no conceito de responsabilidade dado por Carlos Roberto Gonçalves, por serem inúmeras as atividades humanas, é necessário que se tenham diferentes formas de responsabilidade civil a fim de tutelar todos os possíveis danos a que estamos sujeitos.

A doutrina diverge acerca da relação existente entre os diversos tipos de responsabilidade civil e, também, da importância de se classificar a responsabilidade de diferentes formas uma vez que, independente da forma em que se apresentem, os efeitos serão os mesmos. Essa teoria é chamada de teoria monista ou unitária. (GONÇALVES, 2014, p.45)

Assim bem assevera Carlos Roberto Gonçalves:

De fato, basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que se requer, em essência, para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos. (GONÇALVES, 2014, p.45)

Mesmo tal posicionamento sendo majoritário na doutrina, o ordenamento jurídico, inclusive do Brasil, adota a teoria clássica ou dualista, aceitando a divisão.

1.3.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

No entendimento da professora Maria Helena Diniz, a primeira classificação da responsabilidade civil deve ser feita levando-se em consideração o fato gerador da obrigação. Em outras palavras compete dizer que a responsabilidade está atrelada à obrigação existente entre ofensor e vítima. A responsabilidade contratual seria aquela existente por meio de um contrato celebrado entre as partes o qual é descumprido por uma dessas partes e, desta forma a parte que o descumpriu seria responsabilizada pela quebra e, conseqüentemente, pelos efeitos negativos que o ato causasse.

A professora define tal obrigação como uma infração, ilícito contratual:

É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. (DINIZ, 2014, p.149)

Não obstante, a responsabilidade contratual também pode ser utilizada nos casos em que há a mora para a satisfação da obrigação contratual, mesmo que essa seja unilateral ou legal. (GONÇALVES, 2014, p. 45) Assim, a responsabilidade contratual é aquela que tem como fato gerador uma obrigação pré-existente entre as partes sendo que uma delas deixa de cumprir com tal obrigação ou incorre em mora, causando prejuízos para outrem.

“O ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer

excludente do dever de indenizar” (DINIZ, 2014, p.150), ou seja, caberá a quem causa o dano provar que não é culpado.

A responsabilidade extracontratual por sua vez não depende da existência de um contrato voluntário entre as partes, mas surge em decorrência de ato ilícito praticado por uma pessoa, de tal forma que cause prejuízo a alguém.

A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica. (DINIZ, 2014, p.150)

A responsabilidade extracontratual, portanto, é atrelada a qualquer ato contrário à lei que cause dano a alguém, independente de prévio contrato ou mesmo de qualquer relação pessoal entre eles.

Nesse caso, ao contrário da responsabilidade contratual, o ônus da prova será da vítima que deverá provar a culpa do autor (nos casos de responsabilidade subjetiva) ou do nexos causal entre o ato do agente e o dano (nos casos de responsabilidade objetiva), sob pena de ver indeferida a sua pretensão. (DINIZ, 2014, p.150)

1.3.2 Responsabilidade Subjetiva ou Teoria da Culpa

A segunda divisão de espécies de responsabilidade civil é caracterizada quanto ao fundamento que embasa o pedido de indenização, entretanto, tais formas de responsabilidade são consideradas como subespécie da modalidade extracontratual anteriormente apresentada e, assim sendo, pode ser chamada de responsabilidade extracontratual subjetiva ou responsabilidade extracontratual objetiva.

Conforme vimos na evolução do instituto estudado, a ideia de culpa sempre foi o pensamento basilar da responsabilidade, senão do ordenamento jurídico como um todo, no que tange a indenizações.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 38)

A responsabilidade subjetiva, por sua vez, consiste em toda ação ou omissão praticada pelo agente e que resulte em possíveis danos físicos, mentais ou patrimoniais à vítima, seja de maneira culposa ou dolosa.

Em um breve conceito dado pela professora Maria Helena Diniz:

(...) *responsabilidade subjetiva*, se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa (...)
Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar. (DINIZ, 2014, p. 150)

O ordenamento jurídico brasileiro optou por definir como regra a responsabilidade subjetiva, isso quer dizer que na grande maioria dos casos de indenizações de danos sofridos, deverá ser demonstrado que o agente praticou um ato lesivo com dolo ou culpa vez que ninguém deve ser penalizado por ato alheio a sua atuação.

1.3.3 Responsabilidade Objetiva ou Teoria do Risco

Em alguns casos, a responsabilidade subjetiva ou a teoria da culpa não eram suficientes para sanar o dano experimentado pela vítima, vez que em inúmeras situações não se podia atrelar o dano à culpa ou dolo do responsável.

Com o advento da revolução industrial, principalmente, e com o subsequente aumento exorbitante nos índices de acidentes, muitas vezes provocados pela falta de perícia do próprio funcionário ao manusear o equipamento, o dono do estabelecimento fabril não era culpado pelo dano ocasionado. Sendo assim, o ordenamento jurídico evoluiu de forma a admitir um novo conceito de responsabilidade que se adequasse à necessidade de salvaguardar o operário exposto ao perigo, afastando o elemento **culpa** dos pressupostos necessários para à responsabilização do patrão.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

(...) aos progressos técnicos, que trouxeram um grande aumento de acidentes, a corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da ideia de culpa, baseando-o na atividade lícita ou no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção de meios para reparar os danos experimentados. (DINIZ, 2014, p.68)

Dessa forma, a responsabilidade objetiva é aquela que independe da presença de culpa do agente; existe pura e simplesmente pelo fato de existir um nexo de causalidade entre esse e o dano ocasionado.

Como bem define Carlos Roberto Gonçalves:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulada que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (GONÇALVES, 2014, p.48)

A base para a responsabilidade objetiva encontra-se na teoria do risco, segundo a qual, quem exerce determinada atividade de forma que cause riscos ou a exponha alguém a algum tipo de perigo, deverá indenizar a vítima, caso tal risco se concretize.

Essa teoria está disseminada na doutrina sendo amplamente difundida por alguns doutrinadores, como é o caso de Carlos Roberto Gonçalves:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável; ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (GONÇALVES, 2014, p.49)

Ressalta-se que existem na doutrina diversas modalidades de risco, constituindo diferentes entendimentos para responsabilizar o agente. No entanto, algumas são consideradas como verdadeiros extremos, como no caso da teoria do risco integral, e que não são tão amplamente admitidas.

1.3.3.1 Risco-proveito

Consiste em atrelar a responsabilidade de indenizar o fato danoso a àquele que tem algum tipo de ganho (proveito) com dano ocorrido a outrem.

Para Sergio Cavalieri Filho:

O suporte doutrinário dessa teoria, como se vê, é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem Colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.146)

No entanto, como bem elucida o professor Cavalieri, a grande dificuldade do risco-proveito é definir quando alguém obteve proveito de uma atividade. O professor aborda a questão que, se definirmos como proveito o lucro, vantagem econômica, a responsabilidade ficaria adstrita somente aos comerciantes e industriais, excluindo-se da responsabilidade objetiva os casos em que o agente causador do dano não obtém lucro sobre a atividade.

Não obstante, reforça ainda o professor, que o ônus da prova recairia sobre a vítima, que deveria demonstrar que o agente obteve proveito, portanto, retrocesso ao instituto da responsabilidade, ou seja, a uma época onde a responsabilidade do agente era extremamente difícil de ser comprovada ante a problemática de se demonstrar o elemento culpa, agora transformado no elemento proveito. (CAVALIERI FILHO, 2004, pg. 146)

1.3.3.2 Risco Profissional

O risco profissional surgiu da necessidade de se suprir a hipossuficiência do empregado ante o empregador, tendo em vista que a teoria da culpa impossibilitava a responsabilização deste, ante a dificuldade de se produzir as provas. Surgiu, portanto, para reparar danos sofridos no ambiente de trabalho por qualquer que fosse a causa do acidente, mesmo nos casos de culpa do próprio empregado.

Assim define Sergio Cavalieri Filho:

A teoria do *risco profissional* sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.146)

Assim, diferentemente da teoria do risco-proveito, o risco profissional só está atrelado à existência denexo causal entre a atividade desenvolvida pela vítima e o dano, sendo a teoria basilar das indenizações por acidente de trabalho.

1.3.3.3 Risco Excepcional

Segundo a teoria do risco excepcional, a vítima não possui uma relação direta com o risco, ou seja, ela não está exposta em decorrência de uma atividade que exerça ou por ter um vínculo direto com o responsável, o risco excepcional surge da atividade que coloca em perigo a coletividade como um todo.

