

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO**  
**ADMINISTRATIVA**

**CATARINA CÂMARA MOSTAVENCO**

**RIO DE JANEIRO**

**2017 / 2º semestre**

**CATARINA CÂMARA MOSTAVENCO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO  
ADMINISTRATIVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Mestre em Direito e Doutor em Direito Público.**

**RIO DE JANEIRO**

**2017 / 2º semestre**

## CIP - Catalogação na Publicação

C915r Câmara Mostavenco, Catarina  
Responsabilidade civil do Estado por omissão  
administrativa / Catarina Câmara Mostavenco. -- Rio  
de Janeiro, 2017.  
84 f.

Orientador: Fábio Corrêa Souza de Oliveira.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. responsabilidade civil do Estado . 2. omissão  
administrativa. 3. teorias subjetiva e objetiva. I.  
Corrêa Souza de Oliveira, Fábio, orient. II. Título.

**CATARINA CÂMARA MOSTAVENCO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO  
ADMINISTRATIVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Mestre em Direito e Doutor em Direito Público.**

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_ Orientador

\_\_\_\_\_ Membro da Banca

\_\_\_\_\_ Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO**

**2017 / 2º semestre**

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente, agradeço a Deus, por ser minha força e meu norte ao longo da vida.

Agradeço aos meus pais, Reinaldo e Patrícia, pela dedicação integral à minha formação, não só profissional, mas também como ser humano. À minha irmã, Giovana, pela amizade, apoio e incentivo em todos os momentos. Sem eles, nada disso seria possível.

Ao meu namorado, Renan, pelo companheirismo e por me fazer acreditar em mim mesma nas horas difíceis.

Às minhas amigas, por tornarem essa jornada mais fácil e divertida.

A esta instituição, da qual me orgulho tanto, por ter me trazido experiências e ensinamentos que levarei para sempre comigo.

Por fim, e não menos importante, agradeço aos meus professores e ao pessoal do estágio no MPF, por serem minha referência profissional.

## **RESUMO**

O presente trabalho monográfico tem como objetivo tratar da responsabilidade civil do Estado por comportamentos omissivos no âmbito da Administração Pública, com especial enfoque na discussão acerca da incidência da responsabilidade objetiva ou subjetiva em tais casos. Para tanto, serão analisados pontos relevantes para a compreensão do tema, tais como o conceito de responsabilidade civil, sua evolução histórica, o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro, os fundamentos das responsabilidades subjetiva e objetiva do Estado, bem como hipóteses de exclusão ou atenuação destas. Em sequência, será abordada a questão da responsabilidade civil estatal por atos omissivos, examinando-se os posicionamentos atuais da doutrina e jurisprudência, onde reside grande divergência acerca da admissibilidade ou não da responsabilidade objetiva do ente público. Pretende-se, portanto, rechaçar a ideia de que as condutas omissivas estatais que gerem danos a terceiros devem ser regidas pela teoria objetiva, já que, em todo caso, é necessária a análise da culpa, devendo ser a responsabilidade administrativa, subjetiva.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado; Omissão no âmbito administrativo; Responsabilidade subjetiva; Responsabilidade objetiva; Divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

## **ABSTRACT**

The objective of this monographic work is to deal with the civil responsibility of the State for omissive behaviors in the Public Administration, with special focus on the discussion about the incidence of objective or subjective liability in such cases. In order to do so, we will analyze relevant points to understand the theme, such as the concept of civil responsibility, its historical evolution, the treatment conferred by the Brazilian legal system, the basis of the subjective and objective responsibilities of the State, as well as hypotheses of exclusion or mitigation of these. In a sequel, the issue of state civil liability for omissive acts will be addressed by examining the current positioning of doctrine and jurisprudence, where there is great disagreement as to the admissibility or otherwise of the objective responsibility of the public entity. It is therefore intended to reject the idea that omissive state conduct that damages third parties must be governed by objective theory, since, in any case, it is necessary to analyze the fault, and it must be responsibility administrative, subjective.

Keywords: Civil liability of the State; Administrative omission; Subjective responsibility; Objective responsibility; Doctrinal and jurisprudential divergences.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</b> .....	<b>10</b>
1.1 Conceito .....	10
1.2 Evolução histórica .....	12
1.2.1 A irresponsabilidade do Estado .....	13
1.2.2 Teoria da responsabilidade com culpa do Estado .....	14
1.2.3 Teoria da culpa administrativa .....	15
1.2.4 Teoria da responsabilidade objetiva .....	16
<b>2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	<b>19</b>
2.1 Responsabilidade nas Constituições anteriores e no atual Código Civil .....	19
2.2 Teoria aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. Análise do art. 37, §6º, da Constituição Federal .....	21
<b>3. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</b> .....	<b>27</b>
3.1 Responsabilidade objetiva .....	27
3.2 Responsabilidade subjetiva.....	31
3.3 Excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado .....	33
3.3.1 Força Maior e Caso Fortuito .....	35
3.3.2 Culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro .....	38
3.3.3 Culpa concorrente da vítima ou de terceiro.....	39
3.4 Ação Indenizatória .....	41
3.4.1 O pólo passivo nas ações de responsabilização civil do Estado .....	43
3.4.2 Direito de regresso .....	46
<b>4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO ADMINISTRATIVA</b> .....	<b>48</b>
4.1 A relevância jurídica do ato omissivo estatal.....	48
4.2 Análise Jurisprudencial .....	50
4.3 Entendimento doutrinário .....	60
4.4 Análise crítica: Fundamentos para a responsabilidade subjetiva estatal pela prática de atos omissivos .....	66
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>78</b>

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>80</b>
---	-----------



## INTRODUÇÃO

A noção de responsabilidade está relacionada com a ideia de resposta, isto é, aquele que, por meio de determinado comportamento, causou danos a terceiros, deve obter uma resposta, como consequência de sua conduta. Assim ensina José Santos Carvalho Filho, apoiando-se nas lições de Antônio Queiroz Telles: “a noção de responsabilidade implica a idéia de resposta, termo que, por sua vez, deriva do vocábulo verbal latino *respondere*, com o sentido de responder, replicar”<sup>1</sup>.

A responsabilidade pode emanar nos âmbitos administrativo, penal ou cível, a depender da natureza da norma jurídica tida por violada. Todavia, considerando a autonomia dos dispositivos legais, as responsabilidades daí decorrentes também serão independentes. É possível, entretanto, que a conduta deflagre a responsabilidade em todos os três campos do direito ora mencionados<sup>2</sup>. Este trabalho se limitará a tratar da responsabilidade civil na seara administrativa.

Tal responsabilidade pode ser oriunda da violação de determinado contrato, ocasião que é intitulada como responsabilidade contratual do ente administrativo, ou pode decorrer da própria atividade do Poder Público, especialmente nos casos de ações ou omissões do Estado ensejadoras de danos a terceiros. Nesta última hipótese, está-se diante da responsabilidade extracontratual da Administração.

Significa dizer que, embora não haja nenhuma contratação direta e formal entre o Poder Público e os administrados, o Estado, no exercício de suas funções, deve garantir a segurança e integridade patrimonial e extrapatrimonial daqueles. Nesta perspectiva, e considerando a Administração Pública como atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação

---

<sup>1</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 485.

<sup>2</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, pp. 485-486.

de interesses públicos<sup>3</sup>, toda ação ou omissão administrativa que vier a causar prejuízos a particulares deve estar sujeita à responsabilização civil.

No direito civil, para a configuração da responsabilidade, faz-se imperioso que estejam comprovados o comportamento ilícito, o dano, a relação de causalidade entre estes e a culpa em sentido amplo. No que concerne ao direito administrativo, como regra, é irrelevante que se constate a ilicitude do ato. O Estado responderá mesmo por ações lícitas que lesionem a esfera jurídica alheia, sendo desnecessária a existência ou não de culpa. Em relação, especificamente, às omissões do Poder Público, somente haverá responsabilidade nos casos de contrariedade à ordem jurídica, de ilicitude.

Como será exposto, há grande discussão acerca da necessidade ou não da análise da culpa nos comportamentos omissivos da Administração para que haja o dever de reparação. Em que pesem as inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, será defendida a possibilidade de responsabilização do Estado por omissão, apenas quando comprovada a culpa em sentido amplo do ente administrativo.

Para o desenvolvimento da referida tese, serão examinados o conceito de responsabilidade civil, bem como sua evolução histórica, o caso específico da responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e os fundamentos da responsabilidade estatal. Por fim, será estudado o objeto do presente trabalho, qual seja, a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas.

Neste ponto, serão analisadas as discussões nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial bem como os argumentos aduzidos pelos que sustentam a admissibilidade da responsabilidade subjetiva da Administração por inatividade e pelos que defendem que, em tais casos, a responsabilidade deve ser objetiva. Após, será realizado exame crítico da controvérsia, expondo-se os fundamentos para rechaçar a responsabilidade objetiva estatal pela prática de atos omissivos, defendendo-se que, em tais casos, a responsabilidade deve ser subjetiva.

---

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 125.

A pesquisa fará uso do método hipotético-dedutivo e propõe a comparação entre as teorias objetiva e subjetiva por comportamentos omissivos do Estado que resultem danos a terceiros.

A técnica de pesquisa a ser utilizada é a análise da legislação, doutrina e jurisprudência, por meio das quais se pretende defender que a responsabilidade objetiva pela prática de condutas omissivas do ente público caracteriza um novo arranjo jurídico que não altera os parâmetros anteriores para responsabilização do Estado.

Para tanto, pauta-se, especialmente, nas colaborações dos juristas José dos Santos Carvalho Filho, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Diogenes Gasparini, Maria Sylvia Di Pietro, Alexandre dos Santos Aragão, Sérgio Cavalieri Filho, dentre outros, bem como nos julgados emanados das Cortes Suprema e Superior, do Tribunal Regional Federal da Segunda Região e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

## 1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 1.1 Conceito

Em linhas gerais, a responsabilidade extracontratual do Estado é ordinariamente concebida como a obrigação de reparar os danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos<sup>4</sup>. A seguir, serão abordados os principais elementos, tais como os sujeitos do cenário, a distinção entre responsabilidade civil e sacrifício de direito e os fundamentos da responsabilidade estatal, a fim de que haja melhor compreensão e delimitação tema.

Inicialmente, é preciso esclarecer que, de acordo com os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, o Estado é uma ficção jurídica, insuscetível, portanto, de causar danos a quaisquer pessoas. Os danos são causados por agentes públicos, pessoas físicas, e imputados ao Estado<sup>5</sup>. Desta forma, a expressão “danos causados pelo Estado”, deve ser compreendida como um comportamento dos agentes do Estado, que resultou num mau funcionamento do serviço público.

Assim, o cenário concernente à responsabilidade civil do Estado é composto por três sujeitos: o Estado, o lesado e agente público. Como será visto, a legislação pátria impõe que o Estado seja civilmente responsabilizado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, incumbindo-lhe a reparação de tais lesões e o pagamento da correspondente indenização, sem prejuízo de eventual ação de regresso em face do real causador do dano.

Como ensina Diogenes Gasparini, está-se diante da responsabilidade extracontratual do Estado, que se distingue da responsabilidade estatal oriunda de contratos administrativos<sup>6</sup>. De acordo com o autor, a diferença é que, enquanto as consequências do descumprimento de cláusulas contratuais estão previstas no próprio contrato do qual a Administração Pública faz

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 618.

<sup>5</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 495.

<sup>6</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.025.

parte, os danos decorrentes da atividade estatal são reparados por meio de indenização, que consiste na responsabilidade extracontratual do Estado ou responsabilidade civil do Estado.

Vale destacar, ainda, que a responsabilidade civil do Estado não pode ser confundida com sacrifício de direito, conforme aduz Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup>. De acordo com o autor, há situações em que o Poder Público tem a obrigação de indenizar pelo legítimo exercício de poderes contra terceiros. Exemplo disso é a desapropriação, em que o Estado, amparado pelo Poder de Império, pode tomar para si a propriedade privada, oferecendo contrapartida pecuniária ao particular. Tal situação é evidenciada pelo sacrifício de direito do administrado, razão pela qual este faz jus à indenização.

Ultrapassadas tais considerações, será analisada a responsabilidade civil do Estado quando este, no exercício das funções legislativa, judiciária e executiva, lesionar direito alheio, seja por ato lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, sendo devida, em todo caso, a reparação civil por meio de indenização. Ao longo desta obra, será dado maior enfoque aos danos ocasionados no âmbito do Poder Executivo, especificamente àqueles resultantes de uma omissão estatal.

É importante ressaltar que os danos causados pela atividade estatal não precisam ser sempre ilícitos para que se possa falar em ressarcimento da pessoa prejudicada. Pelo contrário, é possível que atos lícitos do Poder Público ensejem a responsabilidade civil do Estado. Neste sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>8</sup>:

“cabará falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, indiretamente, como simples consequência – não como sua finalidade própria –, a lesão a um direito alheio”.

Significa dizer que existem casos em que não há sacrifício de direito do administrado. De acordo com o referido autor, o Estado exerce seus poderes legitimamente, em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio e, ainda sim, causa, indiretamente, prejuízo a terceiros. Isso ocorre porque há um risco inerente à própria atividade estatal. Assim, mesmo que se busque,

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 924.

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 925.

com as funções administrativas, alcançar a ordem e bem-estar social, é possível que neste caminho haja a lesão de direitos dos jurisdicionados.

Para elucidar, suponha-se um ato administrativo que determina, legitimamente, o nivelamento de uma rua. Procedido este, com todas as cautelas e rigores técnicos, algumas casas ficaram, inevitavelmente, abaixo do nível da rua, com prejuízos manifestos aos proprietários. A situação hipotética demonstra que o objetivo do Poder Público não era o sacrifício de um direito, tal como ocorre na desapropriação. Todavia, o ato público legítimo ocasionou danos aos administrados, nascendo a obrigação de indenizar para o Estado.

De acordo com Diogenes Gasparini, a responsabilidade civil do Estado decorrente de danos causados por atos lícitos possui como fundamento o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados<sup>9</sup>. Ou seja, muito embora o ato administrativo lícito (como o nivelamento de rua) seja de interesse público, os danos dele decorrentes são de responsabilidade de toda a comunidade. Sendo assim, será devida indenização ao prejudicado, cuja verba é oriunda dos tributos pagos por todos os administrados, inclusive por aquele que sofreu o dano.

Por outro lado, se o Estado agir de forma contrária ao ordenamento jurídico, o prejuízo causado será decorrente de um ato ilícito e a responsabilidade estatal terá como fundamento a própria violação da legalidade.

De toda sorte, pode-se dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>10</sup>.

## 1.2 Evolução histórica

---

<sup>9</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.026.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 923.

### 1.2.1 A irresponsabilidade do Estado

Em meados do século XIX, a ideia que norteava os ordenamentos jurídicos era a da irresponsabilidade do Estado perante os atos praticados por seus agentes. Como regra, a disciplina de responsabilidade civil era aplicável tão somente aos sujeitos privados, no exercício ou não de funções estatais, quando o ato lesivo pudesse ser atribuído diretamente a ele.

Neste momento, prevaleciam os ideais do Estado liberal, que pouco intervia nas relações entre os particulares. O Estado como ente intangível aproximava-se a figura do monarca, insuscetível de causar danos a outrem (*The King can do no wrong*, em nossa língua: “o rei não pode fazer mal” ou “o rei não erra”).

A ideia de responsabilidade dos agentes públicos em lugar da responsabilidade do Estado foi consagrada, no Brasil, na Constituição de 1824, ressalvado o Imperador, que não estava submetido a qualquer responsabilidade.

Todavia, existiam alguns – raros – casos em que existia a obrigação de indenizar os administrados, a exemplo da lei francesa que determinava a recomposição patrimonial por danos oriundos de obras públicas e da que acolhia a responsabilidade por danos resultantes de atos de gestão do domínio privado do Estado, como ressalta o autor Diogenes Gasparini<sup>11</sup>.

Atualmente, a teoria da irresponsabilidade do Estado foi superada. Os últimos países a abandonar tal doutrina foram os Estados Unidos, em 1946, e a Inglaterra, em 1947. A figura do Estado inatingível foi substituída pelo Estado de Direito, sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica<sup>12</sup>.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, modernamente, “todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.028.

<sup>12</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 488.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 876.

### 1.2.2 Teoria da responsabilidade com culpa do Estado

Abandonada a teoria da irresponsabilidade do Estado, surgiu a ideia de responsabilidade do Estado, contanto que comprovada a culpa *lato sensu* (dolo e culpa *stricto sensu*) de seus agentes. Assim, passava-se a adotar a doutrina civilista da culpa.

O fundamento desta teoria é que o Estado é o defensor do interesse público, e, portanto, estaria sempre dentro da legalidade. Quem pode agir de forma ilícita é o agente, razão pela qual deve ser demonstrada sua culpa.

Segundo Diogenes Gasparini, os conceitos de dolo e culpa, aqui, são os mesmos do Direito Privado, sendo considerado, portanto, o dolo, como vontade livre e consciente de se praticar ato contrário ao direito e, a culpa, como negligência, imprudência ou imperícia<sup>14</sup>. Em qualquer caso, aquele que causa o dano por um comportamento eivado de dolo ou de culpa *stricto sensu*, é obrigado a indenizar a pessoa que teve seu direito lesado.

Sendo assim, de acordo com esta doutrina, o Estado é responsável e obrigado a indenizar sempre que seus agentes agirem com dolo ou culpa. Para tanto, tomou relevância a seguinte distinção de atos estatais: atos de império e atos de gestão.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, enquanto os atos de império, emanados do próprio poder soberano do Estado e impostos coercitivamente aos administrados não eram sujeitos à responsabilidade estatal, os atos de gestão estavam adstritos à disciplina da responsabilidade civil, existindo a obrigação do Estado de indenizar os prejudicados por danos decorrentes de tais atos<sup>15</sup>.

