

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

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

CARLOS FELIPE NOGUEIRA PINHO

RIO DE JANEIRO

2008

CARLOS FELIPE NOGUEIRA PINHO

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Lorenzo Martins Pompílio da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

Pinho, Carlos Felipe Nogueira.

Da responsabilidade civil do Estado por omissão / Carlos Felipe Nogueira Pinho – 2008.

61 f.

Orientador: Lorenzo Martins Pompílio da Hora.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 58-61.

1. Pessoa jurídica - Monografias. 2. Da responsabilidade civil do Estado por omissão. I. Hora, Lorenzo Martins Pompílio da. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD

341.3012

CARLOS FELIPE NOGUEIRA PINHO

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca examinadora:

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence – Orientador(a)

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

DEDICATÓRIA

Aos meus familiares por todo apoio e à minha amada Gabrielle pelo companheirismo ao longo desta jornada.

RESUMO

PINHO, Carlos Felipe Nogueira. *Da Responsabilidade Civil do Estado por omissão*. 2008. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se na presente monografia a responsabilidade civil da Administração Pública quando um administrado sofre um dano decorrente de uma conduta de um agente público, criando para o Estado uma obrigação de indenizá-lo. Inicialmente aborda-se a evolução histórica deste tema e seu embasamento no ordenamento jurídico brasileiro. A partir daí, passa-se à análise dos fundamentos de tal responsabilidade, suas excludentes e atenuantes. Por fim, é abordado especificamente o tema deste estudo, constatando, assim, que há a responsabilização do Estado quando de sua conduta omissiva, ou seja, quando este não agiu quando deveria fazê-lo, mas que, no entanto, há posicionamentos divergentes no que se refere à natureza jurídica, se objetiva ou subjetiva, desta responsabilidade tanto na doutrina como nos nossos Tribunais. A monografia encerra o tema destrinchando este instituto e proporcionando aos leitores subsídios para se posicionarem em uma das duas teses existentes. Por fim, ao tomar partido por uma das duas teses, expõem-se os motivos adotados para tal.

Palavras-Chave: Estado; responsabilidade civil; omissão; objetiva; subjetiva, Constituição Federal

ABSTRACT

PINHO, Carlos Felipe Nogueira. *Civil liability of the State by omission*. 2008. 61 f. Monograph (Law Graduation) – Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analyzes this monograph civil liability of the Public Administration when a administered suffers damage resulting from a conduct of a public officer, creating for the State an obligation to recompense. Initially deals with-if the historical evolution of this theme and its underpinning in Brazilian legal system. Thereafter, raisin-analysis of the reasons for such responsibility, their exclusive and mitigating factors. Finally, it is raised specifically the theme of this study, noting, therefore, that there is the responsibility of the State when its conduct omissiva, or, where this has not acted when should do-it, but which, however, there are divergent positions as regards the legal nature, subjective or objective, this responsibility both in the doctrine as in our courts. The monograph terminating the theme destrinchando this institute and giving the readers subsidies to posicionarem one of the two existing theses. Finally, to take party by one of the two theses, expose-if the grounds adopted for this.

Keywords: State; responsibility civil; omission; objective; subjective; Brazilian Constitution

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 Noções fundamentais	12
2.2 Conceito de responsabilidade civil	12
2.3 Espécies de responsabilidade civil	13
2.3.1 <u>Responsabilidade civil subjetiva ou teoria da culpa</u>	13
2.3.2 <u>Responsabilidade civil objetiva ou teoria do risco</u>	14
2.4 Pressupostos da obrigação de reparar o dano	16
2.4.1 <u>Conduta</u>	16
2.4.2 <u>Dano</u>	16
2.4.3 <u>Nexo de causalidade</u>	17
2.4.4 <u>Culpa</u>	17
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	19
3.1 Conceito de responsabilidade civil do Estado	19
3.2 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado	20
3.2.1 <u>Teoria da irresponsabilidade</u>	20
3.2.2 <u>Teoria da culpa civilista</u>	21
3.2.3 <u>Teoria do risco administrativo</u>	22
3.2.4 <u>Teoria do risco integral</u>	23
3.3 A responsabilidade civil do Estado e o ordenamento jurídico brasileiro	23
3.4 Causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil do Estado	26
3.4.1 <u>Força maior e caso fortuito</u>	27
3.4.2 <u>Culpa exclusiva ou concorrente da vítima</u>	28
3.4.3 <u>Fato de terceiro</u>	29
3.5 A ação indenizatória	29
3.5.1 <u>O pólo passivo nas ações de responsabilização civil estatal</u>	30
3.5.1.1 <i>Noção de agentes públicos</i>	30
3.5.1.2 <i>O direito de regresso</i>	31
3.5.2 <u>O dano e a indenização</u>	31
3.6 Análise jurisprudencial	33
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE CONDUTA OMISSIVA	36

4.1 Conceito de conduta omissiva.....	37
4.2 A responsabilidade estatal subjetiva por conduta omissiva.....	39
4.3 A responsabilidade estatal objetiva por conduta omissiva.....	42
4.4 Do entendimento jurisprudencial.....	46
4.5 A responsabilidade estatal pela prática de atos omissivos no Código Civil de 1916 e no atual Código Civil.....	48
4.6 Considerações sobre a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado decorrente de conduta omissiva.....	51
5 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de monografia que recebe como título “Da Responsabilidade Civil do Estado por omissão” tem como objeto o estudo da responsabilização atribuída à Administração Pública nos casos de danos aos administrados decorrentes de condutas omissivas dos agentes públicos. A tônica desta pesquisa é a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza da responsabilidade estatal por omissão, se objetiva ou subjetiva.

Entende-se por responsabilidade civil do Estado, também denominada de responsabilidade patrimonial do Estado, o dever de reparar imposto à Fazenda Pública, os danos lesivos causados a terceiros por agentes públicos em virtude de atos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. É a obrigação que se impõe ao Estado, entendendo-se para tanto como a União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios, entes da Administração Pública Indireta e Pessoas Jurídicas Privadas Concessionárias, Permissionárias ou Delegadas de serviço público, de ressarcir os prejuízos causados a particulares, advindos de sua atividade. A Constituição da República Federativa do Brasil preconiza em seu art. 37, § 6º, a responsabilidade objetiva:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Diferentemente da responsabilidade das pessoas privadas, a responsabilidade da Administração Pública rege-se por princípios próprios sendo, em geral, mais ampla e completa. Tal assertiva decorre do fato do Estado impor aos administrados regras de conduta que se descumpridas podem ensejar o uso da força estatal e da sua presença cada vez maior nas relações sociais, agora na posição de garantidor dos direitos sociais, econômicos e culturais, ou seja, dos direitos fundamentais de segunda geração que exigem do Estado uma ação positiva para sua real concreção. Essa sujeição, cada vez maior do indivíduo ao Estado, exige uma forte proteção jurídica aos administrados, como corolário dessa situação fática de alargamento da presença estatal no âmbito social.

Como a função precípua do Estado é o bem-estar de toda a sociedade esta deve arcar com os prejuízos que o Estado venha a causar a particulares, uma vez que é no interesse de todos que o Estado desempenha suas atividades. Para o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello a responsabilidade do Estado seria uma consequência lógica e inevitável da noção de Estado de Direito, uma vez que todas as pessoas, quer sejam de Direito Privado ou Público, encontram-se sujeitas ao ordenamento jurídico e dessa forma devem responder pelos atos violadores de direito alheio que ocasionem. Portanto, se não existem sujeitos à margem do Direito, não há sujeitos irresponsáveis e sendo o Estado um sujeito de direitos é ele responsável.

A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva, ao contrário do que acontece na de conduta comissiva, não se encontra pacificada, no que concerne a sua caracterização; doutrina e jurisprudência brasileiras divergem em torno de duas posições. Uma, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, e que conta com o apoio de Maria Silvia Zanella Di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo, defende que a responsabilidade do Estado por conduta omissiva tem natureza subjetiva, restando, portanto, como de natureza objetiva apenas a responsabilidade por condutas comissivas. Outra, formada por doutrinadores como Yussef Said Cahali, defende a teoria da responsabilidade objetiva tanto para a conduta comissiva como para a omissiva, aplicando-se, para ambos, a norma do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

A eficiência na prestação dos serviços públicos é cobrada cada dia mais pelos administrados, que exigem do Estado rapidez e qualidade nos serviços que recebem. Então, quando o Estado não presta um serviço que era da sua obrigação e essa omissão lhe causa um prejuízo, mostra-se imperioso o acionamento do mesmo para que se conceda ao prejudicado a devida compensação, seja ela uma indenização ou não. Tem o presente trabalho, portanto, o intuito de esmiuçar as duas teses existentes para a responsabilização do Estado por conduta omissiva, a subjetividade e a objetividade.

Esta obra, contudo, com vistas a impedir que haja uma confusão conceitual e uma apreciação superficial sobre o tema, se limitará ao estudo da disciplina da responsabilidade da Administração por comportamentos omissivos, pois que as omissões legislativas e judiciais, por merecerem considerações específicas, seriam melhor estudadas em obras diversas e separadas.

Assim, com vistas a essas considerações iniciais, para melhor compreensão do presente desafio doutrinário esta obra será dividida em três partes.

O primeiro capítulo, “Responsabilidade Civil”, traz breves considerações acerca deste tema do Direito, além de apresentar suas diferentes espécies e elementos, necessários para uma posterior análise mais aprofundada.

O segundo capítulo, “A responsabilidade civil do Estado”, trata do instituto que dá nome ao capítulo, conceituando-o e comentando-o, segundo os dizeres dos mais renomados doutrinadores especializados na área.

A seguir, será ressaltada sua evolução histórica, analisando com este intuito o desenvolvimento deste tema do momento em que se mostrou relevante até os dias atuais, em que se adota a responsabilidade objetiva.

Serão ainda abordadas a presença da responsabilização estatal no ordenamento jurídico brasileiro com o passar dos anos, as causas que ensejam a exclusão ou atenuação da responsabilização estatal, além da questão da ação indenizatória, especialmente a abrangência do termo “agentes” presente no texto constitucional, e a questão do direito de regresso em relação ao causador do dano.

Encerrando o capítulo, faz-se um apanhado dos posicionamentos adotados em processos judiciais que se desenvolvem nos Tribunais pátrios.

O terceiro capítulo, “Responsabilidade civil do Estado decorrente de conduta omissiva”, começa expondo o conceito de conduta omissiva e faz uma breve apresentação desse tema.

Posteriormente, é feita uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca das teorias que provocam a divergência quanto à natureza jurídica da responsabilização estatal quando há omissão deste.

Encerrando o capítulo, é explicada a aplicação que se fazia do artigo 15 do antigo Código Civil em relação às condutas omissivas e as disposições do novo Código Civil sobre este assunto; além de considerações sobre a natureza objetiva da responsabilidade estatal por omissão.

Metodologicamente, as hipóteses do presente estudo foram investigadas através de pesquisas do tipo bibliográfica e documental, através de leis e normas, além de bibliografias de diversos doutrinadores renomados que possuem obras relacionadas ao tema em estudo e consultas a jurisprudências.

O tema da responsabilidade civil do Estado, certamente, é apresentado como um dos mais estimulantes no direito, principalmente pelos diversos aspectos de análise que envolve. Dentro desse tema de tão ampla magnitude que abarca não só a responsabilidade da administração como, também, a do Estado Juiz e a do Estado Legislador, a responsabilidade

por comportamentos omissivos atrai bastante a atenção dos estudiosos pelas diversas considerações que admite. Em verdade, o estudo da responsabilidade da Administração por comportamentos omissivos traz consigo um amplo campo de debate jurídico, motivo pelo qual a presente monografia não pretende esgotar o tema, mas apenas realizar uma análise crítica das teorias divergentes.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Noções fundamentais

A noção de responsabilidade vem, principalmente, como consequência a que se submete aquele a quem é confiado determinado dever. Seu significado original seria a posição daquele que não executou o seu dever¹, ou, ainda, a idéia de fazer com que se atribua a alguém, em razão da prática de determinado comportamento, um dever². Simplificando, o responsável é quem estará sujeito à obrigação de indenizar.

Por outro lado, o dever de indenizar é igualmente previsto no ordenamento jurídico com finalidades de garantia daquele comportamento previamente estabelecido. Num aspecto mais abrangente, a palavra responsabilidade adquire uma conotação não somente de obrigação, mas também de garantia visto que o vocábulo “responsabilidade” originou-se do verbo latino *respondere*, que vem a ser o fato de alguém se constituir garantidor de algo.

Juridicamente relevante seria a responsabilidade imposta àquele que, com sua conduta comissiva ou omissiva, violou bem juridicamente protegido, gerando para ele uma sanção. Podemos afirmar que a responsabilidade pode se apresentar sob vários aspectos, sendo ela de natureza civil, penal ou administrativa. No entanto, iremos nos ater somente à responsabilidade civil, cerne de nosso estudo.

2.2 Conceito de responsabilidade civil

Responsabilidade Civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial decorrente de inadimplemento culposo (de obrigação legal ou contratual), ou de situação para a qual a lei impõe a reparação.