Nas Palavras de Sergio Cavaliere Filho:

Para os adeptos da teoria do *risco excepcional*, a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. A título de exemplo, podem ser lembrados os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear, materiais radioativos, etc. Em razão dos riscos excepcionais a que essas atividades submetem os membros da coletividade de modo geral, resulta para aqueles que as exploram o dever de indenizar, independentemente da indagação de culpa. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.146-147)

Dessa forma, ao contrário da teoria do risco profissional, o risco excepcional extrapola o ambiente de trabalho, sendo devido a toda a sociedade, em decorrência da natureza da atividade desenvolvida.

1.3.3.4 Risco Criado

Para os principais doutrinadores a teoria do risco criado é uma extensão da teoria do risco-proveito, vez que essa determina a responsabilidade por qualquer atividade que coloque em risco outrem.

Em uma explicação mais clara por Sergio Cavaliere Filho:

A teoria do *risco criado* tem, entre nós, como seu mais ardoroso adepto, o insigne Caio Mário, que assim sintetiza: “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo.” (CAVALIERI FILHO, 2004, p.147)

Tal teoria, portanto, abrange toda atividade que cause risco a outrem independente de circunstâncias alheias para sua comprovação, como a demonstração de vantagem. Para Sergio Cavaliere Filho, a atividade até pode ser vantajosa para o agente, mas isso não tem

importância para que o agente seja responsável. Constitui assim, modalidade “mais equitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano.” (CAVALIERI FILHO, 2004, p.147)

1.3.3.5 Risco Integral

Para muitos juristas, a teoria do risco integral constitui um abuso da responsabilidade, vez que esta seria desmedida ou, melhor dizendo, muito abrangente.

Sergio Cavalieri Filho brilhantemente elucida:

A teoria do *risco integral* é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexos causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável. Pela teoria do *risco integral*, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão-só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 147-148)

Dessa forma, o nosso ordenamento jurídico adotou a teoria do risco integral de forma moderada, para alguns casos específicos somente.

1.3.4 Responsabilidade Por Ato ou Fato de Terceiro

Em regra, ninguém deverá ser responsabilizado por dano que não cometeu ou deu causa, esse princípio norteava o instituto da responsabilidade. No entanto, em alguns casos específicos, terceiros serão responsáveis pelos danos que o agente causar.

Essa responsabilidade por ato ou fato de terceiro, também chamada de indireta, não provém, na verdade, de um ato causado pelo terceiro, como bem explica Sergio Cavalieri Filho:

Na realidade, a chamada *responsabilidade por fato de outrem* – expressão originária da doutrina francesa – é a responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.187)

Tal responsabilidade está atrelada a um dever legal de zelar pelos atos do agente, ou seja, cabe à lei determinar em quais casos haverá a responsabilidade por fato de outrem, independentemente da presença de culpa desses.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

Por isso o Código Civil vigente vai mais longe, pois no art. 933 determina que os pais, o tutor, o curador, o empregador, ou o comitente, o dono de hotel ou de educandário respondam pelos atos dos filhos, tutelados e curatelados, empregados, serviçais, prepostos, hóspedes e alunos, ainda que não haja culpa de sua parte, afastando tanto a presunção *juris tantum* como a *juris et de jure* de culpa, criando, então, a responsabilidade objetiva, visto que a ideia de risco atende mais aos reclamos do mundo atual, fazendo com que o dano seja reparado pelo pai, representante legal ou empregador não porque tiveram culpa na vigilância ou escolha, mas porque correram o risco de que aquele fato lesivo adviesse. (DINIZ, 2014, p.582)

Assim, a responsabilidade por ato ou fato de terceiro, corresponde à inobservância do dever de zelar pelos atos de terceiro pelo qual se é responsável, independentemente da presença de culpa, conforme o previsto no nosso ordenamento jurídico vigente.

1.4 Elementos da Responsabilidade Civil

A doutrina é divergente no que tange aos elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil, devendo cada um ser analisado de acordo com o tipo de responsabilidade adequado ao caso concreto.

1.4.1 A Conduta

A conduta que enseja a aplicação da responsabilidade civil pode conter tanto uma ação que gera dano, quanto uma omissão de quem tinha o dever legal de zelar pelo bem atingido ou sobre o agente causador.

Nesse sentido define Sergio Cavalieri Filho

Entende-se, pois por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.

A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.42-43)

O referido professor define, ainda, que dentre as formas apresentadas de responsabilidade, no caso a extracontratual objetiva, não dependeria somente do vocábulo culpa, mas sim de uma conduta culposa, pois esta seria a ação ou omissão realizada de maneira culposa que gera um dano indenizável. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.42)

Não obstante, ressalta-se que a referida conduta pouco importa ser lícita ou ilícita, pois o elemento a ser analisado, além da culpa, será o risco gerado pela atividade, ao qual a vítima estava exposta.

Dessa forma, Maria Helena Diniz conceitua a conduta da seguinte forma:

Existência de uma *ação*, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. (DINIZ, 2014, p.53)

A autora define que, dependendo do tipo de conduta praticada, será alterada a modalidade de responsabilidade, por exemplo, se a conduta praticada constituir ato ilícito que contrariar determinação imposta por contrato entre as partes, será caso de responsabilidade contratual. Por outro lado, uma conduta ilícita que afronte preceito legal, estará fundada na ideia de culpa, ou seja, responsabilidade extracontratual subjetiva.

Por fim, a responsabilidade poderá ser proveniente de uma conduta lícita, baseada na noção de risco proveniente da atividade desempenhada, como já vimos, tal modalidade independe de culpa, sendo chamada de responsabilidade extracontratual objetiva. (DINIZ, 2014, p.53)

Portanto, a análise da conduta é imprescindível para a correta caracterização da responsabilidade civil.

1.4.2 Dano

Agostinho ALVIM (*apud* GONÇALVES, 2014) tece uma breve definição para o dano que permite uma melhor orientação a respeito do assunto, que diz:

(...) dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. (GONÇALVES, 2014, p.365)

Assim, o dano constitui elemento fundamental da responsabilidade civil de forma que, não existe responsabilidade se não houver dano, como bem explica Carlos Roberto Gonçalves:

Embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta. (GONÇALVES, 2014, p.366)

Nesse mesmo entendimento, Sergio Cavalieri Filho diz que a indenização civil sem o dano comportaria em enriquecimento ilícito e em punição para quem paga. Tal conceito vai contra a função social da responsabilidade civil que pretende reparar o dano sofrido pela vítima. “Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas também, determinante do dever de indenizar” (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 89)

Ressalta-se que a definição de Agostinho Alvim inclui na responsabilidade o dano mesmo que exclusivamente moral, porém, Maria Helena Diniz complementa dizendo que a função da reparação do dano moral difere daquela dada a reparação do dano material.

Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a da pena. Se a responsabilidade civil constitui uma sanção, não há porque não se admitir o ressarcimento do dano moral, misto de pena e compensação. (DINIZ, 2014, p.78)

No entanto, a grande dificuldade a respeito do dano moral não é ser ele passível de indenização ou não, mas sim de se identificar o que constitui dano moral. Nesse sentido Sergio Cavalieri Filho expõe vários conceitos presentes na doutrina:

Nesse particular, há conceitos para todos os gostos. Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não-material. Segundo Savatier dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo dano moral é lesão de um bem integrante da personalidade; violação de um bem personalíssimo, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a

integridade psicológica, causando dor, vexame, sofrimento, desconforto e humilhação à vítima. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.93)

Entretanto, o ilustre professor tece a melhor definição de dano moral, ao analisar os conceitos apresentados com a Constituição Federal de 1988, assim sendo “dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade”. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.94)

Segundo o referido jurista, ao instituir o princípio da dignidade humana em seu texto, a Constituição Federal englobou ao princípio todos os direitos citados nos conceitos anteriores.

1.4.3 Nexo de Causalidade

Para caracterizar o dever de indenizar o dano sofrido pela vítima, é necessário que se comprove o nexos de causalidade entre a ação (ou omissão) do agente e o dano ocasionado, observando-se que, na inexistência de tal vínculo a indenização não será devida.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

E assim é por uma questão de lógica elementar: ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar a culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.65)

No entanto, tal identificação pode se apresentar de maneira conturbada e de difícil caracterização ante a problemática de se identificar qual ou quais atos foram, de fato, os causadores do dano. Existem duas teorias que propõem formas diferentes para se identificar a presença do nexos de causalidade entre a ação e o dano, porém, como bem ressalta Sergio Cavalieri Filho as mesmas apenas embasam o pensamento, deixando o encargo de se identificar o caso prático, nas mãos dos juristas. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.66)

1.4.3.1 Teoria da Equivalência dos Antecedentes

Carlos Roberto Gonçalves assim define a presente teoria: “Pela teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa.” (2014, p. 359)

Assim sendo, se ao analisar os atos que antecederam o dano, a exclusão de algum deles não extinguir o resultado danoso, então tal ato não possui nexos causal e não deve ser responsabilizado.