Ocorre que os lesados por danos decorrentes dos atos estatais possuíam grande dificuldade para distinguir o que seriam atos de gestão e o que seriam atos de império, e, por conseguinte, em que hipóteses seria cabível indenização pelo prejuízo sofrido. A par disso, a jurisprudência discriminava as faltas dos agentes relacionadas à função pública daquelas que nada tinham a ver com a atividade.

---

<sup>14</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.029.

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, pp. 619-620.



Como é possível notar, esta nova doutrina nada mais fez do que atenuar a antiga tese de irresponsabilidade estatal, na medida em que cria um escudo para o Estado quando se trata de atos de império, bem como causa manifesta insegurança jurídica para os jurisdicionados.

Não obstante, a responsabilidade com culpa do Estado foi acolhida pelo nosso Código Civil de 1916 e vigorou até o advento da Constituição de 1946, momento em que passou a conviver com a teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria da responsabilidade objetiva, como será visto a seguir.

### 1.2.3 Teoria da culpa administrativa

A teoria da culpa administrativa, culpa do serviço ou culpa anônima (*faute du service* para os franceses, cuja tradução é “falta do serviço” ou “ausência do serviço”) representou um avanço no estudo da responsabilidade civil do Estado. Isso porque o ônus de o administrado provar a culpa *lato sensu* do agente público para que houvesse a devida reparação do dano deixou de existir, sendo necessário comprovar apenas o dano e a culpa do serviço para que o Estado pudesse ser responsabilizado.

Em linhas gerais, ocorre a falta do serviço sempre que este não funciona (não existe, devendo existir), funciona mal (devendo funcionar bem) ou funciona atrasado (devendo funcionar em tempo). Verificada a falta do serviço, resta comprovada a culpa da Administração e, por conseguinte, a responsabilidade estatal.

Para Hely Lopes Meirelles, a teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 626.

Ao contrário da doutrina civilista da culpa, em que o particular era obrigado a comprovar o dolo ou culpa do agente público para que o Estado fosse responsabilizado, aqui, para a obtenção de indenização, faz-se necessário demonstrar, além do dano, a culpa administrativa, consubstanciada na falta objetiva do serviço (não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento fora do tempo), como sustenta Diogenes Gasparini<sup>17</sup>.

Ainda que este estágio da responsabilidade civil estatal se mostrasse menos oneroso para os jurisdicionados, incumbia-lhes comprovar a existência de culpa para que se alcançasse a reparação dos danos, razão pela qual a teoria da culpa administrativa ainda não atendia aos ideais de justiça aspirados pelo povo.

#### **1.2.4 Teoria da responsabilidade objetiva**

A teoria da responsabilidade civil do Estado sem culpa, responsabilidade objetiva do Estado ou teoria do risco administrativo surge à luz das decisões do Conselho de Estado francês e representa uma evolução ainda maior no que diz respeito ao tema, tendo em vista a ampliação da proteção do administrado.

A teoria da responsabilidade objetiva preconiza que, para que haja a responsabilidade estatal, deve ser demonstrado, tão somente, o nexo causal entre o comportamento do Poder Público que gerou dano e o dano propriamente dito. Explica-se: não se exige mais a culpa do agente público ou do serviço, sendo suficiente a prova de que houve lesão à esfera jurídica de terceiros e que tal dano adveio de um comportamento, comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito do Estado.

Em contrapartida, pode o Estado demonstrar em juízo que existiu ou existiram causas atenuantes ou excludentes de sua responsabilidade, tais como a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior e o fato de terceiro. Tais circunstâncias, conforme seja o caso, podem atenuar a responsabilidade do Estado ou mesmo eximi-lo da obrigação de reparar o dano.

---

<sup>17</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.030.

Importa ressaltar que alguns doutrinadores tratam como sinônimas as teorias do risco administrativo e do risco integral, enquanto que outra parte da doutrina faz a distinção entre ambos, ou mesmo, rejeita completamente a teoria do risco integral. Neste ponto, destaca Diogenes Gasparini<sup>18</sup>:

“por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade”.

Deste modo, nota-se que, enquanto a teoria do risco administrativo permite a produção de provas capazes de atenuar ou elidir a responsabilidade do Estado, para a teoria do risco integral, haverá a responsabilidade estatal independentemente da existência de circunstâncias que isentem o Poder Público do dever de reparar o dano. De acordo com esta teoria, haverá a responsabilidade do Estado independentemente da existência do nexo de causalidade (entre o comportamento lícito ou ilícito dos agentes públicos e o dano).

Para Hely Lopes Meirelles, a teoria do risco compreende as modalidades “risco administrativo” e “risco integral”. O referido autor destaca o seguinte<sup>19</sup>:

“a teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, todavia, sistema jurídico pátrio abraça a teoria do risco integral no que concerne aos danos ambientais<sup>20</sup>, por força dos artigos 225, §3º, da CF, e art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81.

Há posicionamentos, também, de que a teoria do risco integral é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro quando se estiver diante de danos nucleares, com respaldo no art. 21, XXIII, da CF, e danos causados por ato terrorista em aeronave de matrícula brasileira (lei nº 10.309/01 e lei nº 10.744/03).

---

<sup>18</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.031.

<sup>19</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 612.

<sup>20</sup> Precedentes: STJ - REsp 1.374.284 MG 2012/0108265-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/08/2014, Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 05/09/2014.

Não obstante tais divergências, em relação ao fundamento, ensina José dos Santos Carvalho Filho que a responsabilidade objetiva se justifica pela grandiosidade do Estado frente ao cidadão<sup>21</sup>. Como é sabido, são conferidos poderes e prerrogativas ao Estado essenciais ao exercício da função pública e defesa dos interesses da coletividade. O administrado, por outro lado, tem posição de subordinação, ainda que também possua proteção legal.

Logo, passou-se a considerar que o Estado, por ser mais poderoso, deveria arcar com um risco natural decorrente de suas atividades. A maior quantidade de poderes e funções corresponde a um maior risco de se causar prejuízos a outrem. Assim, a teoria objetiva visa conferir maior proteção ao jurisdicionado, diminuindo os obstáculos para que este obtenha a devida reparação dos danos oriundos da própria atividade estatal.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão, os dois principais fundamentos da responsabilidade civil dos entes públicos são o princípio do Estado de Direito, pelo qual todos estão sujeitos às regras do ordenamento jurídico, inclusive o próprio Estado, razão pela qual todos devem indenizar as violações de direito cometidas, e o princípio da igualdade, da solidariedade social ou da repartição dos encargos sociais, pelo qual apenas uma ou algumas pessoas não podem ficar individualmente oneradas por prejuízo a elas infringido para beneficiar todos os membros da coletividade<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 490.

<sup>22</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 561.

## **2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Inicialmente, é importante repisar que todas as teorias supramencionadas são amplamente acolhidas por diversos Estados, com exceção da teoria da irresponsabilidade e da teoria do risco integral, esta última aplicável em hipóteses excepcionais em nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, inobstante as controvérsias acerca do tema, sempre que se estiver diante de uma conduta omissiva do Poder Público, incidirá a teoria da culpa administrativa, isto é, será necessária a comprovação da culpa para que o prejudicado obtenha a devida reparação civil dos danos. Por outro lado, a teoria do risco administrativo deverá ser observada quando se estiver diante de uma conduta comissiva estatal, sendo preciso demonstrar, tão somente, o dano e a relação causal entre este e o ato administrativo para a configuração da responsabilidade.

### **2.1 Responsabilidade nas Constituições anteriores e no atual Código Civil**

As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 não previam a responsabilidade do Estado, apenas a do agente público, nos casos de abuso e omissão no exercício de suas funções, conforme leciona Maria Sylvia da Pietro<sup>23</sup>. Todavia, existiam algumas leis infraconstitucionais que determinavam a responsabilidade do Estado, a exemplo dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas e pelos serviços do correio. Para a jurisprudência, havia, nestes casos, solidariedade entre o ente público e os agentes do Estado.

Em sequência, segundo a referida autora, a Constituição de 1934 acolheu a posição jurisprudencial da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário. De acordo com o art. 171 do referido diploma, os funcionários são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes da negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. Tal norma foi repisada na Carta Constitucional de 1937.

---

<sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 622.

A partir da Constituição de 1946, passou-se a adotar a teoria do risco administrativo no ordenamento jurídico pátrio. Nos termos do art. 194, “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. De acordo com o parágrafo único, será cabível ação de regresso em face do real causador do dano, quando este tiver culpa.

A Constituição de 1967 reitera o teor do diploma constitucional anterior, acrescentando que será cabível a ação regressiva não somente quando houver culpa, mas também quando estiver presente o dolo.

A doutrina da responsabilidade objetiva permanece espelhada no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Em relação ao Código Civil de 1916, a teoria acolhida foi a da responsabilidade com culpa do Estado, à vista da redação do artigo 15:

“as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”.

Tal norma conduzia à ideia de que seria necessário demonstrar a culpa do agente público para que houvesse a responsabilidade estatal, conforme aduz José dos Santos Carvalho Filho<sup>24</sup>. Todavia esta compreensão não era unânime. A imprecisão da redação do dispositivo fez com que alguns doutrinadores defendessem o acolhimento da teoria objetiva pelo Código.

O atual Código Civil Brasileiro, por sua vez, corrigiu a imprecisão do anterior, determinando, no art. 43, que:

“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

---

<sup>24</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 490.

O parágrafo único do artigo 927 do atual Código Civil, por sua vez, determina que: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Como se pode notar, a lei civil abraçou a teoria do risco administrativo, tal como a Constituição de 1988. No entanto, não acompanhou a evolução do diploma constitucional, na medida em que não faz referências às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Importa frisar, ainda, as lições de Alexandre dos Santos de Aragão, no que concerne a outros fundamentos da responsabilidade civil objetiva do Estado pela prestação de serviços públicos. Assim assevera o autor<sup>25</sup>:

“Nota-se que o caráter objetivo da responsabilidade pela prestação de serviços públicos em sentido estrito (não qualquer atividade administrativa) pode fundamentar-se, hoje, não apenas no art. 37, §6º, CF, mas também, pelo simples fato de serem serviços, no art. 12 do CDC (responsabilidade pelo fato do produto e do serviço) e no art. 927, parágrafo único, do Código Civil (responsabilidade objetiva das atividades de risco)”.

## **2.2 Teoria aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. Análise do art. 37, §6º, da Constituição Federal**

Pela análise do atual comando normativo do art. 37, §6º, da Constituição de 1988, José dos Santos Carvalho Filho aduz uma duplicidade de relações jurídicas. Inicialmente, há a relação entre o Estado e o lesado<sup>26</sup>. Neste momento, fala-se na responsabilidade objetiva estatal, sendo preciso demonstrar apenas o dano e o nexos causal. Na segunda parte da norma, há a relação entre o Estado e o agente público. Aqui, o dispositivo versa sobre a ação de regresso e a responsabilidade subjetiva do agente público, isto é, é preciso que o Poder Público demonstre, além do dano e nexos causal, o dolo ou a culpa.

---

<sup>25</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 558.

<sup>26</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 496.

O dispositivo constitucional pôs fim às discussões doutrinárias acerca da extensão da responsabilidade a pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Estão classificadas nessa categoria as pessoas privadas da Administração Indireta (fundações com personalidade de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista), bem como concessionários e permissionários de serviços públicos, estes expressamente referidos no art. 175 da Constituição Federal, a exemplo das empresas de transporte coletivo, de fornecimento de água e de distribuição e fornecimento de energia elétrica, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>27</sup>.

Para melhor compreensão do tema, vale ressaltar a seguinte definição de serviços públicos trazida por Hely Lopes Meirelles<sup>28</sup>: “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

O consagrado jurista, Sérgio Cavaliéri Filho, por seu turno, ressalta a distinção entre empresas que executam atividade econômica e empresas prestadoras de serviço público<sup>29</sup>:

“as primeiras - Petrobrás, Banco do Brasil, etc. - estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, só sendo permitido ao Estado explorá-las quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (Constituição, art. 173 e § 12). As segundas, empresas prestadoras de serviços públicos - Metrô, Rede Ferroviária Federal, Transportes Aéreos, Telefonia etc. -, estão sujeitas ao regime do Direito Público, incidindo então o art. 175 da Constituição. É que o serviço público, embora prestado por entidade privada, preserva a sua natureza estatal; a titularidade continua sendo da entidade pública - União, Estado ou Município - que recebeu da Constituição competência para explorá-lo (arts. 21, XI e XII; 25, § 22 ; 30, V)”.

No que concerne à responsabilidade primária e subsidiária do Estado, José dos Santos Carvalho Filho ensina que a primeira nasce quando o dano for causado por agentes que atuem na Administração Direta, enquanto que a segunda surge quando o dano for causado por agentes que atuem na Administração Indireta, em concessionárias e permissionárias de serviços públicos ou em empresas que executem obras e serviços públicos por força de contratos

---

<sup>27</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 493.

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 311.

<sup>29</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 272.



administrativos. Neste último caso, haverá responsabilidade do Estado sempre que tais entidades não cumprirem com a obrigação de reparar o dano<sup>30</sup>.

O autor destaca, ainda, a possibilidade de responsabilidade solidária do Poder Público com pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos quando a Administração concorrer com a pessoa responsável para o resultado danoso<sup>31</sup>.

Em relação às pessoas de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos), segundo José dos Santos Carvalho Filho, em razão de seu caráter eminentemente social, que as qualifica como serviço público, e do vínculo com o Estado, tendo em vista a criação de leis autorizadas do funcionamento de tais entidades, vinculando-as a objetivos institucionais, é possível considerar que também estão sujeitas à responsabilidade objetiva atribuída ao Poder Público<sup>32</sup>.

No que tange às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público, entidades de direito privado que se associam ao Poder Público em regime de parceria, há divergências quanto à incidência da responsabilidade prevista no art. 37, §6º, da CF. José dos Santos Carvalho Filho assevera que, em que pese a existência de elementos de vinculação jurídica ao Estado, a responsabilidade de tais entidades é subjetiva e regulada pelo Código Civil. Isso porque esses entes não têm fins lucrativos e sua função é a de auxílio à Administração para melhorar o resultado de certas atividades de interesse público<sup>33</sup>.

É importante analisar, ainda, a responsabilidade do Estado por dano causado por obra pública executada por empreiteira privada. Neste caso, o professor Alexandre dos Santos de Aragão sustenta que<sup>34</sup>:

“pelo fato em si da obra, mesmo que lícito, a responsabilidade é diretamente do Estado (...)”. E prossegue: “mas se o dano não decorrer da obra em si, porém da sua má

---

<sup>30</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 505.

<sup>31</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 505.

<sup>32</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 494.

<sup>33</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 494.

<sup>34</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 564.

execução pelo empreiteiro (ex.: detritos da obra que foram lançados contra janela de vidro de apartamento em razão de não ter sido colocada a rede de proteção adequada), a responsabilidade, no caso subjetiva, será do empreiteiro, respondendo o Estado apenas subsidiariamente”.

Em síntese, as pessoas jurídicas de direito privado serão responsáveis apenas quando estiverem prestando serviços públicos em sentido estrito. Maria Sylvia Zanella di Pietro destaca a necessidade de que tais entidades prestem efetivamente serviço público, excluindo as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada. Deste modo, ressalta que “em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, não se aplicará a regra constitucional, mas a responsabilidade disciplinada pelo direito privado, quando não desempenharem serviço público”<sup>35</sup>.

Por outro lado, o Estado responderá por danos causados a terceiros por quaisquer de suas atividades, não apenas pelos serviços públicos. O professor Alexandre Santos de Aragão faz uma ressalva quanto às atividades econômicas exploradas pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada, pois a responsabilidade objetiva dessas estatais as colocaria em desvantagem diante de seus concorrentes privados (art. 173, §1º, da CF)<sup>36</sup>.

A Constituição estendeu a responsabilidade objetiva para as entidades privadas prestadoras de serviços públicos por uma razão muito simples: as funções públicas exercidas pelas pessoas jurídicas de direito privado incumbem ao Estado. Com efeito, se tais serviços são delegados a terceiros pelo próprio Poder Público, não seria justo nem correto que a só delegação tivesse o efeito de afastar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação do dano sofrido pelos administrados.

Além disso, para que haja a responsabilidade estatal, à luz da norma constitucional, é de extrema valia que haja nexos causal entre a atividade executada pela pessoa jurídica de direito público ou o serviço público prestado pela pessoa jurídica de direito privado e o dano causado a terceiros. Sem a relação de causalidade entre os referidos elementos, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado.

---

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 624.

<sup>36</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 563.

É importante destacar também que o dano deve ser causado por um comportamento de um agente das aludidas pessoas jurídicas, abrangendo os agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração. O termo “agente” deve ser entendido no sentido amplo, não se confundido com servidor público, como ressalta José dos Santos Carvalho Filho<sup>37</sup>. Este último envolve uma relação permanente de trabalho entre o indivíduo e o Estado. O servidor é um agente do Estado, mas existem outros agentes além dos servidores.

Nos termos do art. 2º, da Lei nº 8.429/92, reputa-se agente público toda pessoa física que exerce, transitória ou permanentemente, com ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou nas entidades de suas respectivas Administrações Indiretas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, deve-se considerar que agentes são todos aqueles cuja vontade é imputada ao Estado. Nestes termos assenta o autor<sup>38</sup>:

“na noção de agentes estão incluídas todas aquelas pessoas cuja vontade seja imputada ao Estado, sejam elas dos mais elevados níveis hierárquicos e tenham amplo poder decisório, sejam elas os trabalhadores mais humildes da Administração, no exercício das funções por ela atribuídas”.

José dos Santos Carvalho Filho segue a mesma orientação, aduzindo que estão compreendidos no conceito de agentes públicos todas as pessoas cuja vontade seja imputada ao Estado, a exemplo dos membros dos Poderes da República, os servidores administrativos, os agentes sem vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem remuneração e todos aqueles que estejam juridicamente vinculados ao Estado<sup>39</sup>.