Assim leciona Francisco Amaral:

A expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa³.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 12 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v.7, p.33

² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 14 ed. São Paulo. Saraiva, 2005, p.5

³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.531

A amplitude do conceito de responsabilidade civil revela dificuldades em se ater numa só definição que seja, porque a doutrina tende a unir os conceitos técnicos e a realidade concreta da obrigação de reparar os danos, independentemente de serem identificadas à causalidade, à teoria subjetiva ou à objetiva.

Não obstante tais dificuldades, não se pode negar que em sede de Responsabilidade Civil, o que se vê são poderosas mudanças. Aquele que sofreu o dano, tanto moral, como patrimonial, não pode ficar sem ressarcimento. Esta tem sido a tônica da moderna concepção da Responsabilidade Civil.

Assim, temos que mais aproximada de uma definição de responsabilidade civil é a idéia de obrigação de reparar um dano, diante das inúmeras espécies de responsabilização civil, conforme o campo em que se apresenta o problema: material, moral, advindos das relações jurídicas, de direito público ou privado.

2.3 Espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade civil apresenta-se sob várias espécies, de acordo com a perspectiva analisada. Quanto ao seu fato gerador, poderá ser *contratual*, quando proveniente de conduta violadora de norma contratual, ou *extracontratual*, quando resultante da violação de um dever geral de abstenção, de respeito aos direitos alheios legalmente previstos.

Quanto ao agente, poderá ser *direta*, quando proveniente do ato do próprio responsável, ou *indireta*, quando provém de ato de terceiro, vinculado ao agente, ou de fato de animal ou coisa inanimada sob sua guarda.

Por fim, quanto ao seu fundamento, poderá ser *objetiva* ou *subjetiva*. A responsabilidade civil objetiva independe do conceito de culpa, ensejando a aplicação da Teoria do Risco, em que a responsabilidade do agente decorre do seu próprio ato que oferece perigo de lesão ao patrimônio de outrem; à responsabilidade civil subjetiva é indispensável a existência do elemento culpa na conduta do agente, da qual resultou dano a alguém. A averiguação da culpa determina ao agente o grau de sua responsabilidade, impondo-lhe, ao mesmo tempo, o dever de indenizar o prejudicado conforme seja a extensão do dano, associada à culpa na sua ação. Pela importância desses conceitos para o desenvolvimento do presente trabalho, essas espécies serão expostas mais detalhadamente a seguir.

2.3.1 Responsabilidade civil subjetiva ou teoria da culpa

Na teoria da responsabilidade subjetiva, o dever de indenizar reside no elemento culpa, isto é, busca na conduta culposa do agente a contribuição ao resultado danoso, devendo a culpa ser vista *lato sensu*, abrangendo a culpa propriamente dita (negligência, imprudência e imperícia) e o dolo (intenção do agente em causar o dano). No tocante à culpa em sentido estrito, Orlando de Almeida Secco explica suas modalidades: “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.”⁴

Dessa maneira, Caio Mário da Silva Pereira ensina que:

Na teoria da responsabilidade subjetiva, o que sobressai no foco das considerações e dos conceitos é a figura do ato ilícito, como ente dotado de características próprias, e identificado na sua estrutura, nos seus requisitos, nos seus efeitos e nos seus elementos.⁵

A teoria da culpa subjetiva foi consagrada pelo Direito Brasileiro, a partir do Código Civil de 1916 (artigo 159) e no atual Código Civil está no art. 186 e no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, §4º. Resulta daí que a comprovação da culpa, em face dos atos praticados pelo agente, é determinante em nosso ordenamento jurídico, principalmente para a averiguação do *quantum* indenizatório. Nesse sentido a ordem jurídica leva em consideração o fato humano voluntário, sobre o qual repousa toda a construção dos efeitos jurídicos.

Na realidade, a teoria da culpa está indissolúvelmente ligada à idéia de comportamento do agente – fato importante na determinação da conduta da pessoa e, por consequência, para definir o seu grau de responsabilidade em face das suas atitudes.

Portanto, somente será capaz de determinar a responsabilidade uma conduta do agente que, contrariando a lei, produza lesão aos interesses legitimamente tutelados de alguém. Se o ato do agente não for voluntário, seja por ação, seja por omissão, ou, ainda, se o evento danoso é proveniente de caso fortuito, força maior ou de outra causa de exclusão de responsabilidade, excluída está a responsabilidade.

Do exposto, sobressaem os seguintes elementos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

2.3.2 Responsabilidade civil objetiva ou teoria do risco

⁴ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 114.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 29.

Em sentido contrário à teoria da culpa surgiu a responsabilidade objetiva como uma saída para os diversos casos que a doutrina subjetivista não conseguia abranger. A teoria da culpa objetiva, consagrada no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, bem como, em dispositivos específicos – artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – implica no dever de indenizar o dano causado, independentemente de culpa do agente lesionador.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a Teoria do Risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dele decorrente.⁶

Assim, juntamente com o autor acima citado podemos afirmar que “a doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”. A responsabilidade objetiva afasta a necessidade de o lesado provar a culpa do agente, por estar esta presumida, bastando a comprovação da existência do dano e do seu nexos de causalidade à conduta do agente público. Ou seja, haverá responsabilidade pela reparação do dano quando presentes a conduta, o dano e o nexos de causalidade entre estes. O nexos causal torna-se, portanto, um requisito essencial, uma vez que sem ele não há que falar em imputação da responsabilidade civil ao Poder Público.

A evolução que a teoria objetiva provocou se deu pelo fato da facilitação da ação da vítima em concreto na reparação do dano, gerando aos infratores a obrigação de indenizar por acidentes provenientes de suas atividades, em detrimento da teoria subjetiva, para a qual o agente precisa salientar a culpa dentro da idéia de desvio de conduta. A prova acaba sendo de difícil constatação, criando grandes óbices à vítima, que quase sempre acabava arcando com os respectivos ônus. Com a técnica da presunção de culpa, impõe-se a inversão do ônus da prova, em razão da condição menos favorável da vítima. Como nesta relação Estado – administrado, obviamente este último é a parte mais vulnerável, fica ela dispensada de apresentar a culpa como prova de seu prejuízo, cabendo à Administração Pública apresentar algum fato que afaste no todo ou em parte sua responsabilidade civil.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.143

2.4 Pressupostos da obrigação de reparar o dano

A ação ou omissão exteriorizada pela conduta humana, quando causa dano a outrem, faz nascer o dever de reparar. O artigo 186 do Código Civil destaca a necessidade da presença do fator culpa no ato causador do dano. Para que se configure a responsabilidade civil pelo ressarcimento, tendo como elemento básico a ação ou omissão, voluntária e antijurídica, tem que haver o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, o “elo de ligação” entre os dois. Vejamos de forma pormenorizada seus elementos.

2.4.1 Conduta

A prática de uma ação ou omissão contra o Direito, com ou sem intenção manifestada de prejudicar, mas que cause prejuízo ou dano a outrem, podendo constituir-se de ato único, ou de série de atos, ou de conduta ilícita, pode acarretar dano indenizável, se o prejuízo atingir bem legitimamente tutelado, entendendo-se por bem não somente aqueles materiais, mas tudo que é passível de propriedade, inclusive direitos.

A responsabilidade civil, tanto objetiva como subjetiva, deverá sempre conter como elemento essencial uma conduta. Maria Helena Diniz assim a conceitua:

Ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁷

Portanto, podemos dizer que conduta seria um comportamento humano, comissivo ou omissivo, voluntário e imputável. Por ser uma atitude humana exclui os eventos da natureza; voluntário no sentido de ser controlável pela vontade do agente, quando de sua conduta, excluindo-se, aí, os atos inconscientes ou sob coação absoluta; imputável por poder ser-lhe atribuída a prática do ato, possuindo o agente discernimento e vontade e ser ele livre para determinar-se.

2.4.2 Dano

O dano em geral pode ser considerado como qualquer prejuízo que venha a ser causado, seja a si mesmo, seja a terceiro, contudo para ter relevância no mundo jurídico

⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 37

teríamos como o prejuízo a terceiro que enseja pedido de reparação consistente na recomposição do status quo ante ou numa importância em dinheiro (indenização).

O dano representa uma circunstância elementar ou essencial da responsabilidade civil, presente em ambas as teorias anteriormente citadas. Configura-se quando há lesão, sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores protegidos pelo direito, relacionando-se a sua própria pessoa (moral ou física) aos seus bens e direitos. No entanto, não qualquer dano, mas sim o dano injusto que é passível de ressarcimento, afastando-se o dano autorizado pelo direito.

O dano poderá ser patrimonial ou moral. Dano patrimonial é aquele que afeta o patrimônio da vítima, gerando uma perda ou deterioração total ou parcial dos bens materiais economicamente avaliáveis, abrangendo os danos emergentes (o que a vítima efetivamente perdeu) e os lucros cessantes (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar), conforme art. 402 do Código Civil. Dano moral vem a ser a lesão de bens imateriais, os chamados bens da personalidade (honra e imagem, por exemplo).

2.4.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade consiste na relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. Adotada pelo nosso ordenamento jurídico, a teoria da causalidade imediata prega a necessidade de relação de causa e efeito direta e imediata entre o fato e o dano. A culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, a cláusula de não indenizar, as excludentes de ilicitude, o estado de necessidade e a legítima defesa tiram o nexo causal.

2.4.4 Culpa

A culpa, para a responsabilização civil, é tomada pelo seu vocábulo *lato sensu*, abrangendo, assim, também o dolo, ou seja, todas as espécies de comportamento contrários ao direito, sejam intencionais ou não, mas sempre imputáveis ao causador do dano. Dolo é o meio malicioso tendente a viciar a vontade do agente, a fim de desviar a sua vontade, ou querer.

Apesar de o legislador brasileiro não os definir, podemos dizer que a culpa *strictu sensu* seria a violação de um dever, legal ou contratual, por imprudência, negligência ou

imperícia; e o dolo seria a violação de tais deveres intencionalmente, buscando o resultado que aquele ato irá causar ou, ainda, assumindo o risco de produzi-lo.

A culpa estaria presente somente nas responsabilizações civis decorrentes de atos ilícitos, segundo a orientação adotada pelo Código Civil pátrio, uma vez que as responsabilidades provenientes de atos lícitos não exigem tal pressuposto.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1 Conceito de responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado, também denominada de responsabilidade patrimonial do Estado, é a obrigação que se impõe ao Estado, entendendo-se para tanto União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios, entes da Administração Pública indireta e pessoas jurídicas privadas concessionárias, permissionárias ou delegadas de serviço público, de ressarcir os prejuízos causados a particulares, advindos de sua atividade.

Já é pacífico o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro admite que o Estado possa causar prejuízos aos seus administrados, através de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, resultando-lhe a obrigação de recompor tais danos.

A responsabilidade do Estado é a denominada extracontratual ou *aquiliana*, ou seja, aquela que não é derivada de uma determinação legal ou de um contrato firmado entre o Estado e o prejudicado. A responsabilidade *aquiliana* ou extracontratual do Estado ocorrerá quando houver o exercício ilegal do direito (ato comissivo) ou quando esse for omissivo em situação que deveria tomar determinada atitude. Ainda, a ação ou omissão deverá causar ao administrado um prejuízo. Para Meirelles:

Responsabilidade Civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal.⁸

C.A. Bandeira de Mello a conceitua assim:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.⁹

Dessa forma, é necessária a existência de três requisitos à ocorrência da responsabilidade civil, que são o fato, o dano e o nexo causal, sendo este último elemento imprescindível à imputação da obrigação de indenizar do Estado. Isso se explica pelo fato de que a mera existência de uma lesão, sem que haja uma ligação entre ela e um ato de algum agente público, não é suficiente para pleitear a responsabilização civil do Estado. Se o

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 609

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.654

contrário fosse possível, a Administração Pública seria obrigada a indenizar todo e qualquer dano, independente de ter havido algum ato seu neste sentido, o que traria grandes transtornos para o erário público, além de configurar propriamente uma injustiça.

Embora pareça que o ato do agente público que poderia gerar um dano seria obrigatoriamente ilícito, é de salientar que há condutas que mesmo sendo consideradas lícitas, também geram direito à indenização, por disposição da própria legislação.

Portanto, o agente público que detenha em suas mãos parcela do poder público, *res publica*, responderá sob a égide do regime republicano, por seus atos praticados, conquanto revestidos em suas funções. É de se ressaltar, que não só os que atuam através de função política, membros do Legislativo e Executivo, são passíveis de responsabilização, mas os que exercem suas funções no Poder Judiciário também.

3.2 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado

Ao longo da história, a responsabilidade civil do Estado vem sendo tratada de forma diferente, com diversas teorias a respeito da matéria, seguindo a evolução cultural e jurídica da própria sociedade. Em tempos atuais, os serviços prestados pelo Estado, ainda que de forma indireta, ganharam uma amplitude surpreendente, exigindo, desta forma, mudanças no sentido de se tentar resolver os problemas que surgiam neste âmbito. Conseqüentemente, a noção da responsabilidade civil do Estado também mudou, passando de uma noção estrita à ampla, até chegar à idéia hoje tutelada.

Parece-nos útil examinar sua trajetória e assim analisar as diversas teorias surgidas a respeito, indo da irresponsabilidade para o atual entendimento da responsabilidade objetiva, passando pela responsabilidade civilista ou da culpa civil, e desta para a responsabilidade sem culpa, nas modalidades do risco administrativo e do risco integral, onde passaremos a analisar uma a uma.