Sergio Cavalieri Filho melhor explica o conceito apresentado:

Como o próprio nome diz, essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e a condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem a distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve. Por isso, essa teoria é também chamada de *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 67)

Porém, essa teoria sofre fortes críticas, pois considera como causa do evento todos os atos que o antecedem podendo, nas palavras de Cavalieri, “conduzir a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexos causal.” (2004, p.67)

1.4.3.2 Teoria da Causalidade Adequada

A teoria da causalidade adequada, diferentemente da teoria da equivalência dos antecedentes, diz que cada fato anterior ao dano possui um peso diferente na ocorrência do fato.

A segunda teoria, *a da causalidade adequada*, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o feito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada. (GONÇALVES, 2014, p.360)

Para a presente teoria, portanto, nem todos os atos seriam passíveis de serem responsabilizados, mesmo que a inexistência destes implicasse na não ocorrência do dano (teoria da equivalência das condições). Deve-se analisar se o ato por si só causaria o dano.

1.4.4 Culpa

Como já foi exposto, a culpa não é elemento necessário para todos os tipos de responsabilidade, devendo ser observada nos casos em que é aplicada a responsabilidade extracontratual subjetiva, sob pena de se afastar a responsabilidade do agente na inexistência de culpa.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

Não basta a imputabilidade do agente para que o ato lhe possa ser imputado. A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, ainda, o elemento culpa. A conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. (CAVALIERI, 2004, p.48)

A culpa se apresenta de duas formas: *lato sensu* (dolo) e *stricto sensu*. Ambas geram a obrigação de indenizar, sendo diferenciadas a partir da intenção do agente como bem explica Carlos Roberto Gonçalves:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que ao primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. (GONÇALVES, 2014, p.325)

Assim, independente da sua classificação, em regra a culpa constitui elemento obrigatório da responsabilidade, sendo excluída somente nos casos de responsabilidade objetiva.

CAPÍTULO 2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O instituto da responsabilidade civil da Administração Pública foi o centro de uma evolução doutrinária que tem por base a revolução industrial da metade do século XIX quando, após a intensa modernização da mão de obra e a abrupta expansão demográfica das cidades deparamo-nos com um quadro marcado pelo total desamparo do trabalhador ante a opressão exercida pelos industriais. Essa situação foi o principal motivo por detrás da criação do órgão hoje conhecido como Previdência Social e da evolução da responsabilidade civil.

2.1 Evolução Histórica

A princípio, a Administração Pública era munida pela ideologia absolutista na qual o Estado era soberano e a vontade do governante era a lei. Vigorava, assim, a ideia de que o Estado não poderia errar; como se observa pelo princípio *“The king can do no wrong”*. Pressupunha-se que todos os atos do rei eram justos e, portanto, admitir que o Estado fosse culpado de causar dano a um particular ameaçava a sua postura absolutista perante o povo, conforme bem expressa Di Pietro (2006, p.619) “Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.”.

A irresponsabilidade do Estado tentava amenizar o dano sofrido pelo particular ao admitir indenizações contra o funcionário que desse causa ao fato danoso, porém tais ações dificilmente logravam êxito, vez que o funcionário (também particular) não possuía lastro econômico para satisfazer a obrigação.

Já na segunda metade do século XIX, superada a fase absolutista, surgiu o entendimento de que o Estado (Governante) não era a lei, mas sim mero guardião desta, segundo Sergio Cavaliere:

Com as mudanças latentes na sociedade foi necessário uma ampliação da visão no que diz respeito aos direitos e deveres do Estado sendo que esse, dotado de personalidade jurídica poderia sim ser parte em ações a que deu causa, vez que “se o Estado é guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por ato próprio do Estado?” (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 236).

Assim, em uma tentativa de atenuar as injustiças causadas pela teoria da irresponsabilidade, passou-se a admitir a teoria civilista da culpa; nessa modalidade, era admitida a responsabilidade do Estado quando demonstrada a culpa de seus agentes,

entretanto, deveria ser analisado qual tipo de ato teria dado causa ao dano, ressaltando-se que havia dois tipos de atos estatais: atos de império e atos de gestão.

Os atos de império expressavam o resquício absolutista na atuação do Estado, nas palavras de Di Pietro:

(...) seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes. (DI PIETRO, 2006, p. 619)

Já os atos de gestão seriam realizados em “igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços” (DI PIETRO, 2006, p. 619) e, dessa forma, sujeitos às regras do direito comum.

Isto significa que, contra os atos de gestão era perfeitamente cabível que o Estado fosse responsabilizado, vez que ele agia da mesma forma que um particular, entretanto, nos atos de império, por se tratar de uma atuação exclusiva do Estado, este não poderia ser responsabilizado.

Severas foram as críticas realizadas contra a teoria civilista da culpa e a bipartição da atuação do Estado em império e gestão, conforme elenca Di Pietro:

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços. (DI PIETRO, 2006, p.620)

Mesmo com a ineficácia do modelo civilista da culpa, uma grande gama de doutrinadores manteve a ideia da responsabilização do Estado se comprovada à culpa do mesmo, dando início à segunda fase do instituto através da teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello define com louvor a responsabilidade subjetiva:

Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto. (MELLO, 2011, p.1011)

O grande problema ainda era a identificação da culpa do agente público, pois o particular lesado não possuía meios para identificar e provar quem havia cometido o ato ilícito.

Entretanto, o Direito Administrativo trata a pessoa jurídica do Estado através da teoria do órgão ou organicista, o que significa dizer que não há divisão entre a pessoa jurídica e seus agentes; logo, se esses atuarem de forma culposa a fim de causarem danos a um terceiro atuaria conjuntamente com eles o Estado.

Cavaliere Filho cita em sua obra um trecho de Celso Bandeira de Mello que brilhantemente explica a relação entre agentes públicos e Estado:

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de *imputação direta* dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. (...)

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como unidade. (MELLO, 2011, p.1016)

Assim, vemos que o Estado age por meio de seus membros e, por consequência, as condutas que esses praticarem, mesmo que ilícitas, são diretamente relacionadas à pessoa jurídica.

Surge, então, a teoria da culpa anônima, também chamada de culpa do serviço; culpa impessoal; culpa administrativa; teoria do acidente administrativo ou falta do serviço (*faute du service*, em francês), segundo a qual não mais era necessária a identificação do agente causador do dano, bastando somente a comprovação de que o serviço não funciona.

Dentre os vários doutrinadores que magistralmente elucidam a matéria, Carvalho Filho diz:

A falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 523)

Ressalta-se que o elemento culpa ainda é requisito inicial para que haja a responsabilidade civil do Estado, sendo que a culpa individual do agente é, agora, apenas mais uma forma de caracterização, além das acima elucidadas.

Existem doutrinadores que tratam a falta do serviço como modalidade de responsabilidade objetiva, entretanto, no entendimento do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva. (MELLO, 2011, p. 1012)

O Professor atribui o engano a dois fatores cruciais, o primeiro diz respeito a uma tradução errônea do termo francês *faute du service*, que fora traduzido no Brasil e outros países como sendo “falta” (ausência) do serviço quando na verdade a expressão significa “culpa”. A referida diferença nos vocábulos dá a falsa impressão de que a mera “falta” do serviço ensejaria uma reparação civil de danos e, portanto, uma ideia de responsabilidade objetiva.

O segundo fator trata da possibilidade de que em alguns casos poderia ser admitida a “presunção de culpa”, vez que a comprovação pelo particular de que o serviço fora deficiente, ou seja, abaixo dos padrões aceitáveis por culpa da administração, era muito difícil senão impossível. A presença da culpa, porém, ainda era essencial, pois o Estado, em sua defesa, poderia comprovar que não atuou de forma culposa e afastar a responsabilidade pelo dano.

Por fim, surge um novo panorama da responsabilidade civil agora em sua forma objetiva, ou seja, independente da existência de dolo ou culpa. Sua primeira aparição deu-se através do Conselho de Estado francês para alguns casos específicos, mantendo ainda como regra a teoria da culpa do serviço ou *faute du service* para grande parte das ações que envolviam a responsabilidade do Estado.

A responsabilidade objetiva do Estado se assenta sobre dois princípios básicos do direito administrativo, sendo eles: o princípio da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello os fundamentos da responsabilidade civil em sua forma objetiva estão dispostos da seguinte forma:

a) No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos ilícitos *comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*.

b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos *ligados a situação criada pelo poder público* – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (MELLO, 2011, p.1015)

Assim, entendemos que “se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos.” (CAVALIERI FILHO, 2004, p.239).