A par disso é preciso que o agente, ao causar o dano, aja **nesta qualidade**, isto é, no exercício das suas funções. Assim, se o preposto estatal, em sua vida privada, causar dano a outrem, sua responsabilidade será pessoal e regida pelo Direito Civil.

---

<sup>37</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 495.

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 443.

<sup>39</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 495.

Sob outro aspecto, é preciso que a ação estatal ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público cause dano à terceiro, entendidos como particulares ou mesmo outra entidade pública.

Neste ponto, há quem acredite que o comando constitucional do art. 37, §6º, no que se refere à responsabilidade objetiva dos entes privados prestadores de serviços públicos, somente incidirá quando o dano for perpetrado em face dos usuários, excluídos terceiros que sofrerem prejuízo. Isso porque somente os usuários são os titulares do direito à adequada prestação de serviço. Logo, as pessoas jurídicas de direito privado deveriam responder objetivamente somente quando o dano for causado a estas pessoas. Caso o prejuízo seja sofrido por terceiro, não haveria que se falar em responsabilidade objetiva.

Tal tese não merece prosperar, como sustenta José dos Santos Carvalho Filho, já que o referido dispositivo, ao determinar a responsabilidade objetiva do Estado e dos entes privados prestadores de serviços públicos não faz distinção quanto à incidência desta, deixando claro que haverá a obrigação de indenizar quando for causado dano a terceiros, independentemente de dolo ou culpa. Ademais, de acordo com o autor, é preciso considerar que, ao receber a delegação do serviço público, as pessoas privadas atuam como se Estado fossem, sendo descabida a restrição da responsabilidade objetiva apenas quando se tratar de danos causados aos usuários<sup>40</sup>.

Ante o exposto, de acordo com o art. 37, §6º, da Constituição Federal, adota-se, em regra, a teoria do risco administrativo. Significa dizer que a responsabilidade do Estado é objetiva, e, por conseguinte, independe da demonstração da culpa *lato sensu* para que haja o dever de indenização. Configurada a responsabilidade do Estado, este poderá ajuizar ação de regresso em face do agente público, cuja responsabilidade é subjetiva, e, portanto, deverá comprovar que este agiu com dolo ou culpa no exercício de suas funções.

---

<sup>40</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 493.

### 3. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

#### 3.1 Responsabilidade objetiva

Como visto, de forma sucinta, os pressupostos para caracterização da responsabilidade objetiva do Estado são: o comportamento estatal que ensejou o dano, o prejuízo a terceiro e a relação causal entre ambos. Neste ponto, serão destrinchados tais elementos para melhor compreensão do tema.

Inicialmente, repisa-se que não é preciso que o prejudicado pela conduta estatal comprove a existência de culpa, ainda que esta exista, seja do agente ou do serviço, para que o Estado seja civilmente responsabilizado. Sendo assim, tenha o agente público agido com culpa *lato sensu* ou não, e, tendo o serviço não funcionado, funcionado mal ou atrasado, ou, ainda, apresentado uma boa qualidade, tais elementos se mostram irrelevantes para a responsabilização do Poder Público.

Isso porque, como abordado anteriormente, a responsabilidade objetiva surge para equilibrar a balança: Estado - detentor do poder político, econômico e jurídico - e jurisdicionado - sujeito subordinado às regras estatais. A evolução para esta teoria torna menos oneroso para o cidadão lesado obter a reparação civil, uma vez que prescinde da demonstração da culpa do agente ou culpa do serviço.

A par disso, a teoria da responsabilidade objetiva ou risco administrativo confere maior proteção do administrado, na medida em que considera que o exercício das atividades administrativas apresenta grande risco de causar prejuízo a terceiros, e, portanto, não seria justo que o cidadão comum, além de sofrer o dano, tivesse que comprovar que houve negligência, imprudência ou imperícia do agente público, ou que o serviço simplesmente não funcionou como deveria funcionar.

Dito isto, para a configuração da responsabilidade civil do Estado, o primeiro pressuposto é a ocorrência de um fato administrativo. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, fato administrativo é qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima,

singular o coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda de acordo com o doutrinador, o fato é tido como administrativo mesmo que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las<sup>41</sup>.

Em sequência, é preciso que haja um dano. Se não houver dano, seja ele oriundo de atos administrativos, legislativos ou judiciais, seja patrimonial ou extrapatrimonial, não há nem que se falar em responsabilidade civil. Importa ressaltar, neste sentido, os ensinamentos de Sérgio Cavalieri: “Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar”<sup>42</sup>. Deste modo, se não restar comprovada a ocorrência de dano na esfera jurídica do administrado, descabida será a pretensão de reparação civil.

Por fim, é preciso que o fato administrativo, concebido como a conduta estatal que ensejou o dano, esteja diretamente relacionado com a ocorrência do dano ao particular. Isto é, deve existir nexo causal direto e imediato entre o comportamento do Poder Público e o prejuízo sofrido pelo jurisdicionado para que se caracterize o dever de indenizar, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>43</sup>.

Como é cediço, a teoria do risco administrativo confere maior proteção ao administrado, na medida em que torna prescindível a demonstração da culpa *lato sensu*. Não obstante, o Estado não arcará com um ônus maior em razão do benefício concedido ao particular. Significa dizer que o Poder Público não será responsabilizado em todo e qualquer caso que houver dano aos jurisdicionados, mas tão somente quando restar comprovado que aquele dano adveio de um fato administrativo.

Deste modo, é possível que a responsabilidade estatal seja afastada quando houver o rompimento do nexo de causalidade, nas hipóteses de fato de terceiro, da culpa exclusiva da vítima, e força maior ou caso fortuito, ou ainda, ser atenuada, quando houver culpa concorrente

---

<sup>41</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 496.

<sup>42</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 77.

<sup>43</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 496.

da vítima ou de terceiro. As causas excludentes e atenuantes da responsabilidade serão analisadas mais especificamente nos próximos tópicos.

Presentes os elementos supracitados, nascerá para o Estado o dever de indenizar o lesado pelos danos sofridos, assegurado o direito de regresso em face do real causador do dano, cuja culpa será apurada em um processo autônomo.

Ultrapassada tal análise, cumpre observar que a responsabilidade objetiva estatal é caracterizada quando há uma conduta comissiva do Poder Público, por meio da qual se pratica um ato lícito ou ilícito, que vem a causar danos a terceiros.

Para elucidar, o Estado, por meio de seus agentes, pode ter comportamentos comissivos ou omissivos. Como será visto no presente estudo, a omissão administrativa se consubstancia em um não agir do Poder Público, quando este podia e deveria ter atuado para evitar a ocorrência de um dano na esfera jurídica alheia. Tal comportamento estatal é ilícito, e, portanto, caberá ao Estado, demonstrar que, naquele caso concreto, não agiu com dolo ou culpa, ou mesmo alegar causas excludentes ou atenuantes de sua responsabilidade.

Em relação aos atos comissivos, estes restarão caracterizados toda vez que o ente público se manifestar por meio de ações, condutas ativas. Alguns autores entendem que só será cabível a responsabilidade objetiva nas ações estatais (condutas comissivas), em razão do comando constitucional esculpido no art. 37, §6º, que dispõe:

“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” (grifos acrescidos).

De acordo com tal posicionamento, o verbo “causarem”, ora grifado, sugere uma conduta ativa do agente público. A contrário *sensu*, quando se tratar de um comportamento omissivo, a responsabilidade estatal seria subjetiva. Neste sentido orienta-se Diogenes Gasparini<sup>44</sup>:

“o texto constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo “causar” (causarem). Isso significa que há de ter por pressuposto uma atuação do agente público”.

---

<sup>44</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.043.

Sob outro aspecto, as condutas ativas podem produzir atos lícitos ou ilícitos. Sendo ilícitos, estarão presentes, necessariamente, ou dolo ou a culpa *stricto sensu*. Para fins de esclarecimento, possui culpa *stricto sensu* aquele que age com negligência, imprudência ou imperícia. Possui dolo aquele que tem a intenção de se comportar de forma contrária ao ordenamento jurídico, tendo a ciência de tal ilicitude. Deste modo, a culpa *lato sensu* está atrelada a ilicitude, elemento irrelevante na responsabilidade objetiva.

Assim, para que haja o dever de indenização por parte do ente estatal, basta que haja um dano causado à terceiro por um comportamento comissivo do Estado, sendo irrelevante que desta conduta ativa tenha advindo ato lícito ou ilícito. Pode ser que o agente público tenha agido com culpa, e, portanto, seu comportamento é eivado de ilicitude. Não obstante, o lesado pela conduta estatal não precisa comprovar tal elemento subjetivo em sede judicial, sendo suficiente demonstrar o fato administrativo, o dano e o nexo causal entre ambos.

O professor Alexandre Santos de Aragão considera irrelevante a demonstração da ilicitude para a configuração da responsabilidade estatal, sendo suficiente a demonstração da relação de causalidade. Desta forma, destaca que<sup>45</sup>:

“mesmo que o ato estatal tenha sido ilícito, o particular, para deflagrar a responsabilidade do Estado, não precisa provar tal ilicitude, bastando demonstrar o nexo de causalidade. Apenas a responsabilidade pessoal do agente público exige aquela comprovação”.

Por outro lado, quando se fala em danos causados por atos lícitos, o Estado não age com dolo ou culpa *stricto sensu*. Dito de outra forma, o Poder Público apresenta um comportamento legítimo, praticando ato em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio. Nenhuma ilegalidade é cometida. Apesar disso, é causado um dano patrimonial ou extrapatrimonial a terceiros, fazendo-se necessária a devida reparação civil.

A justificativa disso é que o risco de dano é inerente ao próprio aparato estatal, especialmente considerando as inúmeras funções atribuídas ao Poder Público para manutenção

---

<sup>45</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 565.



da ordem pública e bem-estar social, sendo devida, em todo caso, a reparação dos prejuízos eventualmente sofridos.

Em suma, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, haverá responsabilidade objetiva do Estado sempre que este, por meio de uma conduta comissiva, em que pesem as divergências, praticar atos jurídicos lícitos ou ilícitos e atos materiais, lícitos ou ilícitos, que causem danos aos administrados.

### **3.2 Responsabilidade subjetiva**

Em linhas gerais, a responsabilidade subjetiva está atrelada ao elemento culpa *lato sensu* (a culpa *stricto sensu* está relacionada à negligência, imprudência, imperícia e desídia estatal, enquanto que o dolo é entendido como a intenção de praticar ato contrário à lei). Deste modo, aquele que sofreu um prejuízo, para obter a devida reparação civil, deverá comprovar, além do dano e do nexo de causalidade, o elemento culpa em sentido amplo.

Em relação à culpa em sentido estrito, Orlando de Almeida Secco leciona que a negligência “é o relaxamento, o desmazelo”; a imprudência “é o desrespeito às cautelas normalmente exigíveis para cada situação em particular”, enquanto que a imperícia é “a falta de habilidade ou conhecimento técnico”<sup>46</sup>.

Pela análise da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, observa-se o surgimento da teoria da responsabilidade com culpa ou responsabilidade subjetiva, consubstanciada na culpa do agente público, e da teoria da culpa administrativa, relacionada à falta do serviço (não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento atrasado do serviço). Ambas as teorias preconizam a necessidade de se provar a culpa em sentido amplo, seja do agente público ou do serviço público, para que haja a obrigação de indenizar pelo dano causado.

---

<sup>46</sup> SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 161.

Após, surgiu a teoria da responsabilidade objetiva, dispensando o elemento culpa para a caracterização do dever de indenizar. Como visto, para esta doutrina, basta a comprovação da conduta administrativa e do dano, este como consequência direta e imediata daquela.

Certo é que tais teorias não obedecem à determinada ordem cronológica de vigência, uma vez que, em nosso ordenamento jurídico, a teoria do risco administrativo ou objetiva coexiste com a teoria da culpa administrativa ou subjetiva. Há quem entenda que até mesmo a teoria do risco integral é aplicável no sistema normativo brasileiro, ainda que em casos específicos.

Como já exposto, haverá a responsabilidade objetiva do Estado, à luz do art. 37, §6º, da Constituição Federal, quando se estiver diante de uma conduta comissiva estatal, que resulte em ato jurídico ou material, lícito ou ilícito, que resulte dano aos administrados. Repisa-se que é preciso que haja uma relação de causalidade direta entre o comportamento administrativo e o prejuízo sofrido pelo particular.

No que tange à responsabilidade subjetiva do Estado, parte da doutrina e da jurisprudência assenta sua admissibilidade nos casos em que o comportamento omissivo ilícito da Administração é tido como a condição sem a qual não teria ocorrido o evento lesivo.

Significa dizer que, nas situações em que o Estado é omissivo, e, em razão de tal omissão, advêm prejuízos a terceiros, para que estes obtenham a reparação civil do dano, devem comprovar, além do próprio dano, do fato administrativo e relação causal entre ambos, a culpa administrativa. É preciso demonstrar, em sede judicial, que o Estado agiu com negligência, imprudência, imperícia, desídia, ou, mesmo, com dolo, e por conta disso, o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado, causando dano a outrem.

Há, todavia, controvérsias doutrinárias acerca da admissibilidade da responsabilidade subjetiva do Estado por omissão. Tais divergências serão examinadas de forma minuciosa mais a frente.

Seja como for, na teoria da responsabilidade subjetiva, estarão presentes os elementos dolo e culpa, evidenciando, portanto, a ilicitude do ato. A propósito, dispõe o art. 186 do atual Código Civil, que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Sendo assim, comete ato ilícito aquele que, por meio de determinado comportamento (ação ou omissão), causa dano a outrem, seja por vontade livre e consciente (dolo) de atingir tal fim, seja pela falta do cuidado devido, evidenciado pela imprudência, negligência e imperícia (culpa em sentido estrito). O ato ilícito nada mais é do que se portar de modo contrário aos padrões estabelecidos pelo ordenamento jurídico, de modo a violar a esfera jurídica de outra pessoa. Nesta hipótese, nasce para o causador do dano o dever de indenizar aquele que teve seu direito lesado.

### 3.3 Excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado

Como visto, para que seja admissível a responsabilidade estatal, seja ela objetiva ou subjetiva, é preciso que haja um fato administrativo, um dano e um nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo. É a relação direta e imediata entre o comportamento estatal e o dano sofrido pelo particular que fará nascer o dever de indenização.

Assim, surge a seguinte pergunta: e se não for possível comprovar o nexo causal, ou restar comprovado que o dano foi ocasionado por outro fato que não o administrativo? Ou, ainda, e se o Poder Público não concorreu exclusivamente para o dano? Antes de solucionar as referidas questões, é preciso aprofundar o estudo do nexo de causalidade.

É possível perceber a adoção da relação de causalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Civil de 1916. Assim estabelecia o art. 1.060 do referido diploma: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes **por efeito dela direto e imediato**” (grifou-se). O Código Civil de 2002 manteve redação praticamente inalterada, conforme se observa do art. 403.

Assim, de modo pertinente, aduz Alexandre de Aragão que, independentemente de se tratar de responsabilidade contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva, por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, no sistema normativo brasileiro, o dano indenizável é apenas

aquele decorrente de uma conduta direta e imediata do agente<sup>47</sup>. Neste sentido, vale destacar o seguinte julgado<sup>48</sup>:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ASSALTO POR QUADRILHA DE QUE FAZIA PARTE PRESO FORAGIDO VÁRIOS MESES ANTES. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - **Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal.** Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (grifou-se)

Vislumbra-se, portanto, que não é qualquer causa que concorreu para o evento danoso que é capaz de ensejar a responsabilidade estatal. É preciso que a causa seja direta e imediata, isto é, que, por si só, seja suficiente para causar o dano, ou ao menos contribuir diretamente para sua ocorrência. Por isso, se diz que a relação de causalidade, na responsabilidade civil, pressupõe o imediatismo.

De acordo com Gustavo Tepedino, para que seja compreensível o nexo causal direto e imediato, surgiu a subteoria da necessariedade da causa, segundo a qual o dever de reparação surge quando o efeito danoso é efeito necessário de certa causa, ou seja, uma consequência certa do ato ilícito. Acrescenta ainda que o que se busca é um liame de necessariedade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 571.

<sup>48</sup> STF - RE: 130764 PR, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 12/05/1992, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 07/08/1992.

<sup>49</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. Revista Trimestral de Direito Civil, n.6, p. 8-9, abr./jun. 2001.

Assim, mostra-se evidente que somente serão passíveis de reparação civil os danos diretos e imediatos, derivados necessariamente da conduta do ofensor, conforme leciona Alexandre Santos de Aragão. O autor destaca ainda que os danos indiretos ou reflexos (danos por ricochete) não são indenizáveis, muito embora, no direito brasileiro, seja cabível a responsabilidade por dano-morte ou homicídio, em que se indenizam as pessoas atingidas pela morte da vítima<sup>50</sup>.

Disto isto, para que haja a exclusão ou atenuação da responsabilidade estatal, a atividade estatal não deve ser a causa do dano, ou não deve ser a causa **única** do dano, como ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>51</sup>. Por óbvio, quando o serviço público não for a causa direta e imediata do dano, não haverá nexo de causalidade, como ocorre nos casos de fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima e força maior. Todavia, se o Poder Público, embora não tenha causado o dano exclusivamente, concorreu para tanto, responderá parcialmente pelos prejuízos que deu causa.

A seguir, será explicada detalhadamente cada uma das hipóteses ora mencionadas, bem como as justificativas da exclusão ou atenuação da responsabilidade do Poder Público.

### **3.3.1 Força Maior e Caso Fortuito**

Trata-se de eventos imprevisíveis e inevitáveis não imputáveis ao Estado capazes de romper o nexo de causalidade, excluindo a responsabilidade estatal. Não obstante, é possível que o Poder Público tenha de indenizar caso este tenha concorrido parcialmente ou integralmente para a ocorrência do evento lesivo, como veremos a seguir.

Há grande divergência doutrinária acerca da caracterização do caso fortuito e da força maior. Alguns autores argumentam que a força maior está atrelada a um evento da natureza e o caso fortuito, a um comportamento humano, enquanto que outros sustentam exatamente o

---

<sup>50</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 572.