3.2.1 Teoria da irresponsabilidade

Durante largo período, quando a grande maioria dos países eram governados sob a égide do absolutismo, a teoria da irresponsabilidade era prevalecente. Essa teoria foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava na idéia de soberania, onde o entendimento era de que o Estado não tinha obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nessa condição, causassem aos administrados. Havia o entendimento de que, em nenhum caso, sob os mais

variados fundamentos, o Estado deveria reparar um prejuízo, derivado de ação ou omissão sua, sofrido por terceiro.

A irresponsabilidade do Estado era justificada da seguinte forma: o Estado, por ser pessoa jurídica, não tem vontade própria; o Estado age por intermédio de seus funcionários; por isso, quando há a ocorrência de algum ato ilícito a responsabilidade recai no funcionário, já que este é o executor do ato; quando os funcionários agem fora dos parâmetros legais presume-se que não agiram como funcionários, daí a irresponsabilidade do Estado. No bom ver de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.”¹⁰

Além disso, em sendo o Estado absoluto, o criador do próprio direito, não poderia ser ele violador da justiça. Imperava no princípio o raciocínio de que se o Estado é o guardião da legislação, o chefe do executivo não atentaria contra essa mesma ordem jurídica, já que ele a representava.

Entretanto, nem sempre a teoria da irresponsabilidade deixava os administrados totalmente desprotegidos, haja vista alguns ordenamentos jurídicos preverem a possibilidade de os agentes públicos, causadores do dano, serem responsabilizados por seus atos quando agissem com dolo ou culpa.

Tal teoria, contudo, foi logo abolida por tratar-se de um entendimento absurdo, não resistindo à óbvia incoerência, visto que, em sendo o Estado uma pessoa jurídica, é também possuidor de deveres e direitos, e passível de cometer erros. Além disso, se detinha o Estado o encargo de resguardar o direito de modo geral, como se poderia admitir que ele mesmo não respondesse pelos prejuízos por ele causados aos seus tutelados.

3.2.2 Teoria da culpa civilista

Posteriormente, houve o surgimento da teoria da culpa civilista, que aplicava à responsabilidade do Estado a mesma regra do direito privado, ou seja, deveria haver culpa do agente estatal para que se configurasse a responsabilização do ente público. Com isso, num primeiro momento apenas o funcionário responderia perante o lesado e, somente num segundo momento, também o Estado.

Dentro dessa evolução surgiu a teoria da *faute du service* ou teoria da culpa administrativa, trazendo a idéia de que a culpa seria do serviço público e não mais do agente estatal, ou seja, haveria a responsabilidade do Estado ainda que o servidor faltoso não fosse

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 502

identificado, pois a responsabilidade daquele viria da falha do serviço em si, porque este não funcionara ou funcionara mal ou tardiamente. Assim, a culpa não era presumida, pois o lesado deveria provar o inadequado funcionamento do serviço público.

A teoria da culpa administrativa, também chamada por alguns doutrinadores de teoria do acidente administrativo, “representa o primeiro estágio 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”,¹¹ de acordo com Hely Lopes Meirelles.

Assim, não se leva em consideração a culpa subjetiva do agente público, mas sim a falta do serviço público, onde a culpa estaria implícita. Aqui, o que se analisa é o serviço público objetivamente.

Dentre os doutrinadores que apresentam críticas à teoria da culpa administrativa está o autor acima mencionado, o qual expõe que: “esta teoria pede muito da vítima, que além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter a indenização”.¹²

Portanto, por força desta teoria, nasceu o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado surge em função do serviço público quando este funcionou mal, funcionou atrasado ou nem sequer funcionou quando deveria ter funcionado.

3.2.3 Teoria do risco administrativo

Já na teoria do risco administrativo, imaginada originalmente por Leon Duguit, o Estado deveria indenizar o dano não somente quando este resultasse de culpa do agente estatal ou de falha do serviço, que seriam os atos ilícitos, mas também os resultantes de atos lícitos, visto que não era mais a culpa do serviço ou do servidor que gerava essa responsabilidade, mas sim o risco que toda atividade estatal implicaria para os administrados. Exatamente por partir da idéia de que é inerente à atuação estatal o risco de dano que é chamada esta teoria de teoria do risco.

Desta forma, o Estado seria responsabilizado sempre que sua atividade configurasse um risco para o administrado, independentemente da existência ou não de culpa e desde que desse risco tivesse resultado um dano. A responsabilidade, portanto, passou a ser objetiva. O lesado somente precisava provar a conduta do agente estatal, o dano e o nexo de causalidade

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 623

¹² Loc. cit.

entre ambos, diferentemente da teoria da culpa administrativa, que exige a falta do serviço, estando implícita a culpa do Estado.

3.2.4 Teoria do risco integral

Importante mencionarmos o surgimento da teoria do risco integral, que focaliza o tema sob prismas atuais e avançados. Para essa teoria, o Estado fica obrigado a indenizar todo e qualquer dano, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

Essa teoria é a mais radical de todas, visto que, segundo seus adeptos, todo e qualquer dano sofrido por terceiros deveria ser indenizado independente da prova da existência da culpa ou dolo dos agentes públicos. Aqui tampouco se cogita da apresentação de excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil do Estado. Essa teoria é, portanto, o exagero da responsabilização civil do Poder Público.

Entretanto, não é muito aceita por vários países, por ser considerada a modalidade extrema da doutrina do risco administrativo, por isso abandonada, na prática, bem como por conduzir ao abuso e à iniquidade social.

3.3 A responsabilidade civil do Estado e o ordenamento jurídico brasileiro

Tendo em vista que a responsabilidade civil do Estado sofreu mudanças no decorrer do tempo, torna-se importante fazer uma análise de sua presença no sistema jurídico brasileiro até a Magna Carta de 1988, hoje vigente. Nosso ordenamento jurídico foi acompanhando essa evolução, adotando as teorias predominantes em cada época, com exclusão da teoria do risco integral, apesar de alguns autores sustentarem o contrário, divergindo da larga maioria da doutrina.

No período Imperial, nossa Carta Magna datada de 24 de Março de 1824 versava que a responsabilidade pelos atos dos prepostos do Império que causassem prejuízos a terceiros era dos próprios prepostos. O Imperador gozava do privilégio da irresponsabilidade. O art. 179, inciso 29 da Constituição Política do Império do Brasil (1824) asseverava que: “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício de das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis por seus subordinados.” Como visto, a princípio, o Estado era irresponsável pelos atos de seus prepostos.

A Constituição Republicana de 1891 não trouxe grandes alterações na redação do dispositivo que trata da responsabilidade do Estado, seguindo a linha adotada pelo governo imperial, ou seja, a da irresponsabilidade do Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro comenta que, embora nas Constituições de 1824 e 1891 não houvesse disposição a respeito da responsabilidade civil estatal, havia leis ordinárias fazendo previsão de sua responsabilidade¹³, recebidas pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários, como, por exemplo, os danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio.

O Estado só viria a ser responsabilizado por seus atos com o advento da Lei Federal nº 221, promulgada em 1894, que em seu art. 13, § 2º, trazia a seguinte redação: “os Juízes e Tribunais Federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União.”

A Lei supramencionada é o marco entre a teoria da irresponsabilidade total do Estado e o início da vinculação obrigacional do Estado para com o serviço por ele prestado.

Em 1916, o Código Civil idealizado pelo jurista cearense Clóvis Beviláqua tornou direta e indiscutível a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, quando em seu art. 15 prescreveu: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei...”.

Pela leitura do artigo, nota-se que a expressão “modo contrário ao direito” possibilita a idéia de culpa ou dolo do funcionário, logo, exigindo do administrado tal comprovação (responsabilidade subjetiva). Mas, na maioria das vezes, nesses casos, como nos informa Cáo Mário da Silva Pereira, tornava-se difícil – quando não impossível – à vítima a demonstração da culpa do agente público, por se encontrar em posição de inferioridade diante do ente estatal, e, por isso, raramente atingia tal desiderato e, comumente, ficava sem ver reparados os danos.¹⁴

Sensível a tal situação de desigualdade, o constituinte de 1946 trouxe um grande avanço em relação ao que existia na época. Em seu art. 194, pela primeira vez na história brasileira, vislumbrou-se de forma palpável a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado ou teoria da responsabilidade civil do Estado sem culpa, ou, ainda, teoria do risco administrativo.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p.505

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 132

A Constituição de 1946, no art.194, determinava que as pessoas jurídicas de direito público interno eram civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causassem a terceiros, estipulando a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano quando tivesse havido culpa destes. O elemento culpa só é previsto para assegurar a ação regressiva. A teoria subjetiva fundada na culpa civil é, pelo novo texto constitucional, substituída pela teoria da responsabilidade objetiva, em que a responsabilidade do Estado é direta, baseada na relação de causalidade entre o dano sofrido pelo administrado e a atuação da Administração Pública causadora do dano. Observa a moderna doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

Se comparado esse texto com o do art. 15 do Código Civil, não será difícil observar que foram retirados da norma os pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância de dever legal, exatamente aqueles que denunciavam a adoção da responsabilidade subjetiva, ou com culpa. Resulta da alteração da norma que o direito pátrio, através da regra constitucional, passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na qual não era exigida a perquirição do fator culpa. Interpretação comparativa leva a concluir-se que o art. 15 do Código Civil sofreu derrogação pelo advento do art. 194 da Constituição de 1946.¹⁵

Daí em diante, não mais se retirou do sistema jurídico brasileiro a responsabilidade civil do Estado. Como disserta, pontualmente, o citado Sérgio Cavalieri Filho:

A partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita de culpa, mas, tão-somente, da relação de causalidade. Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço. O dever de indenizar da Administração opor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos.¹⁶

O art. 105 da Constituição de 1967, que foi repetido no art. 107 da Emenda Constitucional de 1969 segue o mesmo raciocínio, determinando que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros, cabendo ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Com o advento da Constituição da República Federal do Brasil de 1988, essa responsabilidade foi ampliada. A Carta Magna incluiu como objetiva a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, caso das concessionárias,

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 415-416

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 242

por exemplo. Preceitua em seu art. 37, §6º que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito *privado prestadoras de serviços públicos* responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra os responsáveis nos casos de dolo ou culpa.

Analisando a Constituição Federal de 1988, art. 37, §6º, Hely Lopes Meirelles revela que foi estabelecido para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independente da prova de culpa na produção do dano. Firmou, portanto, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.¹⁷

No rastro da proteção da parte mais fraca numa relação jurídica, em 1990 é publicada a Lei nº 8.078/90, consagrada como Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Tal diploma define o que vem a ser consumidor (art. 2º) e fornecedor, incluindo neste conceito as pessoas públicas que, de alguma forma, prestem serviços (art. 3º, *caput*), os quais devem ser adequados, eficientes, seguros e contínuos, no que toca aos essenciais. Logo, se o Estado pode ser parte de relação desta natureza, bastando, para tanto, que descumpra aqueles deveres, pode ser compelido a reparar os danos que venha a causar, na forma prevista neste Código, isto é, objetiva (art. 14).

Corroborando o entendimento acima, amparado tanto no ordenamento positivado quanto na doutrina e na jurisprudência, o Novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), sem dispositivo correspondente em seu antecessor, consagra a responsabilidade objetiva estatal, preceituando em seu art. 43 que as pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Dessa forma, a responsabilidade civil do Estado foi aparecendo aos poucos no ordenamento jurídico brasileiro, até o entendimento atuante nos artigos 37, §6º da Magna Carta, bem como no artigo 43 do atual Código Civil.

3.4 Causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil do Estado

Seguindo o raciocínio da teoria da responsabilidade objetiva do Estado pautada no risco administrativo, conforme foi tratado anteriormente, na qual o nexo de causalidade é requisito relevante para se apurar o dever de indenizar, agora é necessário observar os casos

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 561

apontados pela doutrina e jurisprudência nos quais há a quebra deste elemento, excluindo ou atenuando, assim, a responsabilidade civil da Administração Pública. A responsabilidade do Poder Público não existirá ou será atenuada quando a conduta da Administração Pública não der causa ao prejuízo ou concorrerem outras circunstâncias que possam afastar ou mitigar sua responsabilidade, quais sejam: força maior/caso fortuito; culpa exclusiva ou concorrente da vítima; e fato exclusivo de terceiro.

3.4.1 Força maior e caso fortuito

Embora seja comum a utilização desses dois vocábulos como se sinônimos fossem, alguns autores nos mostram a diferença entre ambos. A força maior é conceituada como sendo um fenômeno da natureza, um acontecimento imprevisível, inevitável ou estranho ao comportamento humano, por exemplo, um raio, uma tempestade, um terremoto. Nestes casos, o Estado se torna incapacitado diante da imprevisibilidade das causas determinantes de tais fenômenos, o que, por conseguinte, justifica a elisão de sua obrigação de indenizar eventuais danos, visto que não está presente aí o nexo de causalidade.