Portanto, com supedâneo nos princípios supracitados alteram-se os elementos que configuram a responsabilidade civil da máquina pública, da presença da culpa anônima para o meronexo de causalidade entre a atividade administrativa e o dano experimentado pelo particular, bastando, assim, apenas a comprovação desses.

A fim de melhor embasar a responsabilidade objetiva, passa-se a adotar a teoria do risco como norteadora da caracterização dos danos. A teoria do risco, por sua vez, subdivide-se em duas formas análogas: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A primeira consiste na ideia de que o Estado, apesar de todas as prerrogativas e direitos inerentes ao indivíduo, continua sendo a parte mais forte dessa relação jurídica existente entre coletividade e Administração Pública. Desta forma, os indivíduos hipossuficientes não poderiam ser prejudicados em seus direitos ante a dificuldade de se provar os atos da administração pública. Assim, toda atividade estatal deve arcar com um maior risco.

A grande diferença entre ambas as teorias está presente em seus efeitos como expõe Carvalho Filho:

No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites. (CARVALHO FILHO, 2009, p.524)

Em contrapartida, a teoria do risco integral apresenta uma responsabilidade ilimitada do Estado, ou seja, mesmo que não haja vínculo entre a atividade administrativa e o dano, ou que o dano tenha causa exclusiva da vítima, ficaria a administração pública coagida a indenizar o particular. Nas palavras de Cavalieri Filho:

A teoria do risco integral, como já enfatizamos, é a modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. É o que ocorre, por exemplo, no caso de acidente de trabalho, em que a indenização é devida mesmo que o acidente tenha decorrido de culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.240)

Portanto, ressalta-se a importância da correta diferenciação entre ambas as teorias com foco na adotada pelo Direito Brasileiro, ou seja, a teoria do risco administrativo, vez que a teoria do risco integral levaria a uma utilização desacerbada e abusiva do instituto.

2.2 Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro

Inicialmente, no tocante à responsabilidade civil do Estado, o Brasil adotou a teoria civilista da culpa, excluindo totalmente a ideia da irresponsabilidade do Estado apresentada no Estado absolutista.

No entanto, a Constituição Federal de 1824 não trazia dispositivo expresso acerca da responsabilidade do Estado, porém abordava em seu artigo 179 a responsabilidade do empregado público que desse causa ao dano, *in verbis*:

XXIX. Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis os seus subalternos.

A Constituição Republicana de 1891, de igual forma, nada inovou, mas preferiu manter a ideia do artigo 179 da CF de 1824, em seu artigo 82. Sendo assim, ambas as Constituições deixaram de abordar diretamente o tema, dando a impressão de que a responsabilidade do Estado simplesmente não existia; tal pensamento, contudo, não procedia, uma vez que a responsabilidade do Estado era tratada através de lei ordinária específica, sendo que a relação entre Estado e seus agentes era de solidariedade perante as indenizações devidas, conforme bem expõe a ilustríssima professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Nesse período, contudo, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo **solidária** com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio. (DI PIETRO, 2006, p.622)

Assim, a responsabilidade do Estado estava atrelada à conduta danosa do funcionário e à demonstração de que esse era culpado pelos “abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência”, conforme a redação dada pelo artigo 82 da CF de 1891. É acertado dizer, então, que a responsabilidade do Estado era fundada na teoria civilista da culpa.

Tal teoria, todavia, só foi expressamente confirmada com a promulgação do Código Civil de 1916 através da redação dada ao artigo 15 do referido instrumento:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

A redação dada ao artigo 15 do CC gerou muitas dúvidas nos doutrinadores da época por ser ambígua e confusa, levando alguns a encarar o dispositivo legal como sendo caso de responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, independentemente da demonstração da culpa. Assim esclarece José dos Santos Carvalho Filho:

Em nosso entender, a norma exigia a prova da culpa. Os pressupostos aí consignados – o procedimento contrário ao direito e a falta a dever prescrito por lei – revelavam que a responsabilidade estatal não se configuraria diante de fatos lícitos, mas, ao contrário, só diante de atos culposos. Se alguém agisse contrariamente ao direito ou faltasse a dever legal, sua conduta seria necessariamente culposa. (CARVALHO FILHO, 2009, p.525)

Assim, vigorou no Brasil a responsabilidade estatal com base na teoria civilista da culpa até a promulgação da Constituição Federal de 1946, que por sua vez, passou a adotar a responsabilidade objetiva como base para as indenizações contra o Estado, conforme exposto no artigo 194 da Carta Magna em questão:

Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Nota-se que o artigo em nada fala sobre culpa em seu *caput*, ou seja, no que tange à relação entre particular e Estado, o artigo não atrela a responsabilidade estatal à presença da culpa do agente, bastando somente a comprovação de que há nexos causal entre a atividade administrativa e o dano causado, em concordância com a teoria da responsabilidade objetiva.

A culpa somente aparece no parágrafo único do diploma legal, o que implica dizer que só é necessária a comprovação da culpa nas ações regressivas do Estado contra o agente que deu causa ao dano.

A menção à culpa surgia apenas no seu parágrafo único, para determinar a ação regressiva do ente público contra seu servidor, extraindo-se, daí, o seguinte raciocínio: se somente para a ação regressiva do Estado contra o funcionário se exige a prova de culpa e dolo, é porque para a ação da vítima contra o Estado se prescinde desses elementos subjetivos. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.242)

Portanto, passa-se a observar que o instituto da responsabilidade objetiva, já enraizado na doutrina desde o advento da redação ambígua do artigo 15 do Código Civil de 1916, toma forma na Constituição Federal e na jurisprudência, ressaltando:

Convém ainda registrar que a nossa Suprema Corte reiteradamente decidiu que: ‘A responsabilidade objetiva, insculpida no art. 194 e seu parágrafo da Constituição Federal de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts. 105 e 107, respectivamente, *não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado*’ (RE 68.107-SP. rel. Min. Thompson Flores, RTJ 55/50-54). (...) ‘embora tenha a Constituição admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a *teoria do risco administrativo*, fê-lo com temperamentos, para prevenir os excessos e a própria injustiça’. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.243)

A Constituição Federal de 1988 veio, afinal, a corroborar o entendimento firmado no artigo 194 da Carta Magna de 1946, mantendo a responsabilidade na forma objetiva através da teoria do risco administrativo, conforme transcrito em seu artigo 37, §6º.

§6.º 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.

Ilustríssimo doutrinador Hely Lopes Meirelles teceu maravilhosa análise do dispositivo constitucional em questão, *in verbis*:

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados. (MEIRELLES, 2001, p.614)

Em uma primeira análise o próprio professor Hely Lopes Meirelles entendia que pela redação dada ao texto constitucional as pessoas físicas e jurídicas prestadoras de serviço público estariam excluídas desse princípio.

(...) influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as *peçoas físicas* e as *peçoas jurídicas* que exerçam funções públicas delegadas, sob forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Todavia, evoluímos no sentido de que também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, como dissemos precedentemente (cap. VI, item I), não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado. (MEIRELLES, 2001, p.614/615)

Portanto, o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal vem de forma a esclarecer a posição das empresas privadas prestadoras de serviço público e dos órgãos da administração pública indireta quanto a sua responsabilidade, excluindo destas somente as sociedades de economia mista e empresas públicas que executem atividade econômica de natureza privada, sendo reguladas pelas normas do direito privado. (DI PIETRO, 2006, p. 624)

Outro apontamento feito à análise do referido instituto constitucional, foi o emprego do vocábulo *agente* no texto, vocábulo esse muito mais amplo em seu significado. As Constituições passadas se utilizavam do termo *funcionário*, que tecnicamente dá a entender somente aqueles que ocupam cargo público sob o regime estatutário. Dessa forma a nova redação dada pela CF de 88 vem de forma a não deixar lacunas abordando através do termo *agente* todos aqueles que prestam determinado serviço público independentemente do regime a que se encontram vinculados, sejam eles contratados, funcionários de fato ou temporários (CAVALIERI FILHO, 2004, p.244).

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa. (MEIRELLES, 2001, p.615)

Não obstante, Sergio Cavalieri Filho destaca o conceito de “terceiros” apresentando no referido dispositivo legal. O jurista preleciona que terceiro é toda pessoa que não possui vínculo jurídico pré-estabelecido com a Administração Pública, ou seja, só seriam considerados terceiros para o artigo 37 da CF os casos de responsabilidade civil extracontratual. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.247)

2.3 Excludentes da Responsabilidade do Estado

Em regra, por ser admitida a responsabilidade objetiva do Estado, esse será obrigado a indenizar todos os danos os quais der causa ou que tenham comprovado o nexo de causalidade entre a atividade estatal e o dano ocorrido. Portanto, será excluída a responsabilidade do Estado quando restar prejudicada a prova do nexo causal.