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 624.

contrário. Há, ainda, autores que não estabelecem qualquer distinção, compreendendo ambos (o caso fortuito e a força maior) como fatos imprevisíveis, que excluem a responsabilidade do Estado.

Maria Sylvia Zanella di Pietro sustenta que a força maior “é o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio”. Por ser um fato não imputável à administração, não há nexo de causalidade e logo, não deve incidir a responsabilidade do Estado, como sustenta a autora. Em relação ao caso fortuito, argumenta ser dano decorrente de ato humano, de falha da Administração, a exemplo do rompimento de uma adutora ou cabo elétrico, causando dano a terceiros. Nesta hipótese, não haveria exclusão da responsabilidade estatal<sup>52</sup>.

No mesmo sentido, Yussef Sahid Cahali aduz que o caso fortuito, ao contrário da força maior, não constitui causa de exclusão da responsabilidade civil do Estado. Isso porque este, ao contrário da força maior, é interno, inerente à própria atividade do Estado que ocasionou o dano<sup>53</sup>.

Não obstante, é preciso considerar que, seja no caso fortuito ou na força maior, o que existe é uma impossibilidade de se prever determinado fato, que, por isso, também é chamado de acaso. Sendo assim, não é possível que o Poder Público atue de modo a evitar ou resistir à ocorrência de tais eventos. José dos Santos Carvalho Filho argumenta que<sup>54</sup>:

“na hipótese de caso fortuito ou força maior nem ocorreu fato imputável ao Estado, nem fato cometido por agente estatal. E, se é assim, não existe nexo de causalidade entre qualquer ação do Estado e o dano sofrido pelo lesado. A consequência, pois, não pode ser outra que não a de que tais fatos imprevisíveis não ensejam a responsabilidade do Estado. Em outras palavras, são eles excludentes da responsabilidade”.

Desta forma, considerando o caso fortuito e força maior como sendo fatos imprevisíveis e insuscetíveis de prevenção, como sustenta o autor ora mencionado, inexistente nexo de causalidade entre a atividade estatal e o dano sofrido pelo particular, como bem sustentou o

---

<sup>52</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 624.

<sup>53</sup> CAHALI, Yussef Sahid. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

<sup>54</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 500.

autor acima. Como consequência disso, a responsabilidade estatal deve ser excluída em ambos os casos, uma vez o dano não é imputável à Administração.

Todavia, há casos em que a responsabilidade do Estado será atenuada apenas, e não excluída totalmente. São hipóteses em que o dano é ocasionado tanto pelo fato imprevisível, quanto por uma conduta do Estado, que concorre em parte para o sinistro, razão pela qual deve indenizar na proporção de sua culpa. Neste sentido leciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>55</sup>:

“É preciso, porém, verificar, caso a caso, os elementos que cercam a ocorrência do fato e dos danos causados. Se estes forem resultantes, em conjunto do fato imprevisível e de ação ou omissão culposa do Estado, não terá havido uma só causa, mas concausas, não se podendo, nessa hipótese, falar em excludente de responsabilidade. Como o Estado deu causa ao resultado, segue-se que a ele será imputada responsabilidade civil”.

Outrossim, há hipóteses em que o Estado responderá integralmente mesmo existindo fato imprevisível. Exemplo disso é quando há um desastre natural e o Estado não age no sentido de prevenir, preparar ou equipar a localidade pública para tal evento, sobrevindo prejuízos a terceiros. Aqui, existe relação de causalidade entre o comportamento omissivo do ente público e o dano, e, por isso, a responsabilidade não é excluída. Para elucidar, Diogenes Gasparini menciona as seguintes hipóteses<sup>56</sup>:

“se cabia ao Estado desobstruir as galerias de águas pluviais e não o fez, ocorrida a inundação em razão dessa negligência, a indenização é devida. Pela mesma razão a indenização é obrigatória se durante um temporal cai uma rede telefônica em mau estado de conservação, e seus fios, em contato com os elétricos, vitimam uma criança”.

Nota-se, portanto, que o que existe é uma conduta omissiva do Poder Público que, em dadas circunstâncias (imprevisíveis e inevitáveis), é concebida como a causa do evento danoso. Neste caso, a jurisprudência assenta que a responsabilidade estatal é subjetiva, sendo aplicável a teoria da culpa administrativa ou culpa anônima. Veja-se o julgado a respeito do tema<sup>57</sup>:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE MOTO DECORRENTE DE EXISTÊNCIA DE BURACO NA RODOVIA E AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. OMISSÃO ESTATAL - PRESENÇA DE PROVAS./.. Na

<sup>55</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 500.

<sup>56</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.033.

<sup>57</sup> TJ-SP – Apelação. Relator: NOGUEIRA DIEFENTHALER, Data de Julgamento: 08/03/2010, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 24/03/2010.

responsabilidade estatal por omissão, ou "faute du service" imperiosa a prova da culpa do Poder Público - inaplicabilidade do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal à hipótese. 2. Comprovação da culpa anônima e do nexo causal entre a omissão de sinalização, a falta de manutenção adequada da rodovia e o acidente de moto. Presentes os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil pela "faute du service". Sentença mantida. Recurso desprovido.

Assim, não é possível o Poder Público se eximir da responsabilidade quando restar comprovado o nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva estatal e o evento danoso, sendo irrelevante a existência de circunstâncias que façam presumir a força maior ou caso fortuito, como por exemplo, a presença de buraco na rodovia, a ocorrência de enchentes e inundações e daí por diante.

### **3.3.2 Culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro**

A culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro são causas de exclusão da responsabilidade do Estado, uma vez que rompem o nexo de causalidade. Por óbvio, se não foi o serviço público que ensejou o dano à terceiro, inexistente relação de causalidade e, por conseguinte, não há que se falar em responsabilidade do Poder Público.

A culpa exclusiva da vítima ocorre quando a pessoa que sofreu o dano foi quem deu causa ao mesmo. Exemplo disso é quando alguém, seja por livre e consciente vontade ou por falta do cuidado devido, se atira na frente de um ônibus que trafegava com a velocidade permitida e é acometido por lesões corporais graves. Neste caso, o Estado não responde, por não ser o causador do dano e nem concorrer para tanto.

Já o fato de terceiro, embora possua a mesma consequência descrita acima, ocorre quando uma terceira pessoa, alheia à figura do Estado e da vítima, dá causa ao evento lesivo, afastando a responsabilidade do Estado e da própria vítima. A título de ilustração, é o caso de uma pessoa que empurra outra na frente de um ônibus que trafegava na velocidade permitida, em observância das diligências exigíveis, levando esta a óbito.

Observa-se que, em ambos os exemplos mencionados, a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público agiu de maneira lícita e legítima, em conformidade com o



ordenamento jurídico e ainda sim, ocorreu o evento danoso. É relevante notar também que, não se fala, aqui, em risco inerente à atividade estatal e princípio da solidariedade social ou da repartição dos encargos sociais, como visto nos fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado.

Isso porque quando o veículo de transporte público trafega na velocidade permitida, com o sinal aberto, em via pública, e alguém atravessa a pista sem o cuidado devido ou mesmo com a intenção de se lesionar, o risco não é inerente à atividade estatal. Não é possível presumir que tal fato poderia ocorrer e nem se encontra nos padrões de normalidade. Assim, não é justo que o Estado arque com os encargos do acidente, devendo indenizar a vítima ou seus familiares por danos que jamais ocorreriam se esta tivesse agido com a devida diligência.

Da mesma forma, quando uma terceira pessoa é responsável por empurrar outra na frente de um ônibus, atentando contra a vida desta, não se trata de risco inerente à atividade do Estado, mas sim de um fato imprevisível. Diferente seria se o motorista do ônibus, por dolo ou culpa, atropelasse alguém, ou colidisse com outro automóvel na rodovia, casos em que o risco é inerente à atividade e, portanto, há o dever de indenizar por parte da entidade privada prestadora de serviço público e, subsidiariamente, pelo Estado.

Conclui-se que, em ambas as hipóteses, o que existe é o rompimento da relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano, sendo este imputável exclusivamente à vítima ou a uma terceira pessoa. Sendo assim, há a exclusão da responsabilidade do Poder Público.

### **3.3.3 Culpa concorrente da vítima ou de terceiro**

A culpa concorrente da vítima ou de terceiro nada mais é do que a soma dos comportamentos da vítima ou de terceiro e do Estado, resultando na ocorrência de dano. Significa dizer que, ao contrário da culpa exclusiva, a culpa concorrente não se consubstancia em uma determinada conduta que, por si só, é responsável pelo dano. De modo diverso, é preciso que o lesado ou uma terceira pessoa atuem no sentido de causar o evento lesivo e o Estado, por sua vez, por ação ou omissão, também colabore para tanto. Nestes casos, a responsabilidade estatal não é afastada, mas sim atenuada, como será visto a seguir.

De acordo com o art. 945, do Código Civil de 2002, “se a vítima houver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Tal disciplina também é aplicável no âmbito da responsabilidade da Administração Pública, e por isso, fala-se em atenuação da responsabilidade estatal pela culpa concorrente. Vale destacar que a culpa aqui tratada é a culpa em sentido amplo, englobando o dolo e a culpa em sentido estrito.

Destacam-se as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do tema<sup>58</sup>:

“pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipóteses haverá em que o evento lesivo seja fruto de uma ação conjunta do Estado e do lesado. Ainda aqui não haverá falar em excludente da responsabilidade estatal. Haverá, sim, atenuação do quantum indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para a produção do evento”.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho ressalta que<sup>59</sup>:

“se, ao contrário, o lesado, juntamente com a conduta estatal, participou do resultado danoso, não seria justo que o Poder Público arcasse sozinho com a reparação do prejuízo. Nesse caso, a indenização devida pelo Estado deverá sofrer redução proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o evento danoso”.

Para ilustrar, utiliza-se exemplo semelhante ao mencionado na culpa exclusiva: Suponha que um ônibus, desrespeitando as normas de trânsito vigentes, trafegue com velocidade extremamente superior a permitida, ultrapassando sinais fechados, em localidade cercada por escolas e, a par disso, alguém se atire na pista, com o intuito de se lesionar (ou atire outra pessoa, com o mesmo objetivo), vindo a óbito em razão do atropelamento. Considere, ainda, que, se o veículo de transporte público estivesse respeitando o limite de velocidade permitido, bem como o sinal fechado, a vítima não teria sofrido tal infortúnio, ou, no máximo, sofreria lesões leves.

Veja-se, portanto, que o evento lesivo é imputado à entidade privada prestadora de serviço público, na medida em que houve ato ilícito, evidenciado pelo dolo ou culpa do motorista do ônibus, e por isso, há a responsabilidade subsidiária do Estado, e também é imputado à vítima

---

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 954.

<sup>59</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 499.

(ou a terceira pessoa que a atirou dolosamente na pista, com o mesmo objetivo), uma vez que agiu com a intenção de se machucar (ou machucar a outrem), existindo também responsabilidade por parte desta.

Sendo assim, ao contrário da culpa exclusiva, não há o rompimento da relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano, em razão de um fato completamente imprevisível e inevitável ou irresistível. O que existe, em verdade, é uma **concorrência de causas**, que levam a um mesmo evento danoso, razão pela qual o Estado deve responder – mas na medida de sua participação no sinistro, e não integralmente, como ressaltado pelos autores supramencionados.

### 3.4 Ação Indenizatória

Na ação indenizatória, em se tratando de responsabilidade objetiva do Estado, é preciso que se demonstre o dano e sua extensão, bem como o nexo de causalidade entre este e o fato administrativo. Se a responsabilidade estatal for subjetiva, há que se demonstrar também a culpa em sentido amplo da Administração, inobstante as divergências acerca do tema.

Em relação ao dano, especificamente, é preciso enfatizar que este deve ser jurídico. Assim, leciona Alexandre dos Santos de Aragão que, se o dano for apenas econômico, isto é, há prejuízo, mas não há lesão de um direito, não restará configurada a responsabilidade do Estado. É preciso, portanto, que haja uma violação ao ordenamento jurídico, além do prejuízo econômico, para que se fale em dever de indenizar.

Faz-se necessário, também, que o dano seja certo. Significa dizer que o dano deve ser determinado ou determinável, economicamente aferível. No que se refere ao dano futuro, o autor menciona o exemplo da verba que a vítima terá de despender por muitos anos com fisioterapia.

O professor de Direito Administrativo sustenta, também, que, nos casos de atos lícitos do Estado, o dano, além de jurídico e certo, deve ser especial (direcionado a uma pessoa específica)

e anormal (não inerente às próprias condições incômodas, mas naturais ao convívio social), para que se possa falar em responsabilidade estatal<sup>60</sup>.

Seja como for, comprovado o dano, além do fato e do nexo causal, nasce para o Estado o **dever de indenizar**, sendo possível, em todo caso, elidir sua responsabilidade na hipótese de rompimento do nexo de causalidade, que ocorrerá se demonstrado o fato imprevisível (caso fortuito ou força maior), a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, ou mesmo se comprovar que não agiu com dolo ou culpa (no caso de ser responsabilidade estatal subjetiva). É possível, ainda, diminuir o *quantum* indenizatório, se comprovada a concorrência de causas para o evento danoso.

De acordo com Hely Lopes Mirelles, a indenização deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em virtude do fato administrativo, ou seja, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como os honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, que fluem desde a data que a sentença fixar. Neste sentido, importa observar os comandos dos artigos 402 a 407 do atual Código Civil, que versam sobre as perdas e danos e os juros legais.

Fixado o quantum indenizatório devido pelo Estado, proceder-se-á, a requisição do pagamento devido pela Fazenda Pública, nos termos do art. 100 da Constituição Federal e do art. 534 do Novo Código de Processo Civil. Não atendida tal requisição, será possível o pedido de intervenção, disciplinado pelos artigos 34, VI, e 36, §3º, ambos da CF, e no caso de preterimento do direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito, conforme leciona o autor supramencionado.

Importa destacar, ainda, que, de acordo com os artigos 948 a 951, do atual Código Civil, o *quantum* indenizatório abrangerá o tratamento, o sepultamento e a prestação alimentícia às pessoas a quem o falecido devia, admitindo-se o reajustamento às condições atuais do custo de vida, como destaca, corretamente, Hely Lopes Meirelles<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, pp. 569-570.

<sup>61</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 619.

Por fim, no que se refere à concessão de indenização por danos morais e estéticos, observa-se que os tribunais pátrios têm se orientado no sentido de determinar o dever de indenizar a tais títulos, conforme se vislumbra no acórdão ora ementado<sup>62</sup>:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO, COM DISPARO DE ARMA DE FOGO, COMETIDO POR APENADO, SUBMETIDO AO REGIME SEMIABERTO, QUE ESTAVA FORAGIDO. PARAPLEGIA DA VÍTIMA, ATINGIDA PELO PROJÉTIL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DA PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A OMISSÃO DO AGENTE PÚBLICO. **DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS.** ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz da prova das autos, restou configurado o nexo de causalidade entre o dano e a omissão do ente público. Concluiu o julgado, ainda, que "o Estado do Rio Grande do Sul, por seu turno, não fez qualquer prova de que tenha tomado alguma providência para a recaptura do apenado, restringindo a negativa de responsabilidade sob a tese de inexistência de nexo causal", e que, "sendo ele evadido do regime semiaberto, tinha o estado o dever de vigilância, bem como, uma vez confirmada a fuga, olvidar esforços para recapturar o apenado, o que não ocorreu". Ademais, concluiu que "o tempo transcorrido entre a fuga e prática do novo delito, (aproximadamente um ano), é curto, não sendo suficiente para que se considere como excludente do nexo causal". Assim, para infirmar as conclusões do julgado e afastar a responsabilidade do Estado, seria necessário, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória, inviável, na via eleita, a teor do enunciado sumular 7/STJ. Precedentes do STJ. II. Agravo Regimental improvido. (grifou-se)

Aqui, a grande dificuldade está relacionada à quantificação do montante a ser pago a vítima, já que não se está diante de um ressarcimento por prejuízo material, economicamente aferível. Assim, é preciso que se analise todas as circunstâncias do caso concreto, para que assim, haja a reparação adequada do dano moral.

### **3.4.1 O pólo passivo nas ações de responsabilização civil do Estado**

Em atenção ao comando do art. 37, §6º, da Constituição Federal, as ações indenizatórias deverão ser propostas em face do Estado, ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de

---

<sup>62</sup> STJ - AgRg no AREsp: 505718 RS 2014/0093235-7, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 25/11/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 03/12/2014.

serviço público, que responderão objetivamente. Indenizada a vítima pelos danos sofridos, haverá o direito de regresso em face do agente público que tenha agido com dolo ou culpa.

Como visto inicialmente, o agente público é todo aquele que participa efetivamente da atividade pública que lhe é outorgada pelo Estado, ainda que transitoriamente, com ou sem remuneração. Veja-se que os agentes do Estado devem ser vistos em **sentido amplo**. Desta forma argumenta José dos Santos Carvalho Filho<sup>63</sup>:

“O termo agente deve ser entendido em sentido amplo, não se confundindo com servidor. Este é o sentido mais restrito e envolve uma relação de trabalho entre o indivíduo e o Estado. O servidor é um agente do Estado, mas há outros agentes que não se caracterizam tipicamente como servidores”.

Ultrapassada tal consideração, é preciso esclarecer que, muito embora a Constituição Federal determine o ente público ou pessoa jurídica privada prestadora de serviço público como sujeitos passivos da ação indenizatória, alguns tribunais vêm admitido que a ação seja proposta em face do Estado, do agente público, ou de ambos, a escolha do lesado, conforme se verifica pelo seguinte julgado<sup>64</sup>:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO. 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, **a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto**. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. **Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar**. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ. (...). (grifou-se)

<sup>63</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, P. 495.

<sup>64</sup> STJ - REsp: 1325862 PR 2011/0252719-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/09/2013. Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 10/12/2013.