Importante ressaltar que se o Estado deixar de realizar ato ou obra considerada indispensável e sobrevier fenômeno natural que cause danos a particulares pela falta daquele ato ou obra, portanto conduta omissiva, o Poder Público será o responsável pela reparação de tais prejuízos, visto que neste caso estará presente o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o dano. Desta forma, a causa do dano não é o fato de força maior, mas o desleixo do Estado em, sendo possível prever tal fenômeno e suas conseqüências, nada ter feito para evitá-las.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro caracteriza força maior como “o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes” e caso fortuito quando “o dano seja decorrente de ato humano, da falha da Administração.”¹⁸

Na hipótese de caso fortuito o dano decorre de ato humano, gerador de resultado danoso e alheio à vontade do agente, embora por vezes previsível. Por ser um acaso, imprevisão, acidente, algo que não poderia ser evitado pela vontade humana, ocorre, desta forma, a quebra do nexo de causalidade, daí a exclusão da responsabilidade diante do caso fortuito.

A força maior e o caso fortuito estão previstos no artigo 1058 do antigo Código Civil, bem como no art. 393 do novo Código. Porém, tais normas não os definiram separadamente, o que vem provocando na seara jurídica uma divergência quanto às suas definições, alguns os

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p.507

conceituando exatamente ao contrário do acima exposto, que é a posição da corrente dominante, embora não traga maiores problemas essa definição de um e outro vocábulo, visto que normalmente são vistos como sinônimos e servem para desconstituir o nexo causal e afastar a obrigação de indenizar.

Existe, entretanto, a possibilidade de responsabilizar o Estado, mesmo na ocorrência de uma circunstância de força maior, desde que a vítima comprove o comportamento culposos da Administração Pública. Por exemplo, num primeiro momento, uma enchente que causou danos a particulares pode se entendida como uma hipótese de força maior e afastar a responsabilidade estatal, contudo, se o particular comprovar que os bueiros entupidos concorreram para o incidente, o Estado também responderá, pois a prestação do serviço de limpeza pública foi deficiente. Caio Mário da Silva Pereira explica a existência de dois requisitos para se averiguar a excludente da responsabilidade, que são a necessariedade, isto é, a averiguação do acontecimento que leva efetivamente ao evento danoso e a inevitabilidade de sua ocorrência.¹⁹

3.4.2 Culpa exclusiva ou concorrente da vítima

Sempre que a conduta do ofendido for a causa única e exclusiva do evento danoso, não há que falar em responsabilidade do Estado. Isto porque não seria justo que o Estado arcasse sozinho com o ônus decorrente de um dano do qual nem sequer participou, já que foi a atividade do próprio lesado que levou à situação na qual se encontrou. A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro é considerada causa excludente da responsabilidade estatal, pois haverá uma quebra do nexo de causalidade, visto que o Poder Público não pode ser responsabilizado por um fato a que, de qualquer modo, não deu causa. Decorre de um princípio lógico de que ninguém poderá ser responsabilizado por atos que não cometeu ou para os quais não concorreu.

Neste diapasão, se restar comprovado que a vítima concorreu de alguma forma para a consequência danosa, então reduzir-se-á o *quantum* da responsabilidade estatal, na proporção da sua contribuição, visto que deverá haver aqui uma compensação de culpas, onde ambos tiveram participação no evento danoso, não cabendo ao Poder Público sustentar sozinho toda a responsabilização. Ou seja, verificando-se a existência de concausas, isto é, mais de uma causa ensejadora do resultado danoso, praticadas simultaneamente pelo Estado e pelo lesado,

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 304

não haverá excludente de responsabilidade. Haverá, sim, atenuação do quantum indenizatório na medida da participação no evento.

Portanto, duas situações podem surgir nos casos em que está presente a culpa da vítima: o Estado não responde, desde que comprove que houve culpa exclusiva do lesado; ou o Estado responde parcialmente, se demonstrar que houve culpa concorrente do lesado para a ocorrência do dano.

3.4.3 Fato de terceiro

Considera-se como terceiro aquele que, não obstante ser estranho ao binômio agente público-ofendido influiu, ainda que indiretamente, nesta relação jurídica, sendo o responsável pelo resultado danoso. Aqui também se cogita da possibilidade do terceiro ter contribuído total ou parcialmente com o evento, sendo aplicada à primeira hipótese a exclusão da responsabilidade civil do Estado por fato exclusivo de terceiro, e na segunda, a caracterização da co-participação.

Assim, esses são casos apontados como desmembradores do nexos causal, e conseqüentemente da obrigação de indenizar do Estado, que deverão ser apresentados e comprovados por este último e não pelo ofendido.

3.5 **A ação indenizatória**

Superadas as devidas explicações a respeito da base da responsabilização civil do Estado, cabe agora analisar a lide indenizatória, na qual se verificará a existência da obrigação de indenizar do Poder Público, com o conseqüente ressarcimento ao lesado do prejuízo sofrido por seu bem jurídico. Assim, alguns elementos da ação de ressarcimento serão vistos nos próximos subitens.

3.5.1 O pólo passivo nas ações de responsabilização civil estatal

Analisando-se o artigo 37, § 6º da Carta Magna, chega-se facilmente aos sujeitos passivos da relação jurídica, visto que tal dispositivo legal deixa claro que o Estado responde pelos atos dos seus agentes públicos, sejam pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, sejam pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços

públicos, tendo em vista que neste último, estarão os agentes incumbidos das atividades inerentes ao desenvolvimento de funções públicas, ressalvado em quaisquer casos, o direito de regresso quando agirem com culpa ou dolo.

3.5.1.1 *Noção de agentes públicos*

A noção de agente público em sede de responsabilidade civil é a mais ampla possível e está ligada ao exercício das atividades públicas que lhe forem outorgadas pelo Estado. Assim Hely Lopes Meirelles conceitua agente público: “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.”²⁰

A doutrina classifica os tipos de agentes públicos em: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

Dessa forma, agentes políticos são os agentes que exerçam atribuições constitucionais, sendo componentes do Governo em seus primeiros escalões.²¹ Agentes administrativos não são membros do Poder do Estado nem o representam; se vinculam ao Estado ou aos Entes da Administração Pública Direta por relação profissional, estando sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinados pela entidade estatal.²² Agentes honoríficos exercem a função pública momentaneamente, sem que sejam revestidos da condição de servidor público.²³

Além disso, agentes delegados são particulares que recebem a incumbência de realizar alguma atividade pública, sob sua responsabilidade, embora respeitando as normas ditadas pelo Estado e se prestando a permanente fiscalização deste.²⁴ Agentes credenciados são aqueles que representam a Administração Pública em determinado ato, ou ainda praticam determinada atividade, mediante remuneração do credenciante.²⁵

Assim, todo aquele que exerça uma função pública legalmente outorgada, ainda que indiretamente, poderá figurar no pólo passivo da ação de ressarcimento. Ocorre que uma discussão tem surgido a respeito da possibilidade de se executar solidariamente o agente público e o Estado, ou apenas o primeiro. Há entendimentos doutrinários no sentido de se admitir que seja acionado diretamente o agente público, até porque a regra geral seria a de que o causador do dano é quem deveria ser executado judicialmente. Contudo, há posições no

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 73

²¹ Ibid. p. 75

²² Ibid. p. 78

²³ Ibid. p. 79

²⁴ Loc. cit.

²⁵ Ibid. p. 80

sentido de que apenas a solidariedade (facultativa) entre os dois seria possível, sem que se admita somente a presença do agente público no pólo passivo da ação indenizatória, já que o Estado ficaria impedido de exercer o seu direito de regresso contra o causador do dano, nos casos de dolo ou culpa deste.

Há essa discussão porque, em termos práticos, muitas vezes seria mais plausível exigir da Administração Pública o ressarcimento do prejuízo sofrido, vez que esta teria melhores condições financeiras. Como se vê, a questão não é pacífica, havendo as mais variadas opiniões.

3.5.1.2 *O direito de regresso*

O direito de regresso assegurado ao final do artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, tem como principal finalidade a condenação do verdadeiro causador do dano, se averiguada sua culpa ou dolo.

É de lembrar que há aqui duas relações jurídicas independentes: uma envolvendo o lesado e o Estado, e outra envolvendo o Estado e o agente público causador do dano. Se não fosse permitido à Administração Pública executar este último, haveria a impunidade do sujeito que agiu ilicitamente no exercício da função pública que lhe foi incumbida, além do fato de que o Poder Público seria responsabilizado por um ato que, em tese, não cometeu.

3.5.2 O dano e a indenização

Regra geral em qualquer ramo do direito é que o dano causado ao patrimônio jurídico de alguém é indenizável. O dano é, outrossim, pressuposto da obrigação de indenizar. Entretanto, a doutrina traça alguns elementos básicos para o ressarcimento do dano causado, que são a certeza, a atualidade e, para alguns autores, a subsistência do dano. Dessa maneira, o dano deve existir ou já ter existido na época da responsabilidade; não pode o dano ser eventual; o prejuízo sofrido fundamenta a ação indenizatória, e não a mera possibilidade de sua ocorrência.

É de mencionar que o dano indenizável não é qualquer prejuízo alegado pela vítima. É necessário que seja um prejuízo além do que seria normalmente suportado, porque há danos que, em virtude do interesse coletivo, devem ser suportados pela sociedade. Portanto, passível de ressarcimento é o sofrimento anormal, aquele que vai além do mínimo suportável.

Diógenes Gasparini alega que o dano só é reparável pela Administração Pública causadora do evento danoso se for *certo* (possível, real, efeito presente – exclui-se, pois, o dano eventual, i.e., o que poderá acontecer), *especial* (individualizado, referido à vítima, pois, se geral, configuraria ônus comum à vida em sociedade), *anormal* (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), *referente a uma situação protegida pelo direito* (incidente sobre uma atividade lícita; não são protegidos, por exemplo, os danos decorrentes da destruição de uma plantação de maconha) e de *valor economicamente não apreciável* (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório). O dano que não apresentar, ao mesmo tempo, essas características não é reparável pelo Poder Público que lhe deu causa.²⁶

Relativamente à quantidade da indenização, a doutrina e a jurisprudência têm fixado alguns requisitos, que variam de um caso a outro. Mas em linhas gerais, o *quantum* indenizatório em termos de danos provenientes da ação ou omissão estatal, tem abrangido as despesas de tratamento, quando causar lesão corporal, compreendendo todos os gastos empenhados à sua cura. Já em caso de homicídio, a liquidação compreenderia: o pagamento das despesas com seu funeral e o luto da família, além do pagamento de pensão a quem o *de cuius* devia, de acordo com sua capacidade laboral. Cabe à jurisprudência decidir o tempo das prestações de pensão.

A indenização do dano, segundo Hely Lopes Meirelles, deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento. A liquidação desses prejuízos será realizada conforme os preceitos comuns (CC, artigos 1059 a 1064, e CPC, artigos 603 a 611). Liquidados os danos ou fixados na própria sentença condenatória, o que é sempre conveniente, para evitar as delongas da execução, segue-se a requisição do pagamento devido pela Fazenda Pública (artigos 730 e 731 do CPC combinado com o artigo 100 da Constituição Federal de 1988). O não-atendimento dessa requisição autoriza o seqüestro da quantia necessária, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, e, se frustrada essa providência, o caso será de intervenção federal na entidade devedora, por descumprimento da ordem ou decisão judicial. Na hipótese de não existir verba para o cumprimento da condenação, o ilustre autor leciona que a autoridade competente do Executivo, ou o dirigente da autarquia, deverá providenciar imediatamente a obtenção de

²⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 623-624

crédito especial para o pagamento devido, sob pena de incidir pessoalmente no crime de desobediência a ordem legal (CP, art. 330), sem prejuízo da providência constitucional.²⁷

Outro ponto importante que deve ser observado neste assunto é que a indenização compreende danos materiais e morais, isolados ou juntamente. Danos materiais configuram o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, abrangendo ainda, conforme a situação, os lucros cessantes, que são decorrentes do tempo em que a vítima deixou de usufruir os benefícios do bem, em virtude do dano causado. Danos morais são os danos ocorridos no foro íntimo do ser humano, isto é, o ato que fere o psíquico do homem.

Surgem algumas complicações em sede de danos morais, porque é difícil calcular um dano que não é aparente, nem mesmo palpável. Então, cabe analisar todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto. Cumpre mencionar que a indenização dos danos morais não leva em conta os parâmetros dos danos materiais, tendo em vista que não tem, *a priori*, caráter de ressarcimento propriamente dito, mas compreende uma tentativa de diminuir o sofrimento suportado pela vítima.