Como bem explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nos casos de responsabilidade *objetiva* o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe foi imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível. (MELLO, 2011, p.1032)

Dessa forma, a doutrina entende como situações excludentes da responsabilidade do Estado, os danos ocasionados por motivo de força maior ou quando ocorridos por culpa (exclusiva ou não) da vítima.

No que tange à força maior, ressaltam-se as considerações feitas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração. (DI PIETRO, 2006, p.624)

Entretanto, a professora destaca que não são todos os casos de força maior que excluem a responsabilidade do Estado, vez que esse pode contribuir com a força maior por meio de uma conduta omissiva.

No entanto, mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente. (DI PIETRO, 2006, p.625)

O dano, neste caso, seria decorrente de falta na prestação de determinado serviço público, modalidade essa de responsabilidade subjetiva e não objetiva, como se é em regra.

Nesse sentido colaciona a professora Di Pietro:

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação do agente público, mas de omissão do poder público. (DI PIETRO, 2006, p.625)

Assim, seria indenizável o dano tomando por base a aplicação da responsabilidade subjetiva que “é aplicável quando o Estado, devendo evitar um dano, evita-se, faltando ao dever legal de agir com a diligência, prudência e perícia capazes de impedir a lesão produzida por terceiro ou por fato da natureza.” (MELLO, 2011, p.1033)

De forma parecida, a doutrina aborda como excludente do dever de indenizar os danos ocasionados por culpa da vítima, de forma exclusiva ou concorrente. Nesses casos, o Estado responderá de forma inversamente proporcional à culpa da vítima.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define:

Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do poder público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima. (DI PIETRO, 2006, p.625)

Dessa forma, ambas as excludentes da responsabilidade estatal devem ser analisadas no caso fático, de maneira que nem sempre excluirão totalmente o dever de indenizar, podendo reduzi-lo somente.

CAPÍTULO 3 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS

3.1 Ideias Gerais Sobre a Previdência Social

A Previdência Social é um dos três pilares que sustentam a Seguridade Social no Brasil, juntamente com a Assistência Social e a Saúde Pública. Dessa forma, Sergio Pinto Martins conceitua a Previdência Social como:

A Previdência Social consiste, portanto, em uma forma de assegurar ao trabalhador, com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços quando seja atingido por uma contingência social. Entende-se, assim, que o sistema é baseado na solidariedade humana, em que a população ativa deve sustentar a inativa, os aposentados. As contingências sociais seriam justamente o desemprego, a doença, a invalidez, a velhice, a maternidade, a morte etc. (MARTINS, 2011, p. 287)

Para que faça jus ao benefício, o segurado deverá ter o correspondente em contribuições ao longo do período em que trabalhou. Ainda nas palavras de Sergio Pinto:

(...) A relação previdenciária é sinalagmática, pois há direitos e obrigações. No regime previdenciário, o segurado só tem direito ao benefício se tiver contribuído para o sistema. O INSS só paga o benefício se houver contribuição por parte do segurado. O dever de pagar implica, no futuro, o direito ao benefício, desde que atendidas as condições previstas em lei. Há um sinalagma genético, pois a corresponsabilidade das obrigações existe desde o início da relação previdenciária; (MARTINS, 2011, p.288)

Entretanto, o custeio da Seguridade Social, da qual a Previdência é parte, não é feito exclusivamente pelo segurado, possuindo outras fontes descritas pela lei, que poderão ser diretas ou indiretas:

São fontes de custeio da Seguridade Social:

- a. dos empregadores, incidentes sobre folha de salários, o faturamento e o lucro. Sobre o faturamento incide a Cofins (Lei Complementar nº 70/91) e o PIS (Lei Complementar nº 7/70). Sobre o lucro incide a contribuição social criada pela Lei 7.689/88;
- b. dos trabalhadores;
- c. sobre a receita de concursos de prognósticos;
- d. do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei equiparar (Lei nº 10.685/04). (MARTINS, 2011, p. 65)

Além das elencadas pelo ilustre professor, a Lei 8.2012/91 traz em seu texto outras formas de custeio para a Seguridade Social. No entanto, essa relação de custeio não é facultada aos entes descritos na lei, sendo cobrada compulsoriamente de todos. Dessa forma, Wladimir Novaes Martinez define a Previdência Social como uma “solidariedade forçada”:

Tecnicamente, a previdência social é resultado da solidariedade forçada das pessoas ou gerações. Significa a participação de maioria contemporânea (contribuindo), a favor de minoria hodierna (inativos) e de futura (aposentados). Partilha de recursos, atuarialmente, em dado momento, pressupõe o crescimento numérico dos contribuintes; ausente esse registro demográfico, ser o período dos aportes e seu nível suficientes para cobrir despesas correntes e acumular algumas reservas. (MARTINEZ, 2003, p.101)

O professor Martinez explica, ainda, que tal obrigatoriedade é elemento essencial para que se cumpra o princípio da solidariedade que norteia a Seguridade Social como um todo.

Como visto, a solidariedade não é espontânea. A adesão a sistemas optativos ou facultativos não afasta do segurado a compulsoriedade, uma vez ingressado no sistema. (...) A obrigatoriedade é condição para a solidariedade se efetivar. Impositividade aludida não apenas da contribuição, mas de pertencer ao sistema. Ela é exigida, norma pública – *jus cogens* –, ao qual nenhum dos membros da sociedade pode subtrair-se, não importando o motivo. (MARTINEZ, 2003, p.103)

Não obstante, o caráter obrigatório das contribuições e da filiação faz-se necessário para garantir o mínimo existencial da pessoa que não mais consegue prover seu sustento com seu trabalho. Assim Sergio Pinto Martins diz que “a prestação previdenciária tem natureza substitutiva da remuneração do segurado ou dependente e alimentar, pois visa manter a pessoa” (MARTINS, 2011, p.289), vez que nem todos possuem meios de salvaguardar seu sustento no futuro.

Entretanto, a concessão de determinado benefício não está atrelada somente à contribuição, a Previdência estipula uma série de regras específicas para cada tipo de benefício pleiteado como, por exemplo, número mínimo de contribuições (ou carência), tipo de filiação, e até mesmo hipóteses que excluem a concessão do benefício, v.g. doença pré-existente. (MARTINEZ, 2003, p.102-103)

Se perder essa característica, deixa de ser previdenciária, podendo transformar-se em seguridade, assistência social ou poupança individual

obrigatória indisponível (modalidades chilena, peruana, argentina e colombiana). (MARTINEZ, 2003, p.103)

Por fim, o sistema previdenciário só garante cobertura a eventos descritos na lei, desde que cumpridos todos os requisitos impostos. Sergio Pinto Martins assim os elenca:

Dispõe o art. 201 da Constituição que a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I – cobertura de eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II – proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 7º, XVIII);
- III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário (art. 7º, II, da Lei Fundamental);
- IV – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes;
- V – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda. (MARTINS, 2011, p. 292)

Portanto, a previdência social é um instituto de contribuição e associação obrigatória, no qual a maioria trabalhadora, conjuntamente com os empregadores e o Estado, garante o sustento de uma minoria incapaz de trabalhar, através de contribuições mensais. Referidas contribuições garantem que os membros da maioria trabalhadora possam usufruir dos benefícios que hoje custeiam.

3.2 Estrutura Administrativa

A Previdência Social já passou por várias estruturas administrativas diferentes, possuindo outros órgãos em sua constituição. Wladimir Novaes Martinez apresenta a estrutura vigente como sendo formada pelos seguintes órgãos: Ministério da Previdência e Assistência Social; Instituto Nacional do Seguro Social; Secretaria de Previdência Social; Conselho de Gestão da Previdência Complementar; Secretaria de Previdência Complementar; Conselhos Nacionais de Previdência Social e de Assistência Social; Conselho de Recursos da Previdência Social e, por fim, DATAPREV. (MARTINEZ, 2003, 108-113)

Dentre estes, merece destaque o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) quanto à sua atribuição e estrutura. Assim define Wladimir Novaes:

O INNS (Decreto n. 99.350/90) é a autarquia incumbida da execução da técnica protetiva, verdadeiramente o órgão gestor, credor de obrigações

fiscais de toda ordem e devedor das prestações (benefícios e serviços). (MARTINEZ, 2003, p.109)

Por ser autarquia, o INSS faz parte da administração pública indireta, ou seja, é uma “pessoa jurídica de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa”. (MELLO, 2011, p.160)

Em um conceito melhor fundamentado, José dos Santos Carvalho Filho define a autarquia da seguinte forma:

À luz desses elementos, pode-se conceituar autarquia como a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado. (CARVALHO FILHO, 2009, p.445)