Celso Antônio Bandeira de Mello se posiciona no mesmo sentido, argumentado que a norma constitucional tem como finalidade a proteção do administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente, além da possibilidade da responsabilidade objetiva. Sendo assim, para o autor, a vítima poderia ajuizar a ação indenizatória em face do Estado (ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público), do agente público, ou de ambos, que responderiam em litisconsórcio facultativo<sup>65</sup>.

Yussef Said Cahali também partilha do pensamento de que é possível existir litisconsórcio facultativo entre o Estado e o agente público, ou mesmo, acionar diretamente este último, destacando, para tanto, o seguinte<sup>66</sup>:

“Isto porque a Administração, sobre não poder nunca isentar de responsabilidade seus servidores, vez que não possui disponibilidade sobre o patrimônio público, não se prejudica com a integração do funcionário na lide, já que a confissão dos fatos alegados pelo autor, por parte do funcionário, afetava apenas a sua defesa, e não a da Administração, cuja responsabilidade se baseia no risco administrativo”.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, em dissonância com a aludida tese, argumenta que a ação deve ser proposta, tão somente, em face do Estado, que responde objetivamente. Assim sustenta o autor<sup>67</sup>:

“A reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio de ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, através da ação regressiva autorizada pelo §6º do art. 37 da CF”, e, ainda: “O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente”.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, levando em conta os divergentes posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a responsabilidade civil dos agentes públicos, reconheceu, recentemente, a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário nº 1027633, de relatoria do ministro Marco Aurélio<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 964.

<sup>66</sup> CAHALI, Yussef Sahid. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 186.

<sup>67</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, PP. 639-640.

<sup>68</sup> BRASIL. Possibilidade de responsabilização civil de agente público é objeto de repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339239>>. Acesso em: 19 out. 2017.

### 3.4.2 Direito de regresso

O direito de regresso diz respeito à possibilidade, que o Estado tem, de, em sendo condenado a ressarcir danos materiais ou reparar danos morais ao lesado pelo fato administrativo, acionar diretamente o agente público que, agindo com dolo ou culpa, foi o verdadeiro responsável pelo evento danoso.

Nos termos do art. 125, II, do CPC/2015, que trata sobre a denunciação à lide, aquele que estiver obrigado a indenizar, por lei ou por contrato, em ação regressiva, arcará com o prejuízo de quem for vencido no processo. De acordo com o parágrafo primeiro do mesmo artigo, direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

Há quem entenda que não é cabível a denunciação à lide dos agentes públicos, devendo o direito de regresso, ser exercido em ação autônoma. O principal argumento desta doutrina é que os fundamentos da responsabilidade do Estado e dos agentes são diversos, o que poderia retardar a solução do conflito.

Assim assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, destacando as lições de Weida Zancarner<sup>69</sup>:

“(…) tem razão Weida Zancarner ao sustentar o descabimento de tal denunciação. Ela implicaria, como diz a citada autora, mesclar-se o tema de uma responsabilidade objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do funcionário”, e prossegue, “ademais, haveria prejuízos para o autor, porquanto procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a que tem direito”.

A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido da não obrigatoriedade da denunciação à lide ao agente causador do dano nas ações indenizatórias fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 965.

<sup>70</sup> STJ - AgInt no AREsp 913670 BA 2016/0126056-4, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 01/09/2016. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 14/09/2016.



Maria Sylvia Di Pietro, a seu turno, baseando-se na doutrina de Yussef Said Cahali, entende ser cabível a denunciação à lide quando a ação é fundada na responsabilidade objetiva do estado, mas com a arguição de culpa do agente público. Por outro lado, aduz a impossibilidade da denunciação quando se tratar de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco<sup>71</sup>.

Não obstante tais discussões, certo é que, o direito de regresso visa à proteção do patrimônio público, já que, nos termos do art. 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem, é obrigado a repará-lo, e, sendo assim, não poderia o Poder Público assumir o ônus de despender verbas públicas em razão de ato ilícito praticado por um agente do Estado.

---

<sup>71</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 631.

## 4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO ADMINISTRATIVA

### 4.1 A relevância jurídica do ato omissivo estatal

O ato omissivo estatal, que possui relevância jurídica, se consubstancia em uma conduta de não fazer, por parte do agente público, quando este, em face das circunstâncias específicas do caso, deveria e podia agir (conduta comissiva), a fim de cumprir com suas obrigações legais ou contratuais e evitar a ocorrência de eventual sinistro. Para que se fale em responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, é imprescindível que haja a previsibilidade do dano e a possibilidade de agir com o objetivo de evitar o evento lesivo. Sem a previsibilidade e a possibilidade de agir, afasta-se a própria ilicitude do ato, como será visto a seguir.

Neste sentido, vale recordar do conceito de ato ilícito, trazido pelo art. 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E, nos termos do art. 927, do mesmo diploma: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Sendo assim, para fins de reparação civil, é preciso que haja a voluntariedade na ação ou omissão, quando houver o dever jurídico de agir, em se tratando de omissão, ou não agir, em se tratando de ação, de modo a ensejar o evento danoso. Em relação ao ato omissivo antijurídico, especificamente, há uma violação objetiva do dever de cuidado, evidenciando desrespeito ao próprio ordenamento jurídico.

Importa ressaltar que a negligência está relacionada a uma omissão, quando há o dever jurídico de adotar determinada conduta comissiva. A imprudência, por sua vez, se refere à falta de precaução, à precipitação. Já a imperícia, está atrelada a falta de habilidade específica no âmbito do trabalho. Em todos os casos, o que existe é a **ausência da diligência devida** no exercício das atividades públicas, contrariando o dever juridicamente imposto.

O agente público que age, voluntariamente, de forma negligente, imprudente ou com a ausência da perícia devida, comete, por óbvio, ato ilícito. O elemento da voluntariedade implica em vontade livre e consciente de assim se portar. Significa que, mesmo estando ciente da

previsibilidade do dano, e podendo agir de forma a evitar tal sinistro, mesmo assim, opta por permanecer em estado de ilicitude, praticando a conduta antijurídica. Por tal razão, nascerá para o lesado, o direito de pleitear indenização.

Destaca-se que, para que sobrevenha a obrigação de indenizar, é preciso que o ato ilícito, consubstanciado em uma inatividade estatal, seja juridicamente relevante. Nas palavras de Sérgio Cavalieri acerca do tema<sup>72</sup>:

“tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável, **quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado**, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo” (grifos acrescidos).

No mesmo sentido, ensina José dos Santos Carvalho Filho<sup>73</sup>:

“O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença de seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. **Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos**. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso da conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa”. (grifos acrescidos)

Por outro lado, quando o agente público deixa de praticar determinado ato (que tem o dever jurídico de praticar), por não ser possível sua atuação ou, em razão da imprevisibilidade absoluta da ocorrência de evento danoso, não se estará mais diante de um ato ilícito, por inexistir o elemento culpa (dolo e culpa em sentido estrito).

Ressalta-se que, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os acontecimentos principais suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão são os seguintes: i) fato da natureza cuja lesividade o Poder Público não obistou, embora devesse fazê-lo; e ii)

<sup>72</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. P. 25.

<sup>73</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, pp. 508-509.

comportamento material de terceiros cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse fazê-lo<sup>74</sup>.

Neste capítulo, a tese a ser defendida é a de que, nos casos em que há a omissão do Poder Público, e, em razão desta omissão, ocorre determinado evento lesivo, a responsabilidade estatal deve ser **subjéitiva**, e não objetiva, como assenta parte da doutrina e jurisprudência. A seguir, serão analisados alguns casos concretos, bem como entendimentos dos tribunais pátrios, a fim de que se possa compreender mais facilmente os fundamentos para a responsabilidade subjéitiva estatal pela prática de atos omissivos.

## 4.2 Análise Jurisprudencial

O Superior Tribunal de Justiça, em muitas ocasiões, manifestou o entendimento de que, em se tratando de ato omissivo da Administração Pública, que produz dano a terceiros, a responsabilidade estatal é subjéitiva, e, por conseguinte, faz-se necessária a prova da culpa. Vale dizer, de acordo com a Corte Superior, o art. 37, §6º, da Constituição Federal, que impõe a responsabilidade objetiva ao Estado e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, abrange apenas condutas comissivas do Poder Público. Sendo assim, no caso de condutas omissivas estatais, a responsabilidade é subjéitiva.

Exemplo disso é o Recurso Especial nº 1.172.421, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual se discutiu a concorrência de causas para o dano, no caso, acidente ferroviário com vítima fatal, e, portanto, a atenuação da responsabilidade estatal. Em relação à conduta culposa da concessionária, consubstanciada na negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia, bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança, restou consignado que esta deve ser responsabilizada por sua conduta omissiva e que tal responsabilidade é subjéitiva<sup>75</sup>. Senão, veja-se:

---

<sup>74</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 947.

<sup>75</sup> STJ - REsp: 1172421 SP 2009/0249646-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/08/2012. Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 19/09/2012.

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CONCORRÊNCIA DE CAUSAS: CONDUTA IMPRUDENTE DA VÍTIMA E DESCUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL DE SEGURANÇA E FISCALIZAÇÃO DA LINHA FÉRREA. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA METADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PELOS GENITORES. VÍTIMA MAIOR COM QUATRO FILHOS. SÚMULA 7 DO STJ. 1. A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se concretiza quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano. Nesse segmento, **para configuração do dever de reparação da concessionária em decorrência de atropelamento de transeunte em via férrea, devem ser comprovados o fato administrativo, o dano, o nexo direto de causalidade e a culpa.** 2. **A culpa da prestadora do serviço de transporte ferroviário configura-se, no caso de atropelamento de transeunte na via férrea, quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia - com muros e cercas - bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população.** (...) Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (grifos acrescidos)

Em seu voto, o Ministro relator assentou que houve desídia da concessionária na manutenção de cercas e muros, bem como na fiscalização da ferrovia, caracterizando uma conduta omissiva da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, o que teria o condão de afastar o comando constitucional do art. 37, §6º, e do art. 43 do Código Civil. O Ministro Luis Felipe Salomão destacou ainda, o seguinte:

“Nestes casos, não tem aplicação a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, fazendo-se mister perquirir se o dano sofrido efetiva e diretamente resultou da conduta estatal omissiva, ou seja, torna-se imprescindível a configuração da culpa do prestador do serviço público, máxime tendo em vista que a responsabilidade objetiva deve resultar de expressa previsão legal, nos termos do art. 927, parágrafo único, do CC (...)”.

Como é possível notar, o fundamento utilizado no caso concreto para sustentar a responsabilidade subjetiva em atos omissivos estatais, é o de que a responsabilidade objetiva do ente público deve ser legalmente expressa, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil (“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”).

Assim, como não há previsão de conduta omissiva no art. 37, §6º, da CF, e nem no art. 43, do CC, a interpretação que se faz é a de que não é cabível responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos, sendo necessária a prova da culpa para que se fale em reparação civil dos danos pelo Poder Público.

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou o mesmo entendimento, no sentido de que a responsabilidade estatal por comportamentos omissivos é subjetiva. O Recurso Especial nº 1.492.710, de relatoria do Ministro Humberto Martins, versa sobre a omissão administrativa em relação ao serviço de água de esgoto. De acordo com os autos, foi encontrado um cadáver em decomposição no reservatório de água, evidenciando a falha do dever de vigilância e fiscalização da concessionária de serviço público<sup>76</sup>. O acórdão restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. CADÁVER EM DECOMPOSIÇÃO NO RESERVATÓRIO. DANO MORAL. CONFIGURADO. OMISSÃO. NEGLIGÊNCIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL IN RE IPSA. 1. **Fica configurada a responsabilidade subjetiva por omissão da concessionária decorrente de falha do dever de efetiva vigilância do reservatório de água, quando nele foi encontrado um cadáver humano.** 2. De outro lado, também, ficou caracterizada a falha na prestação do serviço, indenizável por dano moral, quando a COPASA não garantiu a qualidade da água distribuída à população. 3. Ainda, há que reconhecer a ocorrência in re ipsa, o qual dispensa comprovação do prejuízo extrapatrimonial, sendo suficiente a prova da ocorrência de ato ilegal, uma vez que o resultado danoso é presumido. Recurso especial provido. (grifos acrescidos)

Tal caso foi objeto de informativo da Corte Superior (informativo nº 553 do STJ), no âmbito do direito administrativo, restando consignado que há a responsabilidade subjetiva por omissão da concessionária decorrente da falha do dever de vigilância do reservatório de água. É importante destacar que, também diante de uma conduta negligente da prestadora de serviço público, assentou-se a necessidade da demonstração dos elementos da culpa, afastada a incidência do art. 37, §6º, da CF.

Assim, outro fundamento sustentado para responsabilidade subjetiva estatal por comportamentos omissivos é a culpa do serviço ou culpa anônima, caso em que não é possível individualizar a conduta de um agente público, mas tão somente comprovar que aquele serviço não funcionou como deveria, funcionou mal ou funcionou atrasado.

Já o Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário, consagra a responsabilidade civil do Estado por omissão administrativa como sendo objetiva, com respaldo no art. 37, §6º, da

---

<sup>76</sup> STJ - REsp: 1.492.710 MG 2014/0199768-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 16/12/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 19/12/2014.

Constituição Federal. Assim restou aventado no Recurso Extraordinário nº 841.526, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado recentemente. Na hipótese, discute-se acerca da responsabilidade estatal por morte de detento, tema de repercussão geral constitucional<sup>77</sup>. Veja-se a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. **A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.** 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. **A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.** 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorregada a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (grifos acrescidos)

Pela análise do referido recurso extraordinário, verifica-se que o posicionamento adotado pela Suprema Corte é o de que as condutas omissivas do Poder Público também são abrangidas pelo art. 37, §6º, da CF, tendo em vista que o texto constitucional não estabeleceu nenhuma distinção.

Assim, para a caracterização da responsabilidade do Estado, basta a demonstração do comportamento omissivo, do dano e do nexo de causalidade entre ambos. Portanto, se a Administração lograr êxito em desconstituir a relação causal, não se fará necessária a reparação

<sup>77</sup> STF – RE: 841.526 RS, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 30/03/2016. Sessão Plenária. Data de Publicação: DJe 29/07/2016.

civil<sup>78</sup>. Neste sentido, o Ministro Relator tece as seguintes considerações acerca da omissão estatal:

"É que esses casos de responsabilidade civil do Estado por omissão retratam questões jurídicas tormentosas, tanto em sede jurisprudencial, quanto doutrinária. Isso porque, embora o art. 37, §6º, da Constituição Federal seja expresso ao definir a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos causados pelos seus agentes, não se vislumbra claramente do texto constitucional qual a solução jurídica adequada nos casos de danos oriundos de omissões estatais.

Diante de tal indefinição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que **a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no art. 37, §6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexó de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência** - quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo – surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa". (grifos acrescidos)

De acordo com o STF, o ato omissivo específico da Administração se caracteriza, tão somente, quando houver um dever jurídico de atuar a fim de evitar a ocorrência do dano, bem como quando houver a possibilidade de agir neste sentido (dever individualizado de agir). De modo contrário, deveres genéricos e abstratos são aqueles em que o Poder Público, embora deva observar (ex. garantia da segurança pública), não possui condições de, diante do caso concreto, impedir eventuais danos (ex. assalto em local público). Assim, para a Suprema Corte, somente as omissões específicas ensejam a responsabilidade objetiva do Estado, ao passo que omissões genéricas dão azo a responsabilidade subjetiva. Desta forma assevera o Ministro Luiz Fux:

"Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexó de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o **dever legal específico de agir** para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal". (grifos acrescidos)

E acrescenta que, além do dever jurídico de agir, é necessário que o ente administrativo tenha verdadeira possibilidade de atuar de modo a impedir a ocorrência do evento danoso. Se, no caso concreto, não for possível a atuação do agente público ou da unidade administrativa que este é vinculado, rompe-se o nexó de causalidade, e, por conseguinte, não haverá o dever de indenizar. *In verbis*:

---

<sup>78</sup> Precedentes: RE 677.283 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 08/05/2012; ARE 754.778 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Dje de 19/12/2013; RE 607.771 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 14/05/2010; AI 852.237 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 25/06/2013.



“No contexto do Direito Administrativo e, especificamente, da responsabilidade civil do Estado, forçoso é reconhecer a possibilidade de o ente público comprovar situação que impeça sua atuação e, dessa forma, exclua o nexo jurídico de causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular, eximindo-se, assim, da responsabilidade”.

Em relação, especificamente, à morte de detento em sistema prisional, restou consignado que o Estado tem o dever constitucionalmente imposto de conferir tratamento digno e humanitário ao preso, com respeito, inclusive, à sua integridade física e moral, nos termos do art. 5º, XLIX, do diploma constitucional. Sendo assim, a morte de detendo gera responsabilidade objetiva para o Estado, em decorrência da sua omissão em cumprir o dever especial de proteção que lhe é imposto pela Constituição.

Em caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal considerou a morte de detento por outro detento como resultante de culpa genérica do serviço público, conforme se verifica do teor do RE nº 372.472/RN, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado no ano de 2003<sup>79</sup>:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. CF, ART. 37, §6º. I. **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.** II. A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. **Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.** IV. RE conhecido e não provido. (grifos acrescidos)

Vislumbra-se, portanto, que posicionamentos anteriores da Suprema Corte orientavam-se no sentido de que, em se tratando de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade estatal é subjetiva, independentemente de existir omissão genérica ou específica, tendo em vista a falta do serviço ou culpa anônima, como se depreende do julgado acima.

<sup>79</sup> STF – RE: 372.472 RN, Relator: Ministro CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 04/11/2003. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 28/11/2003. Precedentes: RE nº 369.820/RS, RE nº 382.054/RJ e AI nº 512.698-AgR/AC.