3.6 Análise jurisprudencial

No Brasil, a jurisprudência é unânime em afirmar que a responsabilidade extracontratual será objetiva quando se tratar de conduta comissiva que enseje prejuízo ao administrado. Para exemplificar o afirmado, transcreveremos algumas decisões dos tribunais. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem decidindo:

Na seara da responsabilidade civil do Estado, prevalece em nosso ordenamento jurídico, por força da norma constitucional prevista no art. 37, §6º, a teoria objetiva, consoante a qual basta a simples comprovação do fato administrativo e da relação de causalidade entre esse e o dano suportado para que se configure a responsabilidade dos entes públicos e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.²⁸

Igualmente o Supremo Tribunal Federal decidiu:

Responsabilidade pública que se caracteriza, na forma do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, ante danos que agentes do ente estatal, nessa qualidade, causarem a terceiros, não sendo exigível que o servidor tenha agido no exercício de suas funções. Precedente. Análise das circunstâncias

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p.565

²⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Demanda objetivando a condenação do Município a reparação de danos morais e ressarcimento de danos materiais. Apelação Cível nº 2008.001.30725. Adriana Corsani e Município do Rio de Janeiro. Relatora: Des. Mônica Maria Costa. 07 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acesso em 20 out. 2008

fáticas do caso dos autos inviável por força da súmula em questão. Agravo desprovido.²⁹

O Superior Tribunal de Justiça acompanhando os anteriores julgou da seguinte forma:

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade do Poder Público é objetiva, adotando-se a teoria do risco administrativo, fundada na idéia de solidariedade social, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação de serviços públicos, exigindo-se a presença dos seguintes requisitos: dano, conduta administrativa, e nexos causal. Admite-se abrandamento ou mesmo exclusão da responsabilidade objetiva, se coexistirem atenuantes ou excludentes que atuem sobre o nexo de causalidade. 7. A condição de agente público, quando contribui de modo determinante para a conduta lesiva, é causa para responsabilização estatal, dispensável sejam os danos decorrentes unicamente do exercício da atividade funcional. Basta que haja uma relação entre a função pública do agente e o fato gerador do dano, o que leva à imputação direta dos atos dos agentes ao Poder Público que lhe deu o status ou os instrumentos que lhe permitiram agir e, a partir daí, causar os prejuízos cobrados. 8. O fato de terceiro, como razão para o estancamento do nexo de causalidade, exige que não se trate nem da vítima, nem do causador do dano. Não é terceiro o agente público que tem a posse de veículo, por autorização do órgão com o qual mantém vínculo funcional, independentemente da natureza do uso que venha a fazer do automóvel. 9. A administração, ao autorizar a posse de veículo oficial por agente seu, sabendo que o uso seria para fins particulares, responde pelos danos que decorram de acidente. A condição de agente público, neste caso, é razão decisiva para a realização do dano, mesmo que, ao agir como agiu, o agente não esteja no exercício de suas atribuições.³⁰

Entretanto, quando a matéria em discussão é a responsabilização do Estado por conduta omissiva, ou seja, quando o Estado não agiu quando era seu dever fazê-lo, os juízes, tribunais de justiça e tribunais superiores não se mostram harmônicos, existindo decisões nos dois sentidos, de responsabilidade objetiva e subjetiva.

No intuito de tornar mais aprofundada a discussão, tema principal da presente pesquisa, essa matéria será tratada no capítulo seguinte.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade objetiva do Estado. Acidente de trânsito envolvendo veículo oficial. Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 294440. Estado do Rio de Janeiro e Monika dos Santos Mendonça. Relator: Min. Ilmar Galvão. 14 de Maio de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=responsabilidade+e+objetiva+e+estado+e+agente%28%40JULG+%3E%3D+20020101%29%28%40JULG+%3C%3D+20081020%29&pagina=3&base=baseAcordaos>> Acesso em 20 out. 2008

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Exposição de terceiros a riscos criados por ação estatal. Recurso Especial nº 866450. Wanessa da Silva Reigada e União. Relator: Min. Herman Benjamin. 24 de abril de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601391973&dt_publicacao=07/03/2008> Acesso em 20 out. 2008

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE CONDUTA OMISSIVA

É certo que o Estado poderá causar danos aos administrados por ação ou omissão. Porém, nos casos de conduta omissiva, há entendimentos diversos no sentido de que esta não constitui fato gerador da responsabilidade civil do Estado, visto que nem toda conduta omissiva retrata uma desídia do Estado em cumprir um dever legal.

Seria o Estado responsável civilmente somente quando se omitir diante do dever legal de obstar a ocorrência do dano, ou seja, sempre quando o comportamento do órgão estatal

ficar abaixo do padrão normal que se costuma exigir. Desta forma, pode-se afirmar que a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre decorrente de ato ilícito, porque havia um dever de agir imposto pela norma ao Estado que, em decorrência da omissão, foi violado.

Para ser apurada a responsabilidade do Estado por conduta omissiva deve-se indagar qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso, isto é, qual fato gerou decisivamente o dano e quem estava obrigado a evitá-lo. Desta forma, o Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, ex. enchente, mas sim por não ter ele praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou previsível.

Primeiramente, importante ressaltar que até a Constituição de 1946, para a responsabilização do Estado era aplicada a regra do artigo 15 do Código Civil de 1916, numa primeira fase, regida por princípios privatistas e, noutra, por princípios publicísticos, fundados na “falta do serviço”. A partir da Constituição Federal de 1946, adotou-se no nosso ordenamento jurídico a teoria da responsabilidade objetiva para a responsabilização do Estado.

Não se tem dúvidas quanto ao cabimento da aplicação desta teoria objetiva na responsabilidade decorrente de condutas comissivas. Porém, diferentemente ocorre com relação às condutas omissivas, pois surgiu na doutrina e jurisprudência brasileiras uma polêmica discussão a respeito de seu cabimento, nos casos de responsabilização decorrente de conduta omissiva estatal. A discussão consiste basicamente na definição da caracterização da responsabilidade do Estado nos casos de omissão, se objetiva ou subjetiva. As duas teses encontram-se respaldadas pela jurisprudência de diversos tribunais pátrios e por doutrinadores de renomeado e notório saber jurídico.

O presente capítulo tratará finalmente desta discussão, procurando basear tal estudo na análise jurisprudencial e doutrinária.

4.1 Conceito de conduta omissiva

A administração pública é responsável pelo gerenciamento de inúmeros serviços à população. Na realização de seu desiderato, por vezes a administração pública acaba por causar prejuízos, sejam eles efetivados de forma lícita ou ilícita. Por exemplo, o motorista, agente público ou preposto estatal, que ao conduzir veículo no exercício de suas funções, atropela transeunte, causando-lhe a morte. No caso em questão, a administração pública foi a causadora do dano diretamente, ou seja, ela produziu positivamente o dano causado ao administrado.

O Estado, a princípio, visa o melhor para toda a coletividade, ao contrário do administrado, que presumivelmente busca sempre o melhor para si. Destarte, é provável que em determinadas situações a atuação que visa o melhor para a coletividade prejudique um ou alguns em prol da maioria. Nesse momento, em virtude do princípio da igualdade, emerge do Estado o dever de indenizar. Celso Antônio Bandeira de Mello, dissertando sobre o tema, asseverou:

Deveras, se a conduta legítima produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, *a fortiori* deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão jurídica. E que tanto numa quanto noutra hipótese o administrado não tem como se evadir á ação estatal. Fica à mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava.³¹

Assim, salienta-se que em ambos os casos, seja pela atividade do Estado lícita ou ilícita, ele responderá objetivamente pelos danos causados ao administrado. No caso da conduta omissiva do Estado, esse não atua positivamente, ou seja, não é o causador direto do prejuízo que adveio ao administrado, mas o causador indireto, haja vista que tinha o dever legal, *lato sensu*, de agir e não o fez.

A divisão das condutas do Estado em comissivas e omissivas faz-se crucial para o presente estudo, uma vez que este estudo visa discutir as teses existentes no que concerne a caracterização da responsabilidade do Estado, quando o mesmo é omissivo.

A priori, é indispensável que seja explicado o conceito de ato ou conduta omissiva ou, ainda, simplesmente, omissão. O dicionário eletrônico Houaiss traz o conceito do termo omissão como sendo: “Termo jurídico – ato ou efeito de não fazer o que moral ou juridicamente se deveria fazer, e de que resulta, ou pode resultar, prejuízo para terceiros ou para a sociedade.”

A omissão é a conduta que gera ou poderia gerar um prejuízo a determinada pessoa, quando era seu dever legal (*lato sensu*) realizá-la. Para Gonçalves:

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de socorrer às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo artigo 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até de criação de alguma situação de perigo.³²

No entendimento de Cretella Júnior:

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 817

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37

Omitindo-se, quando deveria agir, o agente público pode provocar dano, ou permitir que o dano se efetive, em virtude de sua inércia, inoperante no caminho do fato gerador que, estranho ou peculiar à Administração, atua de modo eficiente, consubstanciando-se no acidente danoso.³³

Desta forma, a omissão estatal se dá quando há uma falta de conduta, ou melhor, quando há uma não prestação de serviço público ou sua má prestação. E para que se responsabilize a Administração Pública, é necessário que o ato omissivo gere dano, ou seja, que ela tivesse o dever individualizado de agir, mas não o tendo feito ou o fazendo de forma deficitária, tenha proporcionado um prejuízo ao administrado.

Superada a devida explanação a respeito do que seja conduta omissiva, cabe agora demonstrar que, no momento em que foi introduzida a responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento jurídico nacional, surgiu com ela a incômoda questão de definir se esta responsabilidade objetiva seria a sistemática regente sobre a responsabilização civil por atos omissivos.

Sendo assim, em que pese a informação de que a responsabilidade objetiva estatal chegou até nós pela atividade jurisprudencial antes de sua transcrição expressa pela legislação pátria, foi mesmo o artigo 194 da Constituição de 1946 que trouxe de forma definitiva a responsabilidade objetiva do Estado no Brasil.

Regia o referido artigo: “Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”

Uma vez que o artigo não fazia qualquer menção, direta ou indireta, à necessidade de culpa na atuação estatal, restou sedimentada a responsabilidade objetiva do Estado, responsabilidade esta que continuou presente também nos artigos 105 e 107 das Constituições de 1967 e 1969, respectivamente, e ainda hoje se encontra expressa no conhecido parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição de 1988.

A dicção do artigo é clara quanto à responsabilização objetiva do Estado nos atos comissivos, mas certamente não esclarece suficientemente acerca da responsabilidade quanto aos atos omissivos.

Como já analisado, na responsabilização objetiva basta a prova do dano e do nexo causal entre o comportamento e o evento danoso, o que é facilmente observado nos comportamentos comissivos. Os comportamentos omissivos, porém, apresentam notória dificuldade quanto à caracterização do nexo causal com o dano. A rigor, dependendo da teoria

³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 195

sobre a relação de causalidade adotada, o ato omissivo não pode ser considerado causa do dano, visto que este tem relação direta e imediata com acontecimento natural ou comportamento de terceiro não ligado ao Estado.

A responsabilização da Administração Pública, neste caso, derivaria do fato de que o Estado deveria ter evitado ou abrandado os efeitos do ato natural ou humano causador do dano, não o tendo feito. Uma vez que a responsabilidade tem fundamento numa falta de conduta do Estado, como anteriormente falado, nos parece necessária a comprovação de que a conduta estatal não foi a medianamente esperada visando ao impedimento do dano.

Em face destas considerações, cabe responder se seria possível responsabilizar objetivamente o Estado por condutas omissivas indiretamente causadoras de dano e, em caso negativo, saber como se operaria a responsabilização estatal por estes atos, em função das disposições constantes na legislação nacional, principalmente após o advento do novo Código Civil.

4.2 A responsabilidade estatal subjetiva por conduta omissiva

A responsabilidade estatal por conduta omissiva encontrou duas principais vertentes na doutrina nacional. Uma primeira corrente vislumbra a possibilidade de responsabilização objetiva nos atos estatais omissivos e para uma segunda corrente, os autores sustentam que a responsabilidade do Estado por atos omissivos será subjetiva, sendo que alguns doutrinadores defendem a responsabilização objetiva em apenas alguns atos omissivos, os determinados atos omissivos específicos, pregando a responsabilidade subjetiva nos atos omissivos genéricos.

Com relação aos doutrinadores que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado nos atos omissivos, já foi dito que alguns autores fazem a distinção entre atos omissivos genéricos e específicos. Esta posição doutrinária está exposta no pensamento de Guilherme Couto de Castro. Argumenta o doutrinador que a dicção do art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 seria claramente direcionada aos atos comissivos e nunca aos atos omissivos que não estejam ligados a um dever específico de agir, razão pela qual sustenta a responsabilidade subjetiva quanto a estes últimos, onde ocorreria uma omissão genérica. Ressalte-se, porém, que valerá a responsabilização objetiva nos casos de omissão específica, ou seja, quando existir dever individualizado de agir por parte do Estado, utilizando o doutrinador a seguinte argumentação:

Acima de tudo, porém, o importante é balizar, sempre, o fundamento maior da existência da imputação sem falha, no campo do risco administrativo. Há

duas possibilidades: ou existe ato ilícito do ente público, e a indenização se justifica em razão da própria contrariedade à lei, ou não existe, e então seu fundamento está na razoável repartição do gravame pela coletividade, dentro de padrões civilizatórios que devem ser buscados. Daí não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim, o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.³⁴

O autor utiliza como exemplos de indenização em casos de omissão específica uma batida de carros causada por falha mecânica na sinalização e a morte de detento causada por companheiro de cela, ressaltando que em ambos os casos o Estado agiu com presteza necessária, mas não lhe foi possível evitar o prejuízo. Como lhe cabia manter o correto funcionamento da sinalização e a integridade física do preso e como, nestes casos, se afigura razoável a socialização dos prejuízos, não concorrendo excludente de responsabilidade, seria objetiva a responsabilização do Estado que, segundo ele, a rigor, não praticou qualquer ilícito.