Mesmo sendo órgão descentralizado do poder público, o INSS age como se Estado fosse, pois quem desempenha função estatal assume o risco de sua administração. O ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello explica a relação existente entre a atuação das autarquias com terceiros da seguinte forma:

No que respeita às relações com terceiros, a posição jurídica das autarquias, por serem pessoas de Direito Público, é equivalente à que corresponde à própria Administração direta, embora, evidentemente, restrita à índole e ao setor de atividade que lhes seja afeto. Donde pode-se dizer que, de um modo geral, desfrutam das mesmas prerrogativas genéricas, poderes e, reversamente, sujeições que vinculam o Estado. (MELLO, 2011, p.165)

Nesses termos observa-se que o INSS responde diretamente por seus próprios atos, vez que possui personalidade jurídica própria, a diferença será que a autarquia responderá nos mesmos termos que o Estado, porém, esse não está totalmente livre dos encargos que possam surgir conforme expõe Bandeira de Mello:

Responsabilidade direta das autarquias e subsidiária do Estado – Por ser sujeito de direitos, a autarquia, como se disse, *responde pelos próprios atos*. Apenas no caso de exaustão de seus recursos é que irromperá responsabilidade do Estado; responsabilidade subsidiária, portanto. Esta se justifica, então, pelo fato de que, se alguém foi lesado por criatura que não tem mais como responder por isto, quem a criou outorgando-lhe poderes pertinentes a si próprio, propiciando nisto a conduta gravosa reparável, não pode eximir-se de tais consequências. (MELLO, 2011, p. 166)

Portanto, o INSS como autarquia federal responderá por seus atos que derem causa a qualquer dano contra o segurado de forma objetiva.

3.3 Conduas Ensejadoras de Responsabilização Civil do Estado

Por ser autarquia federal, o INSS responde pelos danos a que der causa, nos mesmos termos que o restante da Administração Pública. Dessa forma, a doutrina apresenta exemplos de atos da Autarquia que podem causar danos ao segurado, que deverão ser indenizados.

3.3.1 Concessão Tardia

Os benefícios previdenciários “têm natureza substitutiva da remuneração do segurado ou dependente e alimentar, pois visa manter a pessoa.” (MARTINS, 2011, p. 289) Dessa forma o atraso na concessão do benefício pode prejudicar a subsistência do beneficiário.

Os PBPS traz dispositivo que define prazo para que sejam deferidos os benefícios ao segurado:

Diz o art. 41, §6º, do PBPS que “o primeiro pagamento de renda mensal do benefício será efetuado até 45 (quarenta e cinco) dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão” (redação da Lei n. 8.444/92). (MARTINEZ, 2005, p.131)

Portanto, a demora na concessão lesa o beneficiário, que é privado de seus rendimentos e, por consequência, da sua capacidade de se sustentar. O professor Wladimir Novaes expõe que a aplicação de uma indenização pela mora na concessão seria a medida mais eficaz a fim de compensar o beneficiário:

A medida, contudo, tem caráter inibidor de demoras desnecessárias e funciona como regra sancionadora da inércia burocrática, demonstrando que a protelação na concessão causa sofrimentos ao segurado (aliás, a lei deveria falar em beneficiário).

Destarte, resta solar o direito a alguma compensação material e, se for o caso, também na órbita moral. A reparação material ocorre com o pagamento do benefício, acrescida da correção monetária (ambos direitos previstos na lei) e algum juro de mora, este último valor a ser fixado pelo julgador, em tese, destinado a retribuir empréstimo tomado pelo titular do direito. Dependendo das circunstâncias culposas, até mesmo uma multa pecuniária não ficará mal. (MARTINEZ, 2005, p.131)

O ilustre professor diz, ainda, que o atraso na concessão está atrelado à desorganização do INSS e, que a demora prejudica demasiadamente o beneficiário podendo almejar a compensação inclusive no âmbito moral. (MARTINEZ, 2005, p132)

3.3.2 Recusa de Protocolo

A concessão de benefícios previdenciários é feita via requerimento administrativo endereçado ao INSS, no entanto, por muitas vezes o agente público responsável pelo protocolo do requerimento não o faz, negando ao beneficiário o princípio da ampla defesa.

Protocolar um pedido, qualquer que seja ele, é um direito constitucional. Pode ser desejo exposto à administração pública ou privada, desejo comezinho que assume relevante importância para o requerente, que ali deduziu sua pretensão (por mais simples que ela seja). No caso da seguridade social, diferentemente do Poder Judiciário e em razão da hipossuficiência do requerente, devendo ser acolhidas manifestações até mesmo sem supedâneo legal. (MARTINEZ, 2005, p.142)

A recusa em questão não implica na aceitação incondicional do requerimento, mas somente ao fato de ser negado ao beneficiário seu protocolo, ou seja, implica em impedir o acesso a uma resposta fundamentada do órgão competente, seja ela positiva ou negativa.

O sujeito passivo da pretensão arguida tem toda a possibilidade de rejeitá-la, se ela não está caracterizada segundo as normas vigentes, mas descabe-lhe recusar o seu protocolo. Precisar responder a solicitação e, o que é relevante, fundamentar as razões do indeferimento, sob pena de grave ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, postulados constitucionais consagrados no nosso ordenamento jurídico. (MARTINEZ, 2005, p. 142-143)

O professor Martinez acredita que o principal motivo para a recusa do protocolo esteja vinculado ao fato de que nem sempre o segurado possui os documentos necessários para a comprovação de seu direito, porém, mesmo que os documentos estejam ausentes, a recusa ao benefício deverá informar ao segurado os motivos pelo qual foi negado (ausência de documentos) e, não negar o seu protocolo antes mesmo de ser julgada administrativamente a demanda. Entretanto, a lei já determina que seja incabível a recusa:

Neste particular, diz o art. 105 do PBPS: “A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para a recusa do requerimento de benefício”.

Os atendentes têm conhecimento desse art. 105, principalmente em sua versão administrativa: “A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa de requerimento de benefício, devendo ser formulada a exigência no ato da habilitação por escrito, e entregue, mediante ciência, ao requerente e/ou seu procurador, devidamente constituído” (art.3º, da IN INSS/DC n. 30/00) (MARTINEZ, 2005, p.143)

O professor, por fim, expõe que para reparar o dano causado com a recusa de protocolo, bastaria a fixação do pagamento da prestação a partir do dia em que foi recusado o protocolo, porém a questão do dano moral seria de difícil comprovação. (MARTINEZ, 2005, p.143)

3.3.3 Perícia Equivocada

Alguns tipos específicos de benefícios como, por exemplo, a aposentadoria por invalidez; o auxílio-doença; a pensão por morte e a assistência social fundada em deficiência, necessitam da comprovação da situação fática por meio de uma perícia médica realizada por profissionais da saúde do próprio INSS.

Nesses casos, é comum o erro por parte do INSS, que julga apta ao trabalho pessoa inválida ou, em contrapartida, julga inválido aquele que tem plenas condições de trabalho.

A medicina não é uma ciência exata e a desejável certeza reclama uma infinidade de exames, análises laboratoriais, avaliações ergométricas, pesquisas, passagem do tempo, observação, enfim, perquirição nem sempre realizável em cada paciente, obrigando os profissionais da perícia médica a concluir sem deter uma razoável convicção técnica da incapacidade ou não. Sem falar nos cenários costumeiros de fraude, simulação e má-fé noticiados pela imprensa. (MARTINEZ, 2005, p.154)

Essa insegurança é demonstrada através do número acentuado de ações de concessão existentes na Justiça Federal, onde, na maioria das vezes, laudos particulares contradizem totalmente os laudos fornecidos pelos peritos. No entanto, a maior preocupação é com o segurado que, segregado de suas funções no trabalho por estar inapto, não possui meios de prover sua subsistência.

A situação de quem está doente, incapacitado para o labor (rejeitada a sua readmissão na empresa pelo médico do trabalho local), andando de seca à meca, sem recursos, carente de assistência médica, é terrível e geradora de transtornos de toda ordem. Se estiver desempregado o quadro se torna mais agudo ainda. Deveria aplicar-se à espécie o *indubio pro misero*.

O erro médico pericial causa prejuízos ao protegido e, quando confirmado, em caráter definitivo, é pressuposto da ação compensadora do dano moral. Que, é claro, jamais redimirá de todo sofrimento, angústia e humilhação que passou. (MARTINEZ, 2005, p.155)

Dessa forma, o INSS seria responsabilizado pelo erro da perícia médica quando fosse confirmado o abalo psicológico no beneficiário; porém, este é de difícil configuração, cabendo ao magistrado uma profunda análise do caso.