Neste sentido também assevera o ex Ministro do STF, Carlos Velloso, quando do julgamento do RE nº 204.037/RJ, ao dissertar sobre responsabilidade civil do Poder Público por ato omissivo:

“Em princípio, pois, a responsabilidade objetiva do poder público, assentada na teoria do risco administrativo, ocorre por ato de seus agentes. Dir-se-á que o ato do agente público poderá ser omissivo. Neste caso, entretanto, exige-se a prova da culpa. É que a omissão é, em essência, culpa, numa de suas três vertentes: negligência, que, de regra, traduz desídia, imprudência, que é temeridade, e imperícia, que resulta de falta de habilidade (...)”.

Todavia, há de se ressaltar a existência de posicionamentos divergentes no âmbito da própria Corte. Exemplo disso é o RE nº 109.615/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 1996. Na ementa do acórdão, destacou-se:

“a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que s agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão”.

Em relação ao Tribunal Regional Federal da Segunda Região, a posição firmada é a mesma da adotada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, em casos de omissões específicas do Estado, a responsabilidade é objetiva<sup>80</sup>. Neste sentido, vejam-se os recentes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. MORTE DE SERVIDOR MILITAR A BORDO DO NAVIO. COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO AGENTE E O EVENTO DANOSO. NEGLIGÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. – (...) A existência de lei específica que rege a atividade militar (Lei 6.880/80) não isenta a responsabilidade do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, em danos morais causados a servidor militar em decorrência de acidente sofrido durante o serviço, como é o caso dos autos. Precedentes do Eg. STJ. - **Como sabido, na responsabilidade civil do Estado, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é informada pela teoria do risco administrativo que, por seu turno, assenta-se nos pressupostos da ocorrência de conduta administrativa, comissiva ou omissiva, de dano à esfera jurídica de outrem, da relação causal entre a conduta e o dano e, por fim, da inexistência de causas excludentes da responsabilidade estatal.** - De outro lado, na linha de precedente firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entende-se que, **em se tratando de conduta omissiva específica, a responsabilidade estatal subsiste objetiva, mercê da aplicação do princípio da efetividade máxima das normas constitucionais.** - É fato incontroverso nos autos que o militar faleceu a bordo do Navio Aeródromo São Paulo

---

TRF-2 - AC: 0000625-55.2006.4.02.5101 RJ (2006.51.01.000625-4), Relatora: Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA, Data de Julgamento: 26/07/2017, Oitava Turma Especializada, Data de Publicação: 16/08/2017; TRF-2 - APELREEX: 00047815420094025110 RJ (0004781-54.2009.4.02.5110), Relatora: EDNA CARVALHO KLEEMANN, Data de Julgamento: 21/06/2017, Sétima Turma Especializada, Data de Publicação: 26/06/2017.

em razão de queimaduras de 2º e 3º graus, causadas pelo acidente que teve como agente o vapor superaquecido a cerca de 450º C liberado em consequência do rompimento da rede de admissão de vapor para a bomba hidráulica principal da catapulva de vante, na altura do piso da Padaria da embarcação (fl. 53 e 88), sendo que tal fato gerou a instauração de Inquérito Policial Militar, o qual restou arquivado (fl. 191) após apuração dos fatos visando identificar as causas e circunstâncias do acidente. No caso, restou comprovado, pela prova pericial produzida a cargo do Juízo, o nexó de causalidade entre a ação (ou melhor, a omissão) dos agentes da ré, que não deram o devido treinamento aos tripulantes do navio e não realizaram a devida inspeção e manutenção na tubulação que se rompeu, conforme previsto pelo fabricante da embarcação, e o dano que se concretizou com o óbito do militar, após sofrer graves queimaduras em razão do acidente. - **De outro lado, mesmo que se viesse a adotar, in casu, a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, já que se trata de ato omissivo, é claro que, pelo que se viu do quadro fático delineado nos autos, restam evidentes os elementos que caracterizam a culpa estatal, mercê do descumprimento do dever legal atribuído ao poder público de impedir a consumação do dano**, na medida em que restou evidente a negligência, no que tange à devida manutenção da embarcação e adequado treinamento da tripulação, especificamente em relação às medidas que seriam garantidoras de sua segurança, em caso de possíveis acidentes, como o que se verificou no caso dos autos (...). (grifos acrescidos)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUICÍDIO. HOSPITAL CENTRAL DO EXÉRCITO. NEGLIGÊNCIA. DEVER DE VIGILÂNCIA. DANO MORAL REDUZIDO. 1. Em que pese a morte ter sido resultado de suicídio, ou seja, ato próprio e não de terceiros, os fatos demonstram que o Hospital Central do Exército (HCE) tinha conhecimento do histórico de distúrbio psicológico grave, e apesar disso, não se cercou de cuidados necessários quanto à vigilância e resguardo da incolumidade física do paciente internado. 2. Segundo o relatório médico, após ter ficado vários anos assintomático e sem tratamento, em 12/05/2006 retornou a tratamento psiquiátrico ambulatorial no HCE por quadro ansioso crônico e depressivo, com ideação suicida, após alta médica com melhora, tentou suicídio duas vezes em casa, com reinternação em 03/11/06, tendo cometido suicídio em 15/11/06. 3. As provas evidenciam que o paciente foi visto andando tranquilamente pela enfermaria, até adentrar em quarto desocupado para se enforcar, sem que qualquer agente público o tivesse impedido. Essas considerações demonstram haver inequívoco nexó causal entre a conduta negligente da Administração e seu trágico suicídio. Não há como concluir tratar-se de culpa exclusiva dele, pois a inobservância do dever de guarda e vigilância de paciente acometido por transtorno psiquiátrico atrai a responsabilidade do nosocômio (...).

Neste último caso, a Desembargadora Relatora, em seu voto, destacou a necessidade de demonstração da omissão específica estatal para que haja o dever de reparação do danoso, nos termos do art. 37, §6º, da CF. Na hipótese, a omissão específica se apresenta pela inércia do Estado frente à obrigação de zelo pela integridade psicofísica do paciente. Assim aduz a julgadora:

“Em se tratando de conduta omissiva estatal, malgrado os dissensos doutrinários, a tradição mais moderna e atualizada do pensamento doutrinário parte da distinção entre a inação genérica e específica da Administração. Dessa forma, o que se exige para a imputação da responsabilidade da Administração Pública é que se comprove a omissão específica, isto é, que tenha sido a ausência da atuação do Estado a criar a

situação propícia para a produção do dano, quando tinha o dever de impedir sua ocorrência”.

Muito embora o Egrégio Tribunal haja adotado o atual entendimento da Suprema Corte, em outras oportunidades manifestou-se pelo acolhimento da responsabilidade subjetiva no que se refere a atos omissivos do Poder Público, com guarida no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça<sup>81</sup>. Senão, veja-se:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. BOVINO ESCAPA DO CERCADO ATRAVESSA PISTA E COLIDE COM VEÍCULO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO – FALTA DO SERVIÇO. - **A responsabilidade do Estado em decorrência de atos omissivos de seus agentes, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Pretório Excelso, é subjetiva.** - Configurada a culpa da Administração, em face da negligência de seu agente, que não tomou os devidos cuidados para evitar a ocorrência do evento danoso, exsurge o dever de indenizar. - Hipótese em que não foi efetuada a devida conservação das cercas que sepavam os bovinos, de propriedade da Autarquia-Ré, das imediações da pista de rolamento de veículos, restando devidamente caracterizada a inobservância do dever de cuidado por parte da Administração. - Remessa necessária improvida. (grifos acrescidos)

ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. QUEDA DE ÁRVORE. AVARIA EM VEÍCULO ESTACIONADO NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL CENTRAL DO EXÉRCITO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO – FALTA DO SERVIÇO. - **A responsabilidade do Estado em decorrência de atos omissivos de seus agentes, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Pretório Excelso, é subjetiva.** - Configurada a culpa da Administração, em face da negligência de seu agente, que não tomou os devidos cuidados para evitar a ocorrência do evento danoso, exsurge o dever de indenizar. - Hipótese em que não foi efetuada a devida conservação de árvores ou, mesmo na impossibilidade material de fazê-lo, a limitação ou impedimento do acesso de pessoas e veículos ao seu entorno, restando devidamente caracterizada a inobservância do dever de cuidado por parte da Administração. - Recurso provido. (grifos acrescidos)

Já o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, acolhe a tese da responsabilidade subjetiva na omissão administrativa, como se depreende da recente jurisprudência. De acordo com o Tribunal, quando verificado, além do fato administrativo, do dano, e do nexos de causalidade, o

---

<sup>81</sup> TRF-2 - REO: 199250010027321 RJ (1992.50.01.002732-1), Relator: Desembargador Federal FERNANDO MARQUES, Data de Julgamento: 30/09/2009, Quinta Turma Especializada, Data de Publicação: 09/10/2009; TRF-2 - AC: 200102010381648 RJ (2001.02.01.038164-8), Relator: Desembargador Federal FERNANDO MARQUES, Data de Julgamento: 29/09/2009, Quinta Turma Especializada, Data de Publicação: 26/10/2009.

mau funcionamento do serviço público (*faute du service*), o Poder Público deve indenizar<sup>82</sup>.  
Veja-se, portanto, o julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA EM BURACO NA VIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO ADEQUADA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO. DEVER DE REPARAR OS DANOS CAUSADOS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO. 1. A conservação dos passeios públicos, bueiros, pavimentação das vias públicas e bens públicos de uso comum é uma obrigação inerente à atividade administrativa do Município. 2. **Há divergência na doutrina sobre a responsabilidade do Estado-membro da Federação nos casos de omissão na prestação do serviço público. Para alguns seria objetiva, tendo em vista a redação do artigo 37, § 6º da Constituição da República e, para outros, considerando a teoria francesa da *faute du service* seria subjetiva, se o Estado tinha o dever de agir, ou objetiva, se considerada a omissão específica. Não obstante, prevalece o entendimento de que a responsabilidade do Ente Federado na hipótese de omissão de seus agentes é subjetiva. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. 3. De acordo com o artigo 30, I, da Constituição da República, é dever da edilidade a manutenção regular das vias públicas, a fim de evitar riscos à segurança e à integridade dos transeuntes. Precedentes do STJ e desta Corte. 4. As provas carreadas aos autos demonstraram a presença dos pressupostos da responsabilidade civil e a conduta omissiva da municipalidade que, de maneira negligente, inobservou o dever de manutenção das vias públicas, quer reparando o buraco ou mesmo sinalizando adequadamente o local (...). (grifou-se)**

Em outra ocasião, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu a tese da responsabilidade subjetiva apenas quando se tratar de omissão genérica. Em casos de omissões específicas, portanto, a responsabilidade do ente público seria objetiva<sup>83</sup>. Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. MORTE DE CIDADÃO EM VIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. Alegação de que o assassinato teria sido praticado por policiais militares. Fato não comprovado. Provas testemunhais não conclusivas. Ausência denexo de causalidade, a afastar a responsabilidade do estado. Alegação de responsabilidade por falha na prestação da segurança pública. Inocorrência. **O estado somente responde de forma objetiva pelas omissões específicas. As omissões genéricas devem ser devidamente comprovadas, sob pena de subsumir o estado à teoria do risco integral. Impossibilidade de se atribuir ao estado o ônus de segurador universal.** Pleito de afastamento da condenação em custas, que não se sustenta. Embora os autores sejam beneficiários da gratuidade de justiça, o art. 12 da Lei nº. 1.060/50 prevê a isenção do pagamento pelo prazo de 5 anos e, caso os beneficiários continuem em condições de hipossuficiência, tal obrigação fica prescrita. Manutenção da sentença. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (grifou-se)

<sup>82</sup> TJ-RJ - APL: 0381756-67.2011.8.19.0001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 4 VARA FAZ PÚBLICA, Desembargador Relator: JOSÉ CARLOS PAES, Data de Julgamento: 28/06/2017, DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/06/2017.

<sup>83</sup> TJ-RJ - APL: 01103845220058190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 3 VARA FAZ PUBLICA, Relator: CELIA MARIA VIDAL MELIGA PESSOA, Data de Julgamento: 06/11/2007, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/11/2007.

Por todo exposto, é possível observar a grande divergência existente acerca do tema, tanto no âmbito dos Tribunais Superiores, quanto na esfera dos demais Tribunais Regionais e Estaduais.

Para os defensores da responsabilidade objetiva por atos omissivos estatais, o argumento mais utilizado é o de que o art. 37, §6º, da CF, compreende atos comissivos e omissivos do Poder Público. Todavia, há a ressalva de que apenas omissões específicas são capazes de ensejar a responsabilidade objetiva, enquanto que omissões genéricas configuram responsabilidade subjetiva do ente público.

Já quem sustenta a responsabilidade subjetiva por comportamentos omissivos da Administração, argumenta que as omissões não estão encampadas pelo dispositivo constitucional, bem como que é preciso que seja comprovada a culpa do serviço público (falta do serviço ou culpa anônima) para que haja o dever de indenização.

Ultrapassada tal análise, serão estudados os posicionamentos doutrinários, que, por muitas vezes, amparam a própria jurisprudência.

### **4.3 Entendimento doutrinário**

A doutrina, tal como a jurisprudência, no que se refere à responsabilidade civil do Estado por omissão, divide-se em duas posições: os que defendem a tese da responsabilidade objetiva por atos omissivos estatais, e os que advogam pela responsabilidade subjetiva por comportamentos omissivos do Poder Público.

Em relação à primeira posição, é necessário que a omissão seja específica para que se fale em responsabilidade objetiva. Em se tratando de omissão genérica, a responsabilidade é subjetiva. Mas qual seria a diferença entre ambas e o fundamento para tal distinção?

O jurista Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra “Programa de Responsabilidade Civil”, compreende que o art. 37, §6º, da CF, se refere tanto às condutas comissivas do Estado, quanto às omissivas. Para o autor, o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre como elemento subjetivo (culpa), existindo também o ato ilícito em

sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma. Aduz, ainda, que a omissão estatal específica se caracteriza justamente quando há a violação de tal dever jurídico de agir de modo a evitar o evento lesivo<sup>84</sup>. Neste sentido, assevera:

“Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, **a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado.** (...) Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda. (...) Em contrapartida, **a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica;** quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva”. (grifos acrescentados)

Portanto, é preciso que a omissão do ente público tenha relação direta e imediata com o dano para que haja a responsabilidade objetiva do Estado. Deve existir a violação de um dever especial de agir, tendo em vista o comando normativo e a efetiva possibilidade de atuação no caso concreto.

Já a omissão genérica nada mais é do que a inobservância de um dever genérico e abstrato de cuidado imputável à Administração. Embora o comportamento estatal não se apresente como causa direta e imediata do dano, concorre para o evento lesivo, razão pela qual incumbe ao lesado provar a culpa anônima do serviço público para obter a devida reparação civil dos prejuízos.

Sendo assim, Sérgio Cavalieri propõe que haja uma distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de dever específico de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Na primeira hipótese (omissão específica), o não cumprimento de tal obrigação enseja a responsabilidade objetiva do Estado, ao passo que na segunda (omissão genérica), a inobservância do dever genérico e abstrato configura a responsabilidade subjetiva do ente público.

---

<sup>84</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 266 e seguintes.

Hely Lopes Meirelles partilha do entendimento de que a responsabilidade civil do Estado por inação é objetiva<sup>85</sup>:

“Observe-se que o art. 37, §6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...). O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

No mesmo sentido se posiciona José dos Santos Carvalho Filho, sustentando a existência de três pressupostos para caracterização da responsabilidade objetiva do Estado: o fato administrativo, o dano, e o nexo de causalidade entre este e aquele. De acordo com o autor, o fato administrativo é qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público<sup>86</sup>. Sendo assim, cabe ao lesado demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre dolo ou culpa.

Outrossim, ensina Yussef Said Cahali que a responsabilidade objetiva da regra constitucional resta configurada quando presente o nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso dele decorrente<sup>87</sup>.

Importa, também, tecer as considerações do professor Marçal Justen Filho acerca do tema<sup>88</sup>. Segundo o autor, a responsabilidade civil extracontratual do Estado é produzida pela presença de três elementos: dano, ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, e nexo de causalidade. A omissão aqui tratada, todavia, não consiste em um comportamento eivado de culpa, mas sim na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. É o que o referido jurista denomina de “objetivação da culpa”.

Além disso, o autor aduz que existem duas categorias de disciplina jurídica da omissão estatal: a inatividade frente a um dever de agir estabelecido pela lei, e, nesse caso, a o tratamento jurídico será semelhante ao adotado para a atuação estatal ativa (omissão própria); e a inatividade frente a um comando genérico autorizando o Estado atuar (omissão imprópria). No

<sup>85</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 589.

<sup>86</sup> CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 496.

<sup>87</sup> CAHALI, Yussef Sahid. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 40.

<sup>88</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1.195 e seguintes.



caso da omissão própria, há um dever de diligência preciso e determinado. Já na omissão imprópria, o dever de diligência não tem conteúdo exato.

Veja-se, portanto, que a tese sustentada por Marçal Justen Filho em muito se assemelha com a defendida por Sérgio Cavalieri Filho, haja vista que o tratamento jurídico conferido a omissão específica ou própria se equipara ao tratamento jurídico das condutas comissivas do Estado, sendo ambos os comportamentos abrangidos pelo art. 37, §6º, da Constituição Federal, que respalda a teoria do risco administrativo.

De todo modo, os autores que apregoam a responsabilidade objetiva do Poder Público por condutas omissivas, sustentam que o alargamento da responsabilidade estatal beneficia os administrados, que estarão desincumbidos de provar a culpa do serviço público para a obtenção de indenização por danos eventualmente sofridos. Sendo assim, tal teoria seria concebida como mais justa e positiva em face da teoria da responsabilidade subjetiva do ente público por omissão.

Já para a doutrina que defende a responsabilidade subjetiva nos casos de omissões estatais, o que existe é a violação objetiva de um dever de diligência legalmente imposto, o que, por certo, configura ato ilícito, razão pela qual se faz necessária a prova da culpa em sentido amplo.