No mesmo sentido se posiciona Sérgio Cavalieri Filho, ao registrar:

Também em nosso entender, quando o dano resulta da omissão específica do Estado, ou, em outras palavras, quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento, o Estado responde objetivamente, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante período de aula.³⁵

Na defesa da subjetividade na responsabilização estatal por omissão, tem-se por arauto o maior administrativista brasileiro da atualidade, Celso Antônio Bandeira de Mello, que enxerga a responsabilidade do Estado por atos omissivos como uma responsabilidade por atos ilícitos, assim dispondo:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de aplicar-se a teoria de responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor do dano, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ilícito, e necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.³⁶

³⁴ CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva do Direito Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 61-62

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 169

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 794

A posição de Bandeira de Mello é compartilhada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes nas cidades, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente. Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público.³⁷

José dos Santos Carvalho também vislumbra a necessidade da presença do elemento culpa nos atos omissivos estatais para que possa se dar a responsabilização, mas, discordando expressamente de Bandeira de Mello, não entende que por isto haveria responsabilidade estatal subjetiva. Defende Carvalho Filho, *in verbis*:

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. [...] O único ponto discutível na lição do grande publicista é aquele em que considera aplicável, na espécie, a teoria da responsabilidade subjetiva. Em nosso entender, se é verdadeiro que a omissão estatal é sempre caracterizada como conduta culposa, não é menos verdade que a responsabilidade objetiva, sendo um *plus* em relação à responsabilidade subjetiva, pode ser sempre a aplicável para condutas estatais, ainda que estas sejam revestidas de culpa. Mesmo que culposa a conduta, estarão presentes os pressupostos suficientes para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado.³⁸

Ressalve-se que Celso Antônio Bandeira de Mello, apesar de conhecido como defensor da responsabilidade subjetiva para os atos omissivos estatais, ao contrário do que defendem alguns doutrinadores também coloca temperamento semelhante à idéia de responsabilidade objetiva na omissão específica, ao defender a responsabilidade objetiva do Estado nos casos que chama de “danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória”. Explica o autor:

Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo, é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva. [...]

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 555

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 443

A guarda de coisas ou pessoas perigosas, conforme se observou inicialmente, é a hipótese mais comum, mas não é a única prefiguradora de danos dependentes de situação criada pelo Estado e propiciatória da lesão. Há outros casos em que o Poder Público expõe terceiro a situação igualmente inevitável onde o risco de dano é totalmente assumido pelo Estado. Sirva de exemplo o acidente de trânsito causado por sinal semafórico que acende concomitantemente para os dois ângulos de um cruzamento (ainda que o defeito se deva a curto-circuito provocado há poucos segundos por um raio incidente sobre o sistema central de controle dos semáforos). Não há cogitar, aqui, de ‘falta de serviço’ para cuja composição seria necessária a culpa ou dolo do Poder Público. Com efeito, em situações deste *jaez* aplica-se a responsabilidade objetiva, pois o Estado expôs terceiros ao risco oriundo do acatamento do sinal luminoso.³⁹

A teoria da análise subjetiva dos danos oriundos da conduta omissiva do Estado, como se infere das lições acima, baseia-se, exclusivamente, no fato do Estado, segundo o entendimento mantido pelos doutrinadores que compõem esta corrente, não ser o causador do dano. A seguir, explicitaremos a corrente contrária, que entende ser imperiosa a análise objetiva dos danos causados a terceiros pela omissão dos agentes e/ou prepostos do Estado.

4.3 A responsabilidade estatal objetiva por conduta omissiva

A corrente doutrinária que se contrapõe à supramencionada, qual seja, a que defende a objetividade quando da análise da responsabilidade do Estado por sua omissão, é formada por nomes como Aguiar Dias, José Cretella Júnior, Celso Ribeiro Bastos e Yussef Said Cahali, sendo que este último traçou de forma ímpar os critérios que determinam sua linha de pensamento:

Não se pode negar que a teoria do risco integral é a que mais se identifica com a responsabilidade objetiva, já que se esgota na simples verificação do nexos de causalidade material: o prejuízo sofrido pelo particular é consequência do funcionamento (regular ou irregular) do serviço público. [...]... a falta do serviço público não é mais necessariamente ligada à idéia de falta de um agente determinado, bastando, para a responsabilidade, um mau funcionamento geral, anônimo, uma falha do serviço, à qual o dano possa ser imputado. [...] A teoria do risco sem pretensas qualificações conduziria necessariamente à responsabilidade objetiva em sua plenitude, com dispensa de qualquer pressuposto de falha do serviço, ou culpa anônima da administração, na verificação do evento danoso. E se mostra compatível – essa teoria do risco – com o caráter publicístico que se irroga à responsabilidade civil do Estado: a sociedade de nossos dias, em que atua a Administração, caracteriza-se por um desenvolvimento acelerado da técnica e das situações de perigo de danos; essa mudança tecnológica e estrutural não só comporta maior quantidade de danos possíveis como, também, uma modificação qualitativa da maneira como se produzem tais danos, no sentido de que grande parte deles é de danos anônimos, que devem produzir-se

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 801

necessariamente pelo simples fato do funcionamento de uma atividade, sem que seja possível a identificação da vontade do sujeito físico que as tenha provocado.⁴⁰

Celso Ribeiro Bastos analisa a responsabilidade do Estado, ensinando que tal entendimento já se encontra sedimentado atualmente e, não há, portanto, que se questionar sobre o elemento subjetivo da culpa entre o dano e o comportamento que o provocou.⁴¹

Hely Lopes Meirelles, da mesma forma, defende a tese da responsabilidade objetiva, dispondo que esta se fundamenta no risco proveniente de sua ação ou omissão, que visam à consecução de seus fins.⁴²

Diógenes Gasparini entende que tanto nos casos de comportamento comissivo como nos casos de omissão a regra aplicável é a do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, ou seja, a responsabilidade objetiva, e afirma, citando Hely Lopes Meirelles que o importante é que se verifique se a ação ou omissão foi praticada pelo agente no exercício de suas funções.⁴³

Na lição de Gustavo Tepedino, a Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da Administração Pública, não fez qualquer distinção entre atos comissivos e omissivos, não cabendo, portanto, ao intérprete fazê-lo. Segundo Tepedino, isso não levaria, porém, a uma panresponsabilização do Estado, visto que mesmo a teoria objetiva comporta excludentes de responsabilidade, podendo haver situações que comportem o rompimento do nexo causal entre ação preventiva do Estado e o evento danoso.

O doutrinador utiliza o seguinte exemplo para ilustrar seu raciocínio, *in verbis*:

Tome-se, como exemplo, a hipótese em que se configuram danos a particulares decorrentes de enchentes de vias públicas, tragicamente corriqueiras nos centros urbanos brasileiros. Inúmeras vezes, tem-se manifestado o Judiciário, em desapareço às sucessivas previsões constitucionais, no sentido da necessidade de se comprovar o mau funcionamento dos serviços públicos de escoamento de águas – limpeza de galerias, contenção de encostas, etc ... -, para que se imponha a condenação da municipalidade. Se, ao revés, o operador adotasse a teoria do risco administrativo, nos termos da previsão constitucional, a construção não determinaria uma atribuição ilimitada de responsabilidade a cargo do Poder Público. Caberia ao julgador, no exame do caso concreto, verificar se a enchente, por sua intensidade, caracterizaria força maior, capaz de excluir o nexo causal entre a ação preventiva do município e os eventos danosos. Ao invés de se perquirir a falta de serviço, nem sempre de fácil constatação pericial, sobretudo após a verificação da calamidade, é de se examinar se o

⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 33 e 34

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito administrativo moderno*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 431

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 567

⁴³ GASPARINI, Diógenes. Op. cit. p. 633

evento é previsível e resistível, cingindo-se a investigação aos pressupostos da responsabilidade objetiva.⁴⁴

Também Saulo José Casali Bahia explana de forma breve por que entende que a responsabilidade objetiva também vale para os atos omissivos:

Enxergamos no art. 37, § 6º da Constituição Federal espaço também para os comportamentos omissivos, pois, para a hipótese, como vimos, ali só está expressa uma presunção de culpa, e as elidentes encontram-se não esclarecidas. E, como são reconhecidas no caso de comportamentos omissivos, aplica-se, sem problema, o dispositivo constitucional.⁴⁵

Cumprе salientar que o dispositivo constitucional atinente à matéria utiliza o verbo *causar*; em razão disso, há entendimento no sentido de que no caso de omissão aplica-se a teoria subjetiva, uma vez que ‘causar’ sugere uma atuação positiva, e o agente público, ao se omitir, não causa dano no sentido de agir positivamente, mas tão somente dá ensejo a que evento alheio cause o dano.⁴⁶

Segundo preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello, causa é o evento que produz certo resultado, logo, se o Estado não é o autor do dano, não se pode dizer que ele o causou. Na verdade, a omissão seria condição do dano e não causa. Causa é um fator que positivamente gera o dano. Condição seria o evento que não ocorreu, mas, que se ocorresse, teria impedido o resultado. Assim, pode-se dizer que a omissão é condição do dano, uma vez que propicia sua ocorrência. A condição seria o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano. Quando ocorre uma omissão, o dano não é causado pelo Estado, mas por evento alheio a ele.⁴⁷

A corrente objetivista, ao contrário, entende que a causa, mesmo quando a responsabilização emerge de uma omissão, é dada pelo Estado. Sobre o tema, luminosa é a lição proferida por Cahali:

No plano da responsabilidade objetiva, o dano sofrido pelo administrado tem como causa o fato objetivo da atividade (comissiva ou omissiva) administrativa, regular ou irregular; incompatível, assim, com qualquer concepção de culpa administrativa, culpa anônima do serviço, falha ou irregularidade no funcionamento deste. A questão desloca-se, portanto, para investigação da causa do evento danoso, objetivamente considerada, mas sem se perder de vista a regularidade da atividade pública no sentido de sua exigibilidade, a anormalidade da conduta do ofendido, a eventual fortuidade do acontecimento em condições de influírem naquela causa do dano injusto,

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo Mendes. *Temas de Direito Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 192

⁴⁵ BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade Civil do Estado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 70

⁴⁶ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes de. *Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: RT, 1998, p. 203

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 587

pois só este merece ser reparado. Alguns autores, conquanto partilhando do entendimento de que as regras constitucionais teriam imposto a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, recusam-se aceitar as conseqüências inevitáveis desse reconhecimento; fazem-no, seja restaurando a noção civilística de culpa adaptada à noção de *faute du service*, de falha da Administração ou de culpa anônima do serviço; seja através da composição da figura híbrida e indefinida do risco administrativo.⁴⁸

José de Aguiar Dias, adepto da responsabilidade objetiva, ao expor o seu entendimento sobre o termo causa, assim preceituou:

Só é causa aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade. Se numa sucessão de fatos, mesmo culposos, apenas um, podendo evitar a conseqüência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, só ele é causa, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria se não houvesse a conjugação deles, esses devem ser considerados causas concorrentes ou concausas.⁴⁹

Desta forma, conclui Aguiar Dias que a inércia do Estado empenha responsabilidade civil a este e a conseqüente obrigação de reparar integralmente o dano causado, na forma o artigo 37, § 6º da Constituição Federal; portanto, a responsabilidade é objetiva.

Já foi dito que alguns autores fazem a distinção entre atos omissivos genéricos e específicos. Dentre eles Sérgio Cavalieri Filho, para o qual, antes de se afirmar, peremptoriamente, ser subjetiva a responsabilidade do Estado por omissão, deve-se distinguir entre omissão genérica e omissão específica. Esclarece, baseado em monografia de Guilherme Couto de Castro, não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.⁵⁰

Omissão genérica é a que não decorreu de inação do Estado, diretamente. Por exemplo: não se pode responsabilizá-lo por atropelamento causado por motorista embriagado, pelo simples fato de encontrar-se nessa situação. Isso seria omissão genérica e, para haver responsabilidade do ente estatal, mister provar a culpa estatal. Contudo, se o hipotético motorista houvesse passado por *blitz* policial pouco antes do atropelamento e os policiais não tivessem notado e não tivessem investigado o estado etílico do motorista, aí, sim, poder-se-ia falar em responsabilidade objetiva. No último caso, trata-se de omissão específica, isto é, “quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do não-impedimento do evento,

⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 34

⁴⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 664

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 247

como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula.⁵¹

A análise das duas correntes doutrinárias, acima expostas, mostra-nos que ambas possuem plausibilidade, sendo a escolha por uma delas bastante laboriosa.