3.3.4 Engano no Cálculo

O cálculo do valor do benefício é feito através de uma complexa conta na qual são traduzidos em valores dados diversos como, o tempo de serviço; a idade do beneficiário; tipo de serviço prestado e etc. Portanto, são comuns na esfera jurídica as ações de revisão de benefício previdenciário por erro em seu cálculo ante a complexidade dos fatores envolvidos.

Com isso, por vezes e até com certa frequência, o *quantum* fornecido é menor ou maior do que o devido. Se, no caso de uma renda mensal inicial inferior ao direito subsiste prejuízo; por outro lado o pagamento de valor descabido, ambos por algum tempo, gera danos para o segurado. (MARTINEZ, 2005, p.161)

Nos casos onde o benefício foi reduzido por erro no cálculo feito pelo INSS, é fácil determinar o valor da indenização material e, normalmente é pago através dos “atrasados”. A dificuldade maior sobre o assunto assenta-se sob o dano moral existente nas hipóteses que abordam o erro no cálculo.

Wladimir Novaes elucida brilhantemente a matéria:

Ter de devolver aquilo que se julgava seu e ficar algum tempo sofrendo o complemento negativo é tão devastador quanto a angústia de esperar que a justiça seja feita e lhe seja pago o que lhe é devido.

(...)

Não é difícil estimar o montante da reparação, se o erro é contra o segurado, com o pagamento dos atrasados da diferença mais algum juro de mora. Entretanto se sobrevém equívoco a favor deste, terá de devolver o recebido indevidamente e se proporcional à ofensa, poderá ser acertado com o valor da compensação moral. (MARTINEZ, 2005, p.161-162)

O ilustre professor, porém, observa que a aplicação da responsabilidade nesses casos deverá observar se o beneficiário não agiu culposamente com o erro no cálculo, vez que,

tendo conhecimento e os recursos necessários para calcular corretamente o benefício não o declarou ao gestor do INSS, nesse caso estaria presente a culpa *in vigilando*. (MARTINEZ, 2005, p.162)

3.3.5 Presunção de Fraude

Tanto a Previdência Social quanto a Assistência Social são vítimas de inúmeras tentativas de fraude pelos membros da sociedade, sejam eles segurados ou não. Situações como o de segurado saudável que tenta se passar por inválido ou até mesmo por pessoas que falsificam documentos para tentar obter benefício que não fazem jus, são frequentes no âmbito previdenciário.

Entretanto, o professor Martinez explica que nem sempre as fraudes são fraudes, ocasião em que um segurado legítimo pode vir a ser taxado erroneamente como fraudador:

Também não se pode confundir falsidade (que é crime) com irregularidade, insuficiência de provas que não obsta o reforço de persuasão (falta de reconhecimento de firma, ausência de assinatura em documento, etc.) e até mesmo com interpretação equivocada, às vezes do próprio instrutor do pedido, com a fraude propriamente dita.

Afirma-se que é difícil à corregedoria interna, à auditoria ou à fiscalização a investigação exaustiva, que perseguem uma apuração científica e a certeza absoluta da falsificação alegada. E, então, sobrevêm alegações de suspeita de fraude quando, no máximo, o que pode estar havendo são irregularidades saneáveis ou não. (MARTINEZ, 2005, p. 163-165)

A falsa acusação de ser determinado segurado fraudador baseada no fato de que o documento apresentado possui erro irrisório e sanável, afeta demasiadamente a honra e moral da vítima; o professor define duas possibilidades nesses casos:

Se essa sustentação é oral, nos balcões de atendimento sem publicidade, poderá se reduzir a um constrangimento cuja intensidade variará segundo a sensibilidade de cada um, mas caso isso seja escrito nos autos ou informado por escrito, tem-se uma ofensa em potencial.

(...)

Caso o benefício tenha sido suspenso ou até cancelado, subsistirá prejuízo material e moral relevante que justifica reparação. (MARTINEZ, 2005, p.164)

A fraude deve ser combatida com fervor pela Autarquia previdenciária como forma de proteger o patrimônio dos segurados, entretanto deverá haver muita cautela por parte do

INSS para apurar realmente a existência da fraude a fim de evitar a responsabilização civil por falsa acusação.

3.3.6 Maus-Tratos ao Idoso

Infelizmente são comuns atos de maus-tratos verbais e psicológicos contra os idosos em agências do INSS; nota-se um verdadeiro despreparo dos servidores públicos que ali trabalham com o manuseio do segurado, em sua grande maioria de idade avançada e pouco instruído.

Dessa forma o Estatuto do Idoso já prevê a defesa dos idosos:

O Estatuto do Idoso introduziu princípios jurídicos em favor das pessoas com mais idade. Já na abertura da disciplina, diz que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei (art. 4º da Lei n. 10.741/03). (MARTINEZ, 2005, p.179)

Os maus-tratos podem ser cometidos por qualquer pessoa física, não só pelo servidor público, ocasião em que todos estarão obrigados a reparar civilmente o dano moral ocasionado. Entretanto, pelo fato da vítima se encontrar em uma situação especial, senão hipossuficiente em face do agressor, caberá a terceiros a constatação do dano e a ação que busque sua reparação. (MARTINEZ, 2005, p. 179-180)

A exemplo de outros cenários, este é exemplo típico de situações em que a educação dos culpados chega a superar o objetivo da compensação, porque nem sempre o idoso terá condições de beneficiar-se da reparação ou de uma pena alternativa.

Importa que as pessoas obrigadas a se relacionarem com ele tenham consciência do seu papel e que a coletividade reedue-se para respeitar os mais velhos. (MARTINEZ, 2005, p. 180)

Assim, a aplicação da responsabilidade civil no caso de maus tratos, apresenta um caráter mais punitivo e reeducativo do que o de ressarcir, indenizar o dano.

3.3.7 Suspensão e Cancelamento

A suspensão ou o cancelamento do benefício são atos legais praticados pelo INSS em caso de comprovação de fraude, má-fé ou término do fato gerador do benefício. O professor Wladimir Novaes Martinez assim os define:

Suspensão é ato cautelar, de duração provisória, cabível somente quando não causar prejuízos ao interessado e cuja duração dependerá da prova adicional que o titular terá para reforçar o convencimento do seu direito. No cancelamento ocorre a extinção definitiva do benefício, que desaparece do sistema e não se confunde com o fim natural, transformação ou desaposeição. (MARTINEZ, 2005, p.181)

Ambas as medidas constituem atos drásticos da administração pública e, portanto, devem ser feitos somente com a certeza absoluta da fraude ou, melhor ainda, “que tal decisão esteja apoiada em decisão transitada em julgado para que não ocorra culpa *in vigilando*.” (MARTINEZ, 2005, p.182).

Dessa forma, benefício suspenso inadequadamente deverá ser indenizado tanto materialmente quanto moralmente, por erro do INSS.

3.4 Análise Jurisprudencial Sobre a Responsabilidade Civil do INSS

Definidas as formas de responsabilidade do INSS, e exemplificados alguns casos onde é pertinente a reparação dos danos causados tanto matérias quanto morais, resta somente analisar a sua utilização pelos juristas e, conseqüentemente, as decisões e fundamentos dos magistrados.

Tomando por base os exemplos apresentados, é notável que a reparação material, por muitas vezes, se dá com a implantação do benefício e o pagamento dos atrasados, a questão de maior complexidade se observa quanto à aplicação do dano moral, que em sua subjetividade, fica atrelado ao livre convencimento do magistrado.

Decisões recentes, no entanto, apresentam uma posição animadora do judiciário quanto à aplicação do dano moral, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. SUSPENSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO. COMUNICAÇÃO DE ÓBITO EQUIVOCADA. RESPONSABILIDADE DO INSS CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS. 1. Apelação contra sentença que

julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais, condenando a ré ao pagamento da importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais). 2. Como é facilmente observado pelos documentos acostados aos autos, a autora não faleceu, o que evidencia o erro do INSS em cancelar o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em 01/01/2012. 3. O INSS, por sua vez, reconheceu o equívoco do cancelamento ocorrido, restabelecendo o benefício em abril de 2012. 4. A conduta estatal que causa dano à pessoa gera para esta o direito de ter o dano reparado, independentemente da existência de culpa da Administração Pública, bastando que haja nexo causal entre a conduta do estado e o dano causado. 5. Resta incontroverso o fato de que o INSS cancelou indevidamente o benefício do postulante, conduta esta que, segundo entendimento pacífico na jurisprudência pátria, mostra-se como suficiente para causar dano moral em prejuízo da parte autora, o qual, no caso, se presume. É que em se tratando de dano moral é prescindível a prova do efetivo prejuízo que, implícito na própria ofensa em si (*damnum in re ipsa*), dela decorra direta e necessariamente, conforme as regras da experiência comum. 6. Desse modo, quanto ao valor da indenização decorrente do dano moral, o pagamento do montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mostra-se excessivo, motivo pelo qual o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) mostra-se mais razoável, pois, além de sancionar o INSS pelo ilícito praticado, não representa enriquecimento sem causa, inexistindo ofensa ao art. 944, do Código Civil. 7. Precedente desta Corte: APELREEX29098/CE, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Primeira Turma, DJE 05/12/2013. 8. Apelação parcialmente provida. (TRF-5 - AC: 26764220124058400, Relator: Desembargador Federal Cesar Carvalho, Data de Julgamento: 10/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: 13/06/2014)

A jurisprudência demonstra que é aceita, quase que pacificamente, a indenização por danos morais nas ações previdenciárias, não restando qualquer dúvida quanto à aplicação da responsabilidade civil na relação jurídica entre INSS e beneficiário.