Um dos maiores defensores desta tese é o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>89</sup>, que sustenta que a responsabilidade fundada no risco administrativo pressupõe uma conduta comissiva do Estado, que coloca uma terceira pessoa ou seu patrimônio em risco, em benefício da instituição governamental ou da coletividade em geral. A omissão administrativa ilícita, portanto, deve caracterizar a responsabilidade subjetiva do Estado. Assim também leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>90</sup>:

“(…) a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por comportamento ilícito, é necessariamente subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia

---

<sup>89</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed., 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>90</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 942 e seguintes.

(culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”.

É de extrema valia que exista um dever juridicamente imposto ao Poder Público e que tal dever seja descumprido para que se caracterize a omissão antijurídica ou ilícita. Vale notar que, quando se tratar de omissão lícita, isto é, aquela decorrente do juízo de conveniência e oportunidade do administrador público, restará afastada a responsabilidade estatal. Além disso, o aludido autor destaca a necessidade de que, diante da obrigação legal e do caso concreto, seja possível a atuação do agente público de modo a evitar o dano.

Desta forma, existindo negligência, imprudência, imperícia, ou, mesmo, o dolo, no serviço público, elementos sem os quais não teria ocorrido o evento lesivo, estará o Estado obrigado indenizar. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou para haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.”.

Ainda de acordo com o autor, se o Estado demonstrar em juízo que não incorreu em dolo ou culpa em sentido estrito, por óbvio, estará elidida sua responsabilidade. Tal fato não ocorre na responsabilidade objetiva, tendo em vista que é irrelevante a comprovação de que o Poder Público agiu ou não de forma culposa – responderá de todo modo.

Como visto, a aplicação da teoria objetiva também em comportamentos omissivos do Estado desonera o administrado, já que este encontraria grande dificuldade na demonstração da culpa anônima ou culpa do serviço. Em reflexão acerca deste ponto, o referido jurista sugere a inversão do ônus da prova:

“(…) nos casos de falta do serviço, é de se admitir uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria”.

Assim, incumbe ao ente governamental demonstrar que não se comportou dolosa ou culposamente, bem como suscitar causas excludentes ou atenuantes de sua responsabilidade.

Lúcia Valle Figueiredo, apoiando-se nos ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e de Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz que as condutas omissivas do Estado não

se adéquam à responsabilidade objetiva prevista no texto constitucional. E justifica: “se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço”<sup>91</sup>.

Vale destacar, também, as lições de Alexandre Santos de Aragão, pela proficiência com que trata a matéria. Assim sustenta o autor<sup>92</sup>:

“a omissão que pode ensejar a responsabilidade do Estado é sempre ilícita, ao contrário do que se dá com a ação, que pode ser lícita ou ilícita para responsabilizar o Estado. A responsabilização por omissão terá lugar apenas se o Estado tinha o dever de agir, ou seja, se estava legalmente obrigado a impedir a ocorrência do evento danoso, e se omitiu.

(...) não é suficiente apenas haver relação entre um dano não evitado com o qual estaríamos adotando a Teoria do Risco Integral ou Social (ex.: todos os assaltos seriam indenizáveis pelo Estado), exigindo-se também a falha do serviço do Estado”.

Outros autores consagrados no ordenamento jurídico pátrio se posicionam da mesma forma, defendendo a responsabilidade subjetiva do Estado por omissão ilícita, a saber: Maria Helena Diniz, Diogenes Gasparini, José Maria Pinheiro Madeira, dentre outros<sup>93</sup>.

Como é possível notar, a controvérsia que paira sobre o tema ora analisado persiste há tempos, encontrando dissonâncias tanto no âmbito da jurisprudência, quanto na seara doutrinária. Vislumbram-se, ainda, teses juridicamente fortes em ambos os lados, sustentadas por autores igualmente relevantes para o direito.

Em que pese tal divergência, será apresentada – sem a pretensão de esgotar o tema – a seguir, a análise crítica de tais posições, inclusive com a exposição de casos práticos, a fim de defender a tese da responsabilidade subjetiva do Estado por comportamentos omissivos.

---

<sup>91</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 172.

<sup>92</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 567.

<sup>93</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 265; GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.043; MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, tomo II**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, p. 265.

#### 4.4 Análise crítica: Fundamentos para a responsabilidade subjetiva estatal pela prática de atos omissivos

Conforme examinado, a aplicação da teoria objetiva no que se refere aos atos omissivos do Poder Público é vista, por muitos, como forma de beneficiar o administrado lesado pelo comportamento estatal, já que este estaria desincumbido de comprovar a culpa, bastando demonstrar o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade para que o Estado seja obrigado a indenizar.

Frisa-se que, de acordo com a doutrina e jurisprudência que respaldam a tese supracitada, para a responsabilização do ente público, é preciso a demonstração da violação de um dever específico de agir, caracterizando uma omissão específica.

Significa dizer que, se, no caso concreto, existir a violação de um dever individualizado de agir – há um comando normativo específico ou extraível do ordenamento jurídico, impondo a prática de determinada conduta e/ou a necessidade e possibilidade de se adotar uma postura ativa a fim de evitar o evento lesivo – e tal violação servir de condição sem a qual o dano não teria ocorrido, o Estado deverá responder objetivamente.

Haverá o dever específico ou individualizado de agir sempre que o Estado assumir posição de garantidor. Logo, se sua inatividade (quando tinha o dever especial de atuar) resultar dano patrimonial ou extrapatrimonial a terceiros, deverá responder pelos prejuízos. Tal omissão, frente a uma obrigação específica de diligência, é concebida como causa direta e imediata do infortúnio.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, autor que chancela a teoria da responsabilidade objetiva na omissão estatal, a ilicitude, atualmente, deve ser entendida em sentido amplo, dissociada de quaisquer elementos subjetivos. Isto é, deve ser compreendida como **contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma**<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 266 e seguintes.

Ocorre que, contrariar os ditames estabelecidos pelo ordenamento jurídico é, na verdade, atuar de forma culposa. Ou se tem a vontade deliberada de se portar contra o direito, ou se age com a falta do cuidado devido. É impossível, portanto, dissociar o elemento subjetivo (culpa em sentido amplo) do ato ilícito. No caso da omissão (juridicamente relevante), tal fato se mostra ainda mais evidente, tendo em vista que há a violação de um dever jurídico de agir, seja porque existe um comando legal específico que ordena o comportamento comissivo, seja porque as circunstâncias do caso concreto impõem uma conduta ativa do ente público.

Vale recapitular que, pela teoria da imputação, o agente público é o próprio Estado. O agente estatal pode atuar com dolo, negligência, imprudência ou imperícia. Os defeitos de seu comportamento podem ensejar a culpa do serviço, isto é, o serviço que não funciona, funciona mal ou funciona atrasado.

Na culpa do serviço, entretanto, não é preciso aferir quem, precisamente, causou o dano. Certo é que o serviço público não funcionou da forma como deveria, seja por negligência, imprudência ou imperícia dos servidores, seja por dolo dos mesmos, sendo esta a causa adequada para o advento do evento danoso, razão pela qual o Estado deve responder subjetivamente pelos prejuízos eventualmente causados a terceiros.

Deve-se distinguir, entretanto, a objetividade concernente à própria conduta estatal da responsabilidade subjetiva do Estado. No primeiro caso, é necessário que exista, de fato, o mau funcionamento do serviço, responsável pela lesão à esfera jurídica alheia. Se assim não fosse, inexistiria relevância para o ordenamento jurídico. Em relação à segunda hipótese, a responsabilidade subjetiva restará caracterizada quando, diante do caso concreto, for possível aferir que o evento danoso resultou do comportamento ilícito do Poder Público. Neste sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>95</sup>:

“o que cumpre distinguir é a objetividade de dada conduta, à qual se atribui o dano, e a objetividade da responsabilidade. A primeira é sempre objetiva, pois o Direito só se ocupa de situações tomadas em sua objetividade, isto é, como um dado objetivo. A segunda sê-lo-á ou não. (...) Há a responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora do dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidades normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou em outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade

---

<sup>95</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 934-935.

por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo”.

Por seu turno, a ilicitude estará configurada quando o Poder Público atuar de forma contrária ao ordenamento jurídico. E, vale frisar: a violação de um dever juridicamente estabelecido se dá por dolo ou por culpa em sentido estrito, sendo impossível a dissociação de tais elementos subjetivos do ato ilícito.

Pois bem. Os defensores da aplicação da teoria objetiva em atos omissivos ilícitos do Poder Público advogam que a violação de um dever específico de agir ensejadora de dano caracteriza a responsabilidade objetiva do Estado. Diversamente, se houver a violação de uma obrigação genérica e abstrata, a responsabilidade será subjetiva. Tal se justifica por ser a omissão específica causa direta e imediata do evento lesivo, enquanto que a omissão genérica é causa indireta e mediata.

Todavia, faz-se necessário refletir: o que seria causa direta e imediata (causa adequada à ocorrência do dano) e causa indireta e mediata? Para responder tais questionamentos, serão analisados alguns exemplos de casos elencados pelo jurista Sérgio Cavalieri Filho, ao tratar das hipóteses de omissões específicas e genéricas da Administração Pública<sup>96</sup>.

De acordo com o referido autor, ocorre a omissão específica nos casos de morte de detento em rebelião em presídio; de inatividade por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio ou suicídio de detento; e morte de aluno nas dependências de escola pública no horário escolar, em razão de queda em bueiro existente no pátio da escola municipal.

No primeiro exemplo (morte de detento em rebelião em presídio), suponha que a maioria dos policiais, em vez de se empenhar em conter a rebelião e impedir eventuais danos aos presos, concentrou-se em unir esforços para deter um grupo de adeptos da tática *Black Bloc*, que estava atuando em frente ao presídio, em meio a uma manifestação, depredando o patrimônio público e atentando contra integridade física de outras pessoas. Imagine, ainda, que os referidos policiais

---

<sup>96</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 266 e seguintes.

não conheciam da rebelião, e os poucos que permaneceram na penitenciária não foram capazes de conter as agressões realizadas pelos encarcerados.

No que se refere ao caso de suicídio ou homicídio de detento, de igual forma, é possível que o Estado não possa atuar a fim de evitar o infortúnio. Neste sentido, mesmo que os policiais ajam com diligência e tomando todas as medidas necessárias para impedir a presença de armas no cárcere, é possível que um preso ataque outro de madrugada, utilizando-se apenas de sua força física, fazendo com que o agredido venha a óbito. Da mesma forma, é possível que, mesmo com exames psiquiátricos periódicos e assistência social rotineira, não se verificando nenhum distúrbio mental ou intenção de cessar a própria vida, um preso cometa suicídio.

Em relação à morte de aluno nas dependências de escola pública no horário escolar, em razão de queda em bueiro existente no pátio da escola municipal, o mesmo pode ser dito. Assim, pode ser comprovado que o bueiro encontrava-se aberto em razão de força maior ou fato de terceiro, bem como ser demonstrada a falta de tempo hábil para que os administradores do colégio público tomassem conhecimento de tal fato e adotassem as medidas cabíveis para evitar futuros danos.

Em todos os casos mencionados, embora exista o dever de atuação do Poder Público a fim de evitar o evento lesivo, pode ser que, no caso concreto, exista a impossibilidade de agir, razão pela qual não se pode falar em falta de cuidado devido, negligência, imprudência ou imperícia. Em que pesem tais conclusões, de acordo com a teoria objetiva, restará configurada a responsabilidade do Poder Público, conforme ensina Sérgio Cavalieri.

O autor supracitado faz referências, ainda, a outros casos concretos, cujas condutas do Estado se mostram ainda mais reprováveis. São eles: paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados os exames determinados pelo médico, vindo a falecer no dia seguinte; e suicídio cometido por paciente internado em hospital público, tendo o médico responsável ciência da intenção suicida do paciente e nada fez para evitar.

No primeiro caso, é possível que os equipamentos necessários à realização dos exames determinados pelo médico se encontrem com defeito. Se for considerado que só existem tais equipamentos naquela localidade do Estado e que foram tomadas todas as providências cabíveis

para o conserto das máquinas hospitalares a fim de que possam atender adequadamente às necessidades dos pacientes, e, mesmo assim, ocorre o óbito de um deles, de igual forma, inexistente falta de diligência administrativa.

No último caso, porém, resta configurada a culpa da Administração Pública, haja vista que, ciente da intenção suicida do paciente, o médico manteve-se omissivo, negligente. Deixou de tomar as precauções necessárias, agiu com desídia, com a falta do cuidado devido. Aqui, a responsabilidade estaria caracterizada mesmo pela teoria subjetiva.

O que é possível observar em todos os casos é o grau de reprovabilidade da omissão do ente público. Isto é, se existia o dever jurídico de agir, bem como a possibilidade de atuação, e assim não foi feito (conduta manifestadamente reprovável), vislumbra-se a omissão específica do Estado. Se a hipótese é de omissão genérica e abstrata, por outro lado, o comportamento do ente público é menos reprovável, motivo suficiente para que a vítima arque com o ônus probatório.

Em termos práticos, o que existe é a análise da culpa. Portanto, se houve negligência, imprudência, imperícia ou desídia no serviço público, caracterizando a violação de um dever objetivo de cuidado (seja especificado em lei, seja extraível do ordenamento jurídico), advindo o evento danoso, para os defensores da teoria objetiva na omissão administrativa, estará presente a omissão específica, causa direta e imediata do dano.

Vale repisar: comporta-se de forma culposa e ilícita aquele que, tendo o dever jurídico de agir e possibilidade de atuação, se mantém inerte por vontade deliberada ou pela falta do cuidado devido, e, como consequência de tal conduta, advêm danos a outrem. Retoma-se a ideia de indissociabilidade entre a culpa *lato sensu* e a ilicitude.

No que toca aos casos práticos em que há a omissão genérica do Poder Público, Sérgio Cavalieri Filho destaca: negligência na segurança de balneário público (mergulho em lugar perigoso, conseqüente tetraplegia); queda de ciclista em bueiro (o estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta do serviço); e estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei (falta do caracterizada).



Em tais hipóteses, a responsabilidade estatal será subjetiva, conforme aventado pelo consagrado jurista. Sendo assim, se a parte lesada comprovar, em juízo, a culpa administrativa, nascerá, para o Estado, a obrigação de reparar dos danos sofridos. Significa dizer que é preciso demonstrar a violação de um dever jurídico de agir e a possibilidade de atuação no caso concreto, ou seja, a omissão específica. Desta forma, o dever concebido como genérico de agir, convola-se em dever específico de agir.

Mais uma vez resta evidente que a diferença entre ser a omissão específica (causa direta e imediata) ou genérica (causa indireta e mediata) reside no grau de reprovabilidade da conduta estatal. Tanto é verdade que, para a caracterização da omissão específica é preciso que o comportamento do ente público seja, de plano, reprovável, isto é, a ilicitude deve saltar aos olhos. De modo contrário, se a ilicitude não for tão facilmente visualizada, existindo justificativas plausíveis para a inatividade do Estado, estará configurada a omissão genérica e abstrata.

Ocorre que, em determinados casos práticos, é extremamente difícil definir se estaremos diante da violação de um dever específico de agir ou da violação de um dever genérico de agir, e, por conseguinte, se a responsabilidade do Poder Público será objetiva ou subjetiva. Isso porque o grau de reprovabilidade está atrelado a um juízo de valor, essencialmente subjetivo.

Neste sentido, Sérgio Cavalieri faz alusão ao caso da queda de um poste de ferro com um sinal de trânsito sobre uma idosa no calçadão de Ipanema, Rio de Janeiro. A base de metal que sustentava o sinal estava bastante enferrujada e acabou quebrando com o apoio da idosa. No dia seguinte, reportou-se que 40 postes de iluminação pública apresentavam comprometimento em sua estrutura por corrosão da maresia, o que, de acordo com o autor caracteriza a omissão genérica do serviço de conservação da Prefeitura. De acordo com o professor, a responsabilidade do Estado, neste caso, é subjetiva, haja vista a omissão genérica.

No caso supracitado, muito embora o evento lesivo não seja tão facilmente imputável à conduta estatal, já que o Estado não deve (e nem teria como) impedir todos os danos aos administrados a todo o momento e em todo lugar, sob pena de reverberar a teoria do risco integral, nota-se que diversos postes da região se encontravam em mau estado de conservação. Com efeito, o risco à integridade física de outras pessoas, em razão da inatividade do ente

governamental, é tão grande, que faz surgir a seguinte pergunta: a omissão administrativa, neste caso, é específica ou genérica?

Entende-se que o cerne da questão está relacionado à ilicitude ou licitude da conduta do Estado. Assim, é preciso averiguar se: i) existe norma específica que imponha o comportamento ativo do Estado; ii) embora não haja norma específica, o dever de se portar ativamente é extraível do ordenamento jurídico; iii) além da imposição legal, diante do caso concreto, é possível agir a fim de evitar o evento lesivo.

Se o Estado se comportou em conformidade com o sistema jurídico pátrio, sem incorrer em culpa em sentido amplo, não deverá ser responsabilizado patrimonialmente, já que não houve omissão ilícita (relevante juridicamente).

Portanto, é irrelevante discutir se houve a violação de um dever específico ou genérico de agir, especialmente considerando a grande dificuldade prática de determinação de um caso ou de outro. Basta que se verifique, dessa maneira, se houve, ou não, omissão contrária ao direito.

Quando o Estado causa dano a terceiros por ação, é possível que sua atuação tenha sido lícita ou ilícita, existindo o dever de indenizar de todo modo, conforme preconiza o art. 37, §6º, da CF. No caso da omissão, entretanto, para que haja a responsabilidade do Poder Público, é preciso que esta seja, necessariamente, ilícita. E, se existe ilicitude, é porque estão presentes os elementos subjetivos dolo ou culpa, como já exposto.

Ao determinar a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de omissões administrativas, o que se busca é a realização de uma manobra jurídica, supostamente inovadora e progressista, com o objetivo de conferir maior proteção aos administrados. Na prática, todavia, não há nada de novo, ou melhor.

Isso porque, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência que adota a teoria objetiva na omissão estatal, a omissão específica é a violação de um dever jurídico específico, isto é, o descumprimento de uma obrigação individualizada de agir, tendo em vista os comandos legais e a possibilidade de agir do caso concreto.