4.4 Do entendimento jurisprudencial

Como já salientado nos capítulos anteriores, o tema em estudo não tem um posicionamento pacificado nos tribunais pátrios, sendo que até em sede de Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça há divergência. No intuito de demonstrar esse racha no entendimento mantido pelos tribunais pátrios, faz-se mister transcrever algumas decisões. O Tribunal de Justiça faz uso da distinção entre omissão genérica e específica, de forma que vem decidindo:

A atividade administrativa que enseja a responsabilidade objetiva do Estado, art. 37, § 6º, da CF, abrange tanto as condutas comissivas quanto as omissivas, desde que de natureza específica. Quando o ente estatal, por omissão sua, cria a situação propícia para o evento, em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo, fica configurada a omissão específica; na espécie, evidenciada pela realização da demolição de galpão, sem promover, contudo, a retirada do entulho, o que deu causa ao acidente. [...] E, de plano, afasta-se a modalidade comissiva, porquanto não foi a ação de demolir, como afirmam os apelantes, que causou a lesão na menor; o fato ocorreu posteriormente. Entretanto, pela detida análise da prova dos autos, verifica-se estar caracterizada a omissão específica do Município, eis que esta ocorre quando o ente estatal, por omissão sua, cria a situação propícia para o evento, em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo.⁵²

A teoria acolhida no art. 37, § 6º, da CF de 88 é a da responsabilidade objetiva, em que há sempre o dever de indenizar pela só verificação do dano e do nexo de causalidade entre este e o comportamento do agente estatal, não dependendo do exame de elemento subjetivo por parte dos prepostos estatais. Não obstante, no que toca especificamente à responsabilidade do Estado por omissão, a própria doutrina diverge em relação a qual das teorias deve ser observada, se a objetiva ou a subjetiva, aparentemente relativizando e temperando o rigor da primeira. Entendo, no particular, haver omissão específica quando o Estado, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Daí se concluir ser indiscutível a responsabilidade objetiva do Município que, a despeito de cobrar certo valor para custear a manutenção de gaveta em cemitério que alocava os restos mortais de ente querido do autor, não obrou com a diligência necessária de modo a evitar que ocorresse o seu extravio.⁵³

⁵¹ Loc. cit.

⁵² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Município. Responsabilidade objetiva. Apelação Cível nº 2007.001.32597. Relator Desembargador Nametala Jorge. 13 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00039279473D102688348FC1E7AB09C2426A20C4020E0954>> Acesso em: 25 out. 2008

Do Supremo Tribunal Federal, vejam-se os seguintes acórdãos:

Desde a Constituição de 1946 (art. 194), bem assim na Constituição de 1967 (art. 105), na Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 107), até a Constituição de 1988 (art. 37, § 6º), está, entre nós, consagrado o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, resultante da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Parece fora de dúvida tenha sucedido, efetivamente, na espécie, omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis, de forma razoável, a fim de ser evitado o homicídio do filho da recorrente, qual acabou por acontecer, no interior do presídio. [...] Não apenas o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, implícito no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mas também a doutrina e jurisprudência tem firmado decisão no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, somente cabendo exoneração no caso de culpa exclusiva da vítima, ou motivo de força maior circunstâncias não ocorridas e, portanto, não provada nos presentes autos.⁵⁴

Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para o envio de força policial ao imóvel invadido.⁵⁵

O Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento majoritário de que esta responsabilidade será analisada de forma subjetiva:

No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘se o Estado não agiu, não pode logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor do dano, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano.’⁵⁶

Fiscalizar, per se, não significa atuar. A mera omissão na fiscalização, ainda que existente, não levaria ao infeliz mas não imprevisível desate do grupo Coroa-Brastel, dado o alto risco especulativo com que atuava. Há necessidade de nexo de causalidade eficaz entre a ação ou omissão do Estado e o dano sofrido pelo lesado. Segundo conceituados administrativistas, para que haja responsabilidade objetiva do Estado, forçoso reconhecer que os atos lesivos devem ser praticados por agente públicos, por comissão. Se houve omissão, sua responsabilidade será por culpa subjetiva.⁵⁷

⁵³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Responsabilidade objetiva do Poder Público por conduta omissiva. Apelação Cível nº 2008.001.20428. Relator Desembargador Marco Aurélio dos Santos. 12 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003AE26FB85C3C8308072275A0B8D6DED6388C4020D6220>> Acesso em: 25 out. 2008

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade civil do Estado. Recurso Extraordinário nº 215981. Elcenira Corrêa de Delo Lavinias e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Néri da Silveira. 08 de Abril de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> Acesso em: 25 out. 2008

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Objetiva do Estado. Recurso Extraordinário nº 283989. Estado do Paraná e Luiz Caldato S.A. Relator: Min. Ilmar Galvão. 28 de maio de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> Acesso em: 25 out. 2008

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil por acidente causado em rodovia federal, omissão do Estado. Recurso Especial nº 549812. Relator: Ministro Franciulli Netto. 06 de maio de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/jurisprudencia> Acesso em: 25 out. 2008

Como visto, há divergência no direito nacional acerca de qual teoria deverá ser adotada, nos casos em que se verificar que o Estado foi omissivo.

4.5 A responsabilidade estatal pela prática de atos omissivos no Código Civil de 1916 e no atual Código Civil

Com a introdução da responsabilidade objetiva do Estado na legislação brasileira, ocorrida a partir das disposições da Constituição de 1946, alguns doutrinadores professaram a revogação do art. 15 do Código Civil de 1916, que na opinião desta mesma doutrina consagrava a responsabilidade subjetiva do Estado, inclusive por atos omissivos. Dispunha o referido artigo:

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

Defendendo a existência da revogação, assim se manifestou Gustavo Tepedino:

A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dos quais se destaca o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade o art. 15 do Código Civil, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não foi recepcionado pelo sistema constitucional.⁵⁸

Efetivamente, pela leitura do artigo 37, § 6º da CRFB nos parece que o art. 15 do antigo Código Civil já estaria há muito revogado, uma vez que a nova disposição de sede constitucional regulava integralmente a matéria. No entanto, alguns dos que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado, em todos ou apenas alguns atos omissivos, apontavam como fundamento desta responsabilização justamente o art. 15 do Código Civil de 1916. Renan Miguel Saad, filiando-se à responsabilidade subjetiva para os atos omissivos do Estado, sustentou do seguinte modo a referida posição:

Admitida a teoria do risco, sustenta refinada doutrina a sua adequação limitadamente aos atos comissivos do Estado. Com efeito, na hipótese de atos omissivos, a aplicação da teoria do risco importaria em uma exacerbação descomedida da responsabilidade do Estado. Na ocorrência de

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil do BACEN. Pretendido reconhecimento de omissão. Recurso especial nº 44500. Relator: Ministro Franciulli Netto. 09 de setembro de 2002. Disponível em: < www.stj.jus.br/jurisprudencia > Acesso em: 25 out. 2008

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo Mendes. Op. cit. p. 191

comportamento omissivo, a responsabilidade estatal é subjetiva, por depender de procedimento doloso ou culposo.

Os prejuízos, neste caso, não são causados diretamente pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que a omissão, para ser causa de dano, implica na ocorrência de fato a que o agente tem o dever de impedir.

A omissão poderá condicionar o implemento do ato danoso, sem, contudo, constituir, a sua causa direta. O Estado, segundo a mesma doutrina, responde por omissão quando, devendo agir, não o fez, incorrendo no ilícito de deixar obstar aquilo que poderia impedir e estava obrigado a fazê-lo. O fato danoso pode provir da natureza (eventos cujos efeitos lesivos o poder público não impediu, embora devesse fazê-lo), ou se revestir no comportamento prejudicial de alguém cuja lesividade o Estado deveria impedir e não o fez.

Responde em ambas as hipóteses o poder público por culpa ou dolo, não sendo necessária a identificação do funcionário faltoso e sim a omissão do serviço.

Na esteira de tais considerações, aplica-se, na responsabilidade civil do Estado, por ato omissivo, o artigo 15 do Código Civil, que se encontra, portanto, em vigor, quanto aos atos omissivos, prevalecendo a responsabilidade objetiva da Constituição Federal para os atos comissivos do Estado.⁵⁹

Também Diogo de Figueiredo Moreira Neto preconizou a vigência do art. 15 do antigo Código Civil brasileiro, ao dizer:

Antes da responsabilidade patrimonial do Estado ser levada a tema constitucional, quando ainda era pacífico o conceito privatístico da responsabilidade civil da Administração, o art. 15, do Código Civil, regulava a matéria.

Da leitura do dispositivo observa-se, porém, que o legislador nele não previu somente a ocorrência de danos a terceiros causados por atos comissivos dos servidores, mas a decorrente de suas omissões. Daí resulta que o preceito do art. 15 do Código Civil, não foi totalmente revogado, mas apenas derogado no que se refere aos atos comissivos.

A teoria do risco administrativo não se aplica, portanto, às omissões dos agentes do Poder Público de que decorram danos a particulares, inclusive os retardamentos dos serviços públicos.⁶⁰

Igualmente Sérgio Cavalieri Filho, mesmo filiando-se à idéia de que a responsabilidade subjetiva estatal valeria apenas para os atos omissivos genéricos, professou a derrogação parcial do art. 15 do Código Civil, ao sustentar:

Por todo o exposto, é de se concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida de nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados – fatos de terceiros e fenômenos da natureza –

⁵⁹ SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1994, p. 67

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 580

determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente. Temos, por isso, sustentado que a Constituição de 1946 e as que se seguiram não revogaram o art. 15 do antigo Código Civil, apenas o derrogaram (parcialmente), deixando campo para sua incidência naqueles casos em que não é aplicável a responsabilidade fundada no risco administrativo. Entendemos também que, em face da redação ambígua do citado artigo, é possível dar a ele uma interpretação abrangente, de modo a servir de fundamento legal para a culpa anônima ou falta de serviço em nosso sistema jurídico.⁶¹

Em resumo, o artigo 15 do Código Civil de 1916 seria aplicável aos casos de omissão em que ficasse caracterizada a falta impessoal do serviço público, não sendo necessária a identificação de culpa individual, e o artigo 37, § 6º da Constituição Federal ficaria reservado para as hipóteses de condutas comissivas.

Percebe-se então que o artigo 15 do Código Civil de 1916 funcionava como um fundamento legal para legitimar a responsabilização subjetiva do Estado pela prática de atos omissivos. O novo Código Civil, porém, pela forma que trata a responsabilidade civil estatal, não poderia se prestar igualmente a este papel, visto que o artigo que rege especificamente a responsabilidade civil do Estado (art. 43) repete de forma quase idêntica os preceitos da responsabilidade objetiva do Estado previstos no art. 37, § 6º, da CRFB/88.

Dispõem os artigos 43 e 186 do novo Código Civil, que tratam da responsabilidade civil extracontratual e substituem, respectivamente, os artigos 15 e 159 do Código Civil de 1916:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Pela leitura do artigo 43 percebe-se a fragilidade da teoria da responsabilização subjetiva do Estado nos atos omissivos, visto que os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam especificamente da responsabilidade civil do Estado apontam no sentido da responsabilização objetiva.

4.6 Considerações sobre a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado decorrente de conduta omissiva

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 180

O estudo, ora apresentado, não estaria completo se deixássemos de comentar uma categoria de dano, denominada por alguns doutrinadores como sendo os danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória. Para a conclusão da análise do presente trabalho, será de suma importância a apresentação deste tipo de dano, que foi definido por C. A. Bandeira de Mello, assim: “são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano.”⁶²

O caso clássico desta categoria de dano é a de guarda de pessoas ou coisas perigosas pelo Estado, ressaltando-se que não seria o único caso. Para melhor exemplificar, tome-se como base o caso de um presidiário que é assassinado por outro detento nas dependências de uma instituição penitenciária. Não foi o Estado, mas sim o presidiário, o autor do dano; todavia, foi aquele quem criou as condições para que este dano ocorresse, mantendo-os presos. Ora, se o Estado tivesse cuidado para que a segurança do presidiário fosse adequada, o dano poderia ter sido evitado. Logo, o Estado, também aí, a par de manter presos o autor do dano e a vítima (conduta positiva), omitiu-se quanto à segurança desta última em face daquele (conduta omissiva).

Celso Antônio Bandeira de Mello defende arduamente a análise subjetiva dos casos de omissão dos agentes e/ou prepostos do Estado, mas no caso acima evidenciado passa a defender a responsabilização do Estado de forma objetiva dizendo ser a primeira conduta causa do dano e a segunda não. Ora, quando um presidiário é assassinado dentro de uma instituição penitenciária por outro detento, ele não morreu em virtude de o Estado tê-lo colocado na instituição, mas por conduta omissiva ou comissiva (ineficiente) dos agentes penitenciários.

Agostinho Alvim acentua que a “teoria da equivalência das condições aceita qualquer das causas como eficiente”, asseverando que essa “equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria.”⁶³

Yussef Said Cahali ensina que “não parece haver dúvida de que a responsabilidade civil do Estado pode estar vinculada a uma conduta ativa ou omissiva da Administração, como causa do dano reclamado pelo ofendido.”⁶⁴ Logo em seguida, depois de transcrever ensinamentos de Celso Antônio e Álvaro Lazzarini, alude a que “substancialmente, tais

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 876

⁶³ ALVIN, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 345

⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 282

manifestações não se revelam conflitantes, sendo mais aparente o confronto que se pretende, em especial quando se considera que a própria filosofia jurídica está longe de definir a discriminação conceitual entre ‘causa’ e ‘condição’.”⁶⁵ Sintetizando o pensamento de Lazzarini, afirma que para esse autor:

Causa, nas obrigações jurídicas, é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer); daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição, ou, em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso.⁶⁶

Veja-se que no exemplo citado por Celso Antônio tanto a conduta comissiva, quanto a omissiva, se eliminada, afastaria o dano. Por que, então, tratá-las de modo diverso? Não existe argumento de ordem filosófica para tanto. Nem o há de ordem jurídica. A Constituição Federal, no artigo 37, § 6º, não diferenciou as duas condutas, quando poderia perfeitamente fazê-lo. Assim, o vocábulo “causarem”, do aludido dispositivo, deve ser lido como “causarem por ação ou omissão”.