Isso não significa, porém, que todo pedido de dano moral será acolhido pelos magistrados, ficando o acolhimento atrelado à comprovação dos requisitos da responsabilidade civil: nexo de causalidade e o dano.

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSS. RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DANO MATERIAL E DANO MORAL NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA MANTIDA. I. Trata-se de apelação cível interposta contra sentença proferida em ação de rito ordinário, objetivando o recebimento de reparação por danos morais, em razão de ter sido orientado em agência do INSS no sentido de ter que efetuar contribuições para a Previdência, quando estava desempregado, o que acarretou o indeferimento de seu requerimento de seguro desemprego. 2. A reparação civil do dano moral, diversamente do que se verifica em relação ao dano patrimonial, não visa a recompor a situação jurídico-patrimonial do lesado, mas sim à definição de valor adequado, em razão de alguma das violações às dimensões da dignidade da pessoa humana, como a liberdade, a integridade físico-psíquica, a solidariedade e a isonomia, pois o fim da teoria em análise não é apagar os efeitos da lesão, mas reparar os danos. 3. A

configuração do dano moral, em várias situações, decorre apenas da prática do ato com repercussão na vítima, tratando-se de hipótese que independe de comprovação de abalo a bem jurídico extrapatrimonial. Com efeito, conforme atesta a doutrina de direito civil, os danos morais, ao contrário dos materiais, decorrem da lesão a algum dos aspectos atinentes à dignidade humana. A repercussão de tais lesões na personalidade da vítima nem sempre é de fácil liquidação. Contudo, tal é a gravidade da lesão à dignidade, segundo à ordem constitucional, que se admite presumível o dano moral pelo simples fato da lesão, independentemente da sua efetiva comprovação. 4. Na hipótese dos autos, o autor (i) não apresentou comprovação alguma de que realmente esteve em agência do INSS - e, muito menos de que foi de um servidor da autarquia que recebeu a informação equivocada"; (ii) não apresentou qualquer elemento que indique ser materialmente incorreta a decisão que indeferiu o pedido do seguro desemprego, por considerar que o requerente estava auferindo renda no período; (iii) e não trouxe aos autos qualquer documento que aponte para a existência de indébito tributário, ou seja, também não há elementos que sustentem a alegação de que os recolhimentos foram indevidos. 5. Com efeito, é essencial que a inicial da ação esteja devidamente instruída, nos termos do art. 283, do CPC, com a comprovação do fato constitutivo do direito do autor, nos termos do art. 333, I, do CPC, o que pode ser feito através de qualquer meio de prova legalmente aceito. Na hipótese, a autora não se desincumbiu de tal ônus, vez que não há nos autos qualquer documento que possa comprovar a falha na prestação de serviço pela autarquia ré. 6. O fato de um benefício previdenciário ter sido indeferido administrativamente não induz à presunção de ocorrência de dano moral, havendo a necessidade de sua demonstração. 7. Conforme orientação da doutrina e da jurisprudência, afigura-se inadequada a definição do dano moral por meio da noção de sentimento humano (dor, vexame, humilhação, ou constrangimento), como pretende o autor, sob pena de se confundir o dano com a sua (eventual) consequência. 7. Apelação conhecida e improvida. (TRF-2 - AC: 201351170003405, Relator: Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, Data de Julgamento: 30/06/2014, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 29/07/2014)

Vários são os julgados que corroboram com o entendimento expresso nas ementas apresentadas e como exemplo, podemos citar: AC 30465 SP 0030465-12.2001.4.03.9999 do TRF-3; AC: 107813 96.02.15382-2 do TRF-2, entre várias outras. Portanto, é cediço que a aplicação da responsabilidade civil só existirá se comprovados seus elementos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é o meio hábil para que sejam ressarcidos os danos injustos experimentados pelo particular e na relação previdenciária não seria diferente. A aplicação do instituto constitui avanço jurídico em favor do segurado, parte hipossuficiente da relação, buscando garantir o seus direitos.

O INSS é um órgão que tem sido desacreditado pelo segurado ante os inúmeros casos de fraude, erro e despreparo dos funcionários. Isso faz com que o segurado perca a sua esperança na autarquia e busque seu direito quase que diretamente pela via judiciária, abarrotando a Justiça Federal de ações.

Entretanto, o acesso à justiça nesses casos é prejudicial para o próprio segurado, vez que ante o exorbitante número de ações propostas, boa parte não será acolhida, gerando uma enorme carga negativa jurisprudencial na matéria, além de certa necessidade, por parte dos magistrados, de serem mais rígidos com a concessão de benefícios.

Apesar deste um cenário extremamente desfavorável, a jurisprudência aponta para a responsabilidade civil do INSS de uma forma animadora, com uma aplicação correta do instituto, de acordo com os padrões estabelecidos pela doutrina.

O trabalho demonstra, portanto, que a aplicação da responsabilidade civil deverá ser aceita nos mesmos moldes que a responsabilidade do Estado, vez que as autarquias são parte da Administração Pública indireta e possuem personalidade jurídica própria. Assim, a aplicação da responsabilidade civil deverá ser feita de forma objetiva, ou seja, sem a presença de culpa do INSS, ocasião em que a culpa servirá para atenuar ou excluir a indenização quando for atrelada aos atos da vítima.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil do INSS pode ser utilizada em vários tipos de dano que a Autarquia der causa, tanto na forma material quanto na forma exclusivamente moral, desde que demonstrado o nexo de causalidade entre o INSS e o dano e, dessa forma caberá aos operadores de direito melhor embasar seus pedidos formulando provas concretas sobre a existência da lesão.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994. 254p.

———. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 1ª ed. São Paulo, Forense Universitária, 1989. 120p.

BRASIL. **Código civil**. 52ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. (Série Legislação Brasileira)

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: promulgada em 25 de março de 1824.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>
Acesso em: 26 de agosto de 2014.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>
Acesso em: 26 de agosto de 2014.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>
Acesso em: 26 de agosto de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. 9ª ed. São Paulo, 2010. 1846p.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1988. 467p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. 1177p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª ed. aum. e atual. São Paulo, Malheiros, 2004. 559p.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo, Atlas, 2006. 823p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 28ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014. v. 7, 764p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.v.4,537p.

JULIÃO, Pedro Augusto Musa. **Curso básico de direito previdenciário**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. 217p.

JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito previdenciário**. 8ª ed. atual. e amp. São Paulo, Quartier Latin, 2010. 712 p.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 2ª ed. São Paulo, LTr, 2003. 862p.

———. **Dano moral no direito previdenciário**. 1ª ed. São Paulo, LTr, 2005. 191p.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31ª ed. São Paulo, Atlas, 2011. 551p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. atual. São Paulo, Malheiros, 2001. 782p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011. 1127p.

NORDESTE. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Civil n. 26764220124058400. Relator: Cesar Carvalho, Recife, 13 de junho de 2014. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25205182/ac-apelacao-civel-ac-26764220124058400-trf5>>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

POMPEU, Wandisa Loreto Edilberto. A proteção aos desamparados pela previdência social: a constitucionalização dos danos morais. **Rev. SJRJ**. Rio de Janeiro, v.18, n. 31. p.209-237, ago. 2011

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Civil n. 107813 96.02.15382-2. Relator: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Rio de Janeiro, 26 de junho

de 2003. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/835956/apelacao-civel-ac-107813-960215382-2>>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Civil n. 201351170003405. Relator: Carmen Silvia Lima de Arruda, Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226667/ac-apelacao-civel-ac-201351170003405-trf2>>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Civil n. 30465 SP 0030465-12.2001.4.03.9999. Relator: Nery Junior, São Paulo, 21 de março de 2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23117238/apelacao-civel-ac-30465-sp-0030465-1220014039999-trf3>>. Acessado em: 17 de outubro de 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil: responsabilidade civil**. 7ª ed. atual. São Paulo, Atlas, 2007. 321p.