Sendo assim, provar que houve omissão específica é, na verdade, provar que houve a violação do ordenamento jurídico (ilicitude), e, por conseguinte, que agiu com dolo ou culpa em sentido estrito.

Em todo caso – seja para os que defendem a responsabilidade subjetiva por comportamentos omissivos do Estado, seja para os que advogam pela aplicação da teoria objetiva em casos de inatividade do Poder Público – será preciso comprovar que a atuação estatal foi lícita, desprovida dos elementos subjetivos dolo ou culpa, para rechaçar a obrigação de indenizar.

Desta forma, se for demonstrado que o Estado não se portou de forma comissiva porque não tinha o dever legal de assim atuar, ou, tendo o dever, não podia agir naquela hipótese, não sendo razoável que adotasse uma postura ativa, restará afastada a ilicitude de sua conduta. Por certo, se a atuação do ente governamental está em conformidade com o direito, com os padrões de diligência legalmente exigíveis, e, não obstante, ocorre o dano, não há porque ser responsabilizado.

De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, que adota a teoria objetiva em casos de inatividade do Estado, demonstrada a impossibilidade de atuação estatal no caso concreto (dever individualizado de agir), haverá a desconstituição o nexo de causalidade.

Neste sentido, assevera o Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do RE 841.526/RS: “A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público **comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva** do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso”. Na mesma ocasião, também restou consignado que<sup>97</sup>:

“Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal”. E mais: “No contexto do Direito Administrativo e, especificamente, da responsabilidade civil do Estado, **forçoso é reconhecer a possibilidade de o ente público comprovar situação que impeça sua atuação** e, dessa forma, exclua o nexo jurídico de

---

<sup>97</sup> STF – RE: 841.526 RS, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 30/03/2016. Sessão Plenária. Data de Publicação: DJe 29/07/2016.

causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular, eximindo-se, assim, da responsabilidade”. (grifou-se)

Vislumbra-se a tentativa de justificar a responsabilidade objetiva da Administração por atos omissivos através da existência ou não de nexo de causalidade (direto e imediato) entre a causa e o resultado danoso, desconsiderando, para tanto, os elementos subjetivos inerentes à conduta<sup>98</sup>.

Ocorre que, inexistindo omissão ilícita por parte do Estado, não se forma a relação causal, uma vez que o liame existente entre a inatividade e o resultado é de caráter normativo. Por omissão ilícita entende-se a contrariedade ao ordenamento jurídico, bem como a efetiva possibilidade de agir a fim de evitar o infortúnio. Se não for possível agir no caso concreto, para impedir a deflagração do dano, não há que se falar em conduta ilícita, eivada de dolo ou culpa.

Significa dizer que, se foram observados todos os padrões de diligência exigíveis no caso concreto, muito embora ocorrido o episódio danoso, este não pode ser imputado a conduta administrativa.

Defender a possibilidade de o ente público comprovar situação que impeça sua atuação, de modo a excluir o nexo jurídico de causalidade, é reconhecer que o Estado pode, por meio de provas, comprovar que o episódio danoso não lhe é imputável, já que não agiu de forma ilícita. Sendo assim, seja na responsabilidade subjetiva, seja na objetiva, imprescindível é a discussão da culpa.

Veja-se que a desconstituição do nexo de causalidade, nada mais é do que a descaracterização da culpa, da ilicitude atribuída à conduta estatal, visando rechaçar a responsabilidade do Poder Público.

---

<sup>98</sup> É importante não confundir relação de causalidade com a culpa em sentido amplo (elemento subjetivo). A primeira hipótese refere-se do liame juridicamente estabelecido entre o comportamento eivado de ilicitude e o dano. Já a segunda está atrelada à vontade deliberada de se portar de forma contrária ao direito (dolo), bem como à falta de cuidado devido (culpa em sentido estrito), desrespeitando, também, os parâmetros legalmente impostos. Embora se trate de conceitos distintos, ambos estão interligados, uma vez que, para a responsabilização civil, é preciso a conduta ilícita, sendo esta a causa direta e imediata do dano (relação de causalidade). Registra-se que, no caso da responsabilidade civil do Estado por ação, é irrelevante que esta seja lícita ou ilícita, bastando demonstrar que a lesão decorreu do comportamento comissivo do Poder Público.

Ora, provar que não houve nexos de causalidade, e, por conseguinte, omissão específica, é provar que inexistiu comportamento culposos da Administração. É dizer que o Poder Público agiu de forma diligente, em observância ao seu dever jurídico, tomando todas as cautelas necessárias e exigíveis, e, não obstante, deflagrou-se o evento lesivo.

No caso concreto, demandado o Poder Público em juízo, e considerando a responsabilidade por omissão (específica) administrativa como sendo objetiva, a tese defensiva será a desconstrução do nexos de causalidade, bem como a desconstituição da omissão específica – não havia possibilidade de agir ou dever individualizado de agir. Se não houve a violação de um dever juridicamente imposto, traduzido numa omissão ilícita, o comportamento omissivo da Administração não foi a condição sem a qual não teria ocorrido o dano.

Na hipótese de ser a responsabilidade por omissão subjetiva, a tese defensiva será a demonstração de que não houve culpa em sentido amplo, seja do agente público ou do serviço. Na prática, em ambos os casos o que se argumentará é que **não houve violação de um dever objetivo de cuidado**, e, portanto, **não houve ilicitude**.

Sendo assim, em termos práticos, a parte lesada não estará desincumbida de provar a culpa do ente público, já que deve demonstrar que a inatividade da Administração violou os ditames legais – omissão específica e relação de causalidade – para obter a reparação do dano. Logo, a proposta de se adotar a teoria objetiva na omissão do Estado, tida como inovadora e progressista, na realidade, torna ainda mais oneroso para o administrado à obtenção de indenização.

Isso porque, como visto, os defensores da teoria subjetiva em casos de omissões ilícitas do Poder Público sugerem, corretamente, a inversão do ônus da prova, de modo a beneficiar a vítima. Caberá ao Estado, portanto, comprovar que atuou de forma diligente, visando elidir sua responsabilidade.

Outro ponto que merece ser destacado para corroborar a ideia de que a inatividade estatal deve ser regida pela teoria subjetiva é a manifesta incompatibilidade da omissão antijurídica com a tese da responsabilidade objetiva.

De acordo com a teoria do risco administrativo, o dano pode ser causado por comportamentos lícitos ou ilícitos do Estado. Mas é irrelevante a demonstração da culpa, existindo a responsabilidade de toda forma. Se, no caso concreto, restar comprovado que o Poder Público não podia agir a tempo para impedir a ocorrência do evento danoso, não haverá que se falar em omissão específica (violação de dever legal e possibilidade de agir para evitar o dano), e, por conseguinte, em ilicitude (culpa em sentido amplo).

Dito isto e considerando que, pela teoria do risco administrativo, o Estado responde mesmo por comportamentos lícitos, mesmo que se comprove que não era possível adotar uma postura ativa, no caso concreto, a fim de impedir o dano – conduta lícita –, haverá a responsabilidade do ente governamental. Observa-se, pois, que toda vez que ocorrer algum evento lesivo em razão da inatividade da Administração (ainda que lícita), surgirá o dever de indenizar.

Para o defensor desta concepção teórica, Guilherme Couto de Castro, no caso de falha em um sinal de trânsito, o qual passa a indicar ininterruptamente luz verde, causando acidente, haverá responsabilidade objetiva estatal, ainda que a Administração, alertada, providencie imediatamente o conserto, inclusive com o envio de guarda ao local<sup>99</sup>.

Na hipótese ora mencionada, o Poder Público não incorreu em nenhuma ilicitude. Pelo contrário, agiu com diligência e presteza. Sem embargos, para o autor, existirá o dever de indenizar a parte lesada. Por esta ótica, todo dano que tem como causa uma suposta inatividade do Estado, será passível de indenização, o que se mostra completamente irrazoável e beira a teoria do risco integral.

É importante recordar que a omissão juridicamente relevante é aquela que afronta o direito. Inexistindo ilicitude no comportamento omissivo do Estado, não há que se cogitar a responsabilidade civil. Desta maneira, a omissão ilícita do Poder Público é incompatível com a tese da responsabilidade objetiva.

No mais, aduzir que o Estado pode alegar, no caso concreto, a impossibilidade de atuação para impedir a ocorrência do episódio lesivo, de modo a romper o nexo de causalidade e

---

<sup>99</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2000, pp. 61-62.

descaracterizar a omissão específica, é afastar a própria culpa da Administração, conforme aventado.

Em outras palavras, além de existir completa incompatibilidade entre a omissão ilícita do Poder Público e a teoria da responsabilidade objetiva estatal, a defesa da teoria objetiva em comportamentos omissivos da Administração Pública não apresenta nenhuma distinção, em termos práticos, da teoria subjetiva, visto que, em todo caso, será essencial a análise da culpa para que se possa responsabilizar o Estado.

Ante o exposto, a omissão juridicamente relevante, contrária aos ditames legais, deve ser regida pela teoria da responsabilidade subjetiva, haja vista estar intimamente atrelada aos elementos subjetivos dolo ou culpa em sentido estrito. Para tanto, é preciso que se faça uma análise casuística, em observância a todas as circunstâncias da atuação do Estado, para que se verifique se este agiu, ou não, de forma culposa.

É importante frisar que, para estar em conformidade com o ordenamento jurídico, é necessário que a Administração observe o dever legal de agir, bem como a possibilidade de adotar o comportamento comissivo, nos limites da razoabilidade, a fim evitar o dano. Em atenção às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é razoável que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los”<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 944.

## CONCLUSÃO

A teoria da responsabilidade objetiva por atos omissivos da Administração surge como uma nova ideia para beneficiar o administrado, que estará desincumbido, supostamente, de provar a culpa do Estado. Tal tese tem como pressupostos, para a configuração da responsabilidade, a demonstração da omissão específica da administração, o dano, e o nexo de causalidade entre ambos. A primeira vista, parece muito simples e vantajoso para os particulares, evidenciado um caráter progressista em relação à teoria da responsabilidade subjetiva por atos omissivos.

Como visto neste trabalho, a teoria objetiva nada mais é do que uma manobra jurídica, que anuncia como inovador algo que já existia. Além disso, não se pode esquecer da existência falha metodológica no que concerne ao seu fundamento, tendo em vista que a omissão ilícita é juridicamente incompatível com a própria responsabilidade objetiva.

O presente estudo tem como escopo, sem a pretensão de esgotar o tema, demonstrar a grande dificuldade de, diante das inúmeras situações do cotidiano, definir quando haverá a omissão genérica ou quando será a hipótese de omissão específica. Verifica-se que a diferença entre ambas consiste no grau de reprovabilidade da conduta estatal. Isto é, quanto mais reprovável, mais se estará próximo da omissão específica. De modo contrário, se o comportamento omissivo for justificável ou compreensível (menos reprovável), restará caracterizada a omissão genérica do Poder Público.

Seja como for, o juízo de reprovabilidade é essencialmente subjetivo, sendo demandada, em qualquer caso, a análise da culpa da Administração. Portanto, não há grandes mudanças em relação à teoria subjetiva.

Se a omissão for especial (causa direta e imediata do dano), o Estado terá violado o ordenamento jurídico, se mantendo inerte quando tinha condições de agir para impedir o evento lesivo. E, se assim se portou, atuou com dolo ou com culpa.

Já no caso da omissão genérica, a relação de causalidade não é tão evidente: é indireta e mediata. Significa dizer que a ilicitude da conduta não é tão manifesta, razão pela qual a parte



lesada deve provar que houve dolo, negligência, imprudência ou imperícia, por parte do serviço público ou do agente público, para obter a devida reparação dos danos.

Atribuir a responsabilidade objetiva ao ente administrativo apenas com enfoque no nexo de causalidade direto e imediato, significa admitir que a aquela conduta estatal está em desconformidade com os padrões juridicamente estabelecidos, que é ilícita, que é mais reprovável, e por tal razão, sobreveio o episódio lesivo. Se não houver ilicitude, embora tenha ocorrido o dano, este não deve ser imputado ao Estado, rompendo-se o nexo de causalidade e afastando-se sua responsabilidade.

Ocorre que, como visto, não é possível dissociar a ilicitude da culpa em sentido amplo. Isto é, quem age de forma ilícita, age por dolo ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Se, mesmo existindo comando legal (específico ou abstrato), o Estado não adota uma postura ativa porque, diante do caso concreto, não podia agir para evitar o infortúnio, a conduta não pode ser considerada ilícita. Não se tratando de conduta ilícita, não há que se falar em nexo de causalidade, e nem em responsabilidade.

Visualizar a responsabilidade objetiva do Estado por comportamentos comissivos é extremamente razoável, já que é possível que o ente público cause danos a terceiros no exercício de suas atividades. Todavia, quando se fala em condutas omissivas, trata-se de um não agir do Estado. Se este não age, não é possível que cause danos a terceiros, ao menos pela ótica material.

Sendo assim, para que haja a responsabilização pela inatividade administrativa, é preciso que esta afronte o ordenamento jurídico, ou seja, é preciso que haja um comando legal, específico ou não, que ordene um agir, e o Poder Público, não o faz, em sendo possível fazê-lo. E, para se portar de forma ilícita, não é possível afastar os elementos subjetivos (dolo ou culpa em sentido estrito).

Em suma, à luz do ordenamento jurídico pátrio, é impossível dissociar a culpa *lato sensu* do ato ilícito, sendo este o principal fundamento para a defesa da responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### **Doutrina:**

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

CAHALI, Yussef Sahid. Responsabilidade Civil do Estado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CARVALO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

CASTRO, Guilherme Couto de. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Administração Pública, tomo II. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. 3ª ed., 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SECCO, Orlando de Almeida. Introdução ao Estudo do Direito. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

### **Jurisprudência:**

STF - RE: 130764 PR, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 12/05/1992. Primeira Turma. Data de Publicação: DJe 07/08/1992.

STF – RE: 841.526 RS, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 30/03/2016. Sessão Plenária. Data de Publicação: DJe 29/07/2016.

STF – RE: 372.472 RN, Relator: Ministro CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 04/11/2003. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 28/11/2003.

STF – RE: 369.820 RS, Relator: Ministro CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 04/11/2003. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 27/02/2004.

STF – RE: 382.054 RJ, Relator: Ministro CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 03/08/2004. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 01/10/2004.

STF – AgR no AI: 512.698, Relator: Ministro CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 13/12/2005. Segunda Turma. Data de Publicação: 24/02/2006.

STF – AgR no RE: 677.283, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 17/04/2012. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 08/05/2012.

STF – AgR no ARE: 754.778, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 26/11/2013. Primeira Turma. Data de Publicação: Dje 19/12/2013.

STF – AgR no RE: 607.771, Relator Ministro EROS GRAU, Data de Julgamento: 20/04/2010. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 14/05/2010.

STF – AgR no AI: 852.237, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 25/06/2013. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 09/09/2013.

STJ - REsp 1.374.284 MG 2012/0108265-7, Relator: Mininstro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/08/2014. Segunda Seção. Data de Publicação: DJe 05/09/2014.

STJ - AgRg no AREsp: 505718 RS 2014/0093235-7, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 25/11/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 03/12/2014.

STJ - REsp: 1325862 PR 2011/0252719-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/09/2013. Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 10/12/2013.

STJ - AgInt no AREsp 913670 BA 2016/0126056-4, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 01/09/2016. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 14/09/2016.

STJ - REsp: 1172421 SP 2009/0249646-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/08/2012. Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 19/09/2012.

STJ - REsp: 1.492.710 MG 2014/0199768-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 16/12/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 19/12/2014.

TRF-2 - AC: 0000625-55.2006.4.02.5101 RJ (2006.51.01.000625-4), Relatora: Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA, Data de Julgamento: 26/07/2017. Oitava Turma Especializada, Data de Publicação: 16/08/2017.

TRF-2 - APELREEX: 00047815420094025110 RJ (0004781-54.2009.4.02.5110), Relatora: EDNA CARVALHO KLEEMANN, Data de Julgamento: 21/06/2017, Sétima Turma Especializada, Data de Publicação: 26/06/2017.

TRF-2 - REO: 199250010027321 RJ (1992.50.01.002732-1), Relator: Desembargador Federal FERNANDO MARQUES, Data de Julgamento: 30/09/2009, Quinta Turma Especializada, Data de Publicação: 09/10/2009.

TRF-2 - AC: 200102010381648 RJ (2001.02.01.038164-8), Relator: Desembargador Federal FERNANDO MARQUES, Data de Julgamento: 29/09/2009, Quinta Turma Especializada, Data de Publicação: 26/10/2009.

TJ-SP – Apelação. Relator: NOGUEIRA DIEFENTHALER, Data de Julgamento: 08/03/2010, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 24/03/2010.

TJ-RJ - APL: 0381756-67.2011.8.19.0001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 4 VARA FAZ PÚBLICA, Desembargador Relator: JOSÉ CARLOS PAES, Data de Julgamento: 28/06/2017, DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/06/2017.

TJ-RJ - APL: 01103845220058190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 3 VARA FAZ PUBLICA, Relator: CELIA MARIA VIDAL MELIGA PESSOA, Data de Julgamento: 06/11/2007, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/11/2007.

**Sítio eletrônico:**

BRASIL. Possibilidade de responsabilização civil de agente público é objeto de repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339239>>. Acesso em: 19 out. 2017.

**Texto acadêmico:**

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de ; OLIVEIRA, L. P. ; OLIVEIRA, T. C. S. ; PEREIRA, E. B. V. ; OLIVEIRA, P. A. . Responsabilidade civil por omissão: objetiva ou subjetiva?. In: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; AZAR FILHO, Celso; FONSECA, Maria Guadalupe Piragipe. (Org.). Direito Constitucional no terceiro milênio. 1º ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2011, v. 1, p. 6-38.

**Artigo publicado em periódico especializado:**

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. Revista Trimestral de Direito Civil, n.6, abr./jun. 2001.