Entender-se que o legislador brasileiro, muito bem informado, à época, da evolução do instituto, teria recuado no tempo, estabelecendo a responsabilidade objetiva apenas para os casos de conduta comissiva, retroagindo, no que tange à omissiva, aos tempos da culpa civilística ou da *faute du service*, seria demasiado. Aliás, a responsabilidade objetiva já vinha consagrada no direito brasileiro desde a Constituição Federal de 1946 (art. 194).

O que se pretendeu com toda a evolução da responsabilidade do Estado foi exatamente evitar que o lesado tivesse de provar a culpa do agente, nem sempre – e quase nunca – um exercício fácil. Por que o legislador, cômico dessa evolução, teria marchado em ré?

Ao final, parece ser mesmo descabida a discriminação entre causa e condição como fatores ensejadores da responsabilidade estatal.

Ademais, o ensinamento de Celso Antônio baseia-se em que, para ele, a conduta omissiva da Administração é sempre ilícita. Parte da idéia de que a responsabilidade do Estado nasce do fato de que este, tendo o dever de agir, não agiu. Logo, descumpriu um dever legal; agiu ilicitamente. Ora, mesmo firmado tal entendimento – e parece ser este o predominante –, não estaria afastada a responsabilidade objetiva da Administração omissa. A responsabilidade continuaria sendo objetiva, por força de disposição constitucional expressa, cabendo ao lesado demonstrar a conduta (no caso, omissiva) do agente estatal, o dano e o

⁶⁵ Ibid. p. 285

⁶⁶ Loc. cit.

nexo de causalidade entre eles, e, àquela, demonstrar que não tinha o dever legal de agir, ou que, o tendo, não deixou de agir ou, ainda, que está presente qualquer das excludentes de responsabilidade, o que afastaria a obrigação de indenizar. Note-se que não é necessário transmutar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que a Administração se desvincule do dever de indenizar; basta que esta demonstre que não tinha o dever de agir e que, portanto, sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso.

Com efeito, alijada a dicotomia entre causa e condição, o dano, resultante de conduta estatal, comissiva ou omissiva, deve ser reparado pelo Estado, sem que se possa debater sobre a existência ou não de culpa. Portanto, responsabilidade objetiva.

5 CONCLUSÃO

Na presente monografia estudaram-se traços gerais do instituto da responsabilidade civil, de difícil conceituação por sua amplitude e que tem por finalidade o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano. Quanto ao seu fundamento, a responsabilidade civil poderá ser subjetiva, presente sempre o pressuposto da culpa ou dolo; e objetiva, quando não há a necessidade da prova da culpa, bastando a existência do dano, da conduta e do nexo causal entre o prejuízo sofrido e a ação do agente.

Em nosso ordenamento jurídico já é pacífico o entendimento de que o Estado é responsável por suas condutas, comissivas ou omissivas, que causarem danos a terceiros, porém essa responsabilidade traz em seu bojo regras peculiares. Cabe ao Estado, para eximir-se de suas responsabilidades sobre o dano ou atenuá-las, utilizar-se das causas excludentes (força maior, caso fortuito, culpa exclusiva ou concorrente da vítima e fato de terceiro).

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são unânimes quanto à natureza objetiva da responsabilidade do Estado por conduta comissiva. A análise do instituto da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva, no entanto, mostra que, apesar de já amplamente discutida, ainda mantém-se em aberto se sua caracterização se dará de forma subjetiva ou

objetiva, em virtude da divergência existente, seja em nível doutrinário, seja em nível jurisprudencial.

A omissão estatal se dá quando há uma falta de conduta, ou melhor, quando há uma não prestação de serviço público ou sua má prestação. E para que se responsabilize a Administração Pública, é necessário que o ato omissivo gere dano, ou seja, que ela tivesse o dever individualizado de agir, mas não o tendo feito ou o fazendo de forma deficitária, tenha proporcionado um prejuízo ao administrado.

Celso Antônio Bandeira de Mello, a fim de justificar a aplicação da Teoria Subjetiva à responsabilidade do Estado por conduta omissiva, argumenta que a palavra “causarem” do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal somente abrange os atos comissivos, e não os omissivos, afirmando que estes apenas “condicionam” o evento danoso, ou seja, são apenas “condição”, e não “causa”, do dano, pois causa é o fato que positivamente gera um resultado e condição é o evento que não ocorreu, mas que se tivesse ocorrido, teria impedido o resultado.

A outra corrente, que sustenta ser a responsabilidade do Estado por conduta omissiva regida pela Teoria do Risco, fundamentada no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, contraria os argumentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando que a conduta omissiva estatal não pode ser considerada condição, mas sim causa, pois esta é todo fenômeno capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou de não fazer).

Celso Antonio Bandeira de Melo, quando analisa os danos decorrentes de atividades perigosas do Estado, afirma categoricamente que mesmo as condutas que não estejam diretamente ligadas ao dano entram decisivamente em sua linha de causação. Diz que há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende.

A Constituição Federal, no artigo citado, não diferenciou as condutas comissivas e omissivas; assim, o vocábulo "causarem", do aludido dispositivo, deve ser lido como "causarem por ação ou omissão", pois caso contrário o legislador teria recuado no tempo, estabelecendo a responsabilidade objetiva apenas para os casos de conduta comissiva, o que é inconcebível, diante dos avanços em outras matérias constitucionais, tais como a substituição da expressão "funcionário" por "agente", muito mais abrangente, e a extensão da responsabilidade também para os particulares prestadores de serviço público.

Para Celso Antonio, a conduta omissiva da Administração é sempre ilícita. Mesmo firmado tal entendimento, não estaria afastada a responsabilidade objetiva da Administração omissa, pois a responsabilidade continuaria sendo objetiva, por força de disposição

constitucional expressa. Não é necessário transmutar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que a Administração se desvincule do dever de indenizar; basta que esta demonstre que não tinha o dever de agir e que, portanto, sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso.

Celso Antonio entende que a conduta *comissiva* decorrente de ato *ilícito* gera responsabilidade objetiva, bem como que às vezes a conduta estatal causadora do dano é ilegítima e, nesse caso, será sempre objetiva a responsabilidade. Entretanto, quando defende a natureza subjetiva da responsabilidade do Estado por conduta omissiva, o mesmo autor se contradiz, ao asseverar que sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva. É de se indagar: por que na conduta comissiva ilícita não se discute dolo ou culpa – responsabilidade objetiva – e na conduta ilícita omissiva aqueles elementos subjetivos são discutidos – responsabilidade subjetiva? Seria apenas porque na primeira a conduta estatal é causa do dano e, na segunda, mera condição? Essa distinção, como se asseverou, já não se sustenta cientificamente, por isso deve ser afastada, prevalecendo a responsabilização objetiva do Estado.

A Carta Magna de 1988 determinou, de forma clara e inequívoca, que o Estado deverá ser responsabilizado, sem exceções, de forma objetiva, só cogitando-se a análise de culpa ou dolo quando da ação regressiva em face do preposto e/ou agente que cometeu/proporcionou o dano em seu nome. Sendo dever do Estado garantir aos administrados a prestação dos serviços públicos de forma eficiente, em não havendo a sua execução (omissão), torna-se imperiosa a reparação dos danos emergidos de sua ineficiência (que poderá ocorrer nas condutas omissivas e comissivas do Estado); reparação essa que deverá ser efetivada de forma objetiva, ou seja, sem que haja necessidade de comprovação da negligência, imprudência ou imperícia, por parte dos agentes do Estado.

A necessidade de comprovação provocaria um prejuízo muito grande ao administrado, que, além de não receber o serviço devido pelo Estado, possivelmente ficaria sem a justa reparação de seu dano, vez que nem sempre se pode caracterizar o responsável direto por determinado serviço público.

Se para configuração da responsabilidade estatal por atos omissivos é exigida a demonstração de culpa, como quer o insigne Celso Antônio Bandeira de Mello, restaura-se a situação de desigualdade da vítima-usuário do serviço público danoso. A conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser desprezada. A vulnerabilidade da parte mais fraca é conquista de cidadania e concretizante do princípio da igualdade material.

O legislador brasileiro, bem como a doutrina e a jurisprudência, sempre tiveram clara a evolução da responsabilidade do Estado, no sentido de sua objetivação, afastando-a da culpa e aproximando-a do risco, até assumi-lo, sendo razoável que se falasse em algum tipo de responsabilidade subjetiva apenas no período que vai do início de vigência do antigo Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1946, quando, promulgada esta, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, ficando revogado o antigo Código Civil.

A evolução da responsabilidade do Estado, no sentido de sua objetivação, fica ainda mais evidente quando se constata a redação do art. 43, do novo Código Civil de 2002, que deixou absolutamente claro que a perquirição sobre a presença do elemento subjetivo (culpa ou dolo) seria tão somente na ação regressiva do Estado em face do causador do dano.

A norma do art. 43 do Código Civil de 2002 deve ser entendida em conformidade com o sistema jurídico total, inclusive e, principalmente com a norma do art. 37, § 6º da Constituição. Se o elemento culpa é inserido como necessário à caracterização dos elementos de responsabilidade estatal por omissão, faz-se distinção onde a Carta não faz, o que é inadmitido. Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente.

Ante todos os argumentos expostos, nosso posicionamento é no sentido da aplicabilidade da Teoria do Risco Administrativo, ou seja, da responsabilidade de natureza objetiva ao Estado, pelas condutas omissivas que causarem danos a terceiros, haja vista a necessidade de proteger o lesado ante a dificuldade deste em demonstrar a culpa ou dolo de algum agente ou que o serviço não funcionou como deveria. Ademais, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal é claro ao discorrer que o Estado responde, independente de culpa, pelas condutas comissivas ou omissivas que causarem danos a terceiros. Todos os argumentos utilizados pelos doutrinadores a fim de sustentar a tese de que se aplica a Teoria Subjetiva na responsabilização das condutas omissivas estatais são frágeis e contraditórios. Ademais, o novo Código Civil, ao trazer tal regra no art. 43, corroborou a norma constitucional, no sentido de que será verificada a culpa ou o dolo somente em ação regressiva do Estado em face do agente causador do dano.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes de. **Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: RT, 1998.

ALVIN, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito administrativo moderno**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 1º de Janeiro de 1916. **Diário Oficial [da] União**. Rio de Janeiro em 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 out. 2008

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946. **Diário Oficial [da] União**. Rio de Janeiro em 18 de Setembro de 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 out. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. **Diário Oficial [da] União**. Brasília em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade objetiva do Estado. Acidente de trânsito envolvendo veículo oficial. Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 294440. Estado do Rio de Janeiro e Monika dos Santos Mendonça. Relator: Min. Ilmar Galvão. 14 de Maio de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=responsabilidade+e+objetiva+e+estado+e+agente%28%40JULG+%3E%3D+20020101%29%28%40JULG+%3C%3D+20081020%29&pagina=3&base=baseAcordaos>> Acesso em 20 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade civil do Estado. Recurso Extraordinário nº 215981. Elcenira Corrêa de Delo Lavinias e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Néri da Silveira. 08 de Abril de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> Acesso em: 25 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Objetiva do Estado. Recurso Extraordinário nº 283989. Estado do Paraná e Luiz Caldato S.A. Relator: Min. Ilmar Galvão. 28 de maio de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> Acesso em: 25 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Exposição de terceiros a riscos criados por ação estatal. Recurso Especial nº 866450. Wanessa da Silva Reigada e União. Relator: Min. Herman Benjamin. 24 de abril de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601391973&dt_publicacao=07/03/2008> Acesso em 20 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil por acidente causado em rodovia federal, omissão do Estado. Recurso Especial nº 549812. Relator: Ministro Franciulli Netto. 06 de maio de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/jurisprudencia> Acesso em: 25 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil do BACEN. Pretendido reconhecimento de omissão. Recurso especial nº 44500. Relator: Ministro Franciulli Netto. 09 de setembro de 2002. Disponível em: < www.stj.jus.br/jurisprudencia> Acesso em: 25 out. 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A Responsabilidade Civil Objetiva do Direito Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 12 ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Demanda objetivando a condenação do Município a reparação de danos morais e ressarcimento de danos materiais. Apelação Cível nº 2008.001.30725. Adriana Corsani e Município do Rio de Janeiro. Relatora: Des. Mônica Maria Costa. 07 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acesso em 20 out. 2008

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Município. Responsabilidade objetiva. Apelação Cível nº 2007.001.32597. Relator Desembargador Nametala Jorge. 13 de agosto de 2008. Disponível em:<<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00039279473D102688348FC1E7AB09C2426A20C4020E0954>> Acesso em: 25 out. 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Responsabilidade objetiva do Poder Público por conduta omissiva. Apelação Cível nº 2008.001.20428. Relator Desembargador Marco Aurélio dos Santos. 12 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003AE26FB85C3C8308072275A0B8D6DED6388C4020D6220>> Acesso em: 25 out. 2008.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 14 ed. São Paulo. Saraiva, 2005.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1994.

TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Temas de Direito Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

