

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

LUCIANE MARIA JASKIW PULTER

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA

**CURITIBA
2009**

LUCIANE MARIA JASKIW PULTER

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA

Monografia apresentada ao XXVII Curso de Preparação à Magistratura – EMAP, Núcleo de Curitiba, como requisito parcial à obtenção do certificado de Pós-Graduação *lato sensu*.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANE MARIA JASKIW PULTER

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

Dedico este trabalho ao meu amado pai pelos esforços e sacrifícios a mim prestados, provedor de minhas forças para superar todos os obstáculos e dificuldades. E que jamais permitiu que eu sucumbisse diante das adversidades. Pelo seu incansável incentivo e apoio, acreditando sempre na possibilidade da realização deste intento

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Criador do Universo pela sua infinita bondade e sabedoria.

Agradeço a inestimável colaboração do mestre Dr. Fernando Gustavo Knoerr, pela paciência e atenção com que sempre me recebeu; precioso e fundamental auxílio, sem o qual, sequer teria sido possível cogitar adentrar em tal façanha.

Marcel e Marina: filhos ideais e motivo de minha caminhada.

Em especial à minha adorada mãe, pelo seu apoio incondicional e presença constante.

*"O Direito não serve senão para se realizar.
Então, não lhe basta uma pretensão
normativa, é preciso que se lhe dê efetividade
social."*

Rudolf Von Ihering

SUMÁRIO

RESUMO	vi
INTRODUÇÃO	01
1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	03
1.1 SÍNTESE EVOLUTIVA ACERCA DAS TEORIAS.....	04
1.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	09
1.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	12
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	19
2.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU TEORIA DA CULPA.....	19
2.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU TEORIA DO RISCO.....	23
2.3 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	26
3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA	33
3.1 ABORDAGEM DOUTRINÁRIA PERTINENTE À CONDUTA OMISSIVA DO ESTADO.....	34
3.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA PREPONDERANTE.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

RESUMO

A presente monografia trata do tema da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva de seus agentes. Para alcançar seu propósito, o trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo compreende os conceitos básicos e os elementos sobre o instituto da responsabilidade civil, destacando a atividade estatal e sua função jurisdicional. Narra, de forma singela, as teorias e a evolução histórica do instituto, bem como sua evolução dentro do Direito positivo brasileiro. O segundo capítulo aborda a natureza jurídica do instituto – subjetiva e objetiva - e as teorias a esta relacionada; as excludentes e atenuantes que permeiam o instituto da responsabilidade do Estado e a discussão acerca dos atos lícitos e ilícitos, omissivos e comissivos, capazes de excluir a responsabilidade estatal da obrigação de reparar o dano causado. Finalmente, no terceiro capítulo, há a abordagem da responsabilidade do Estado decorrente da conduta omissiva de seus agentes; os argumentos utilizados pela doutrina pátria, tanto pelos adeptos da responsabilidade objetiva por atos omissivos, quanto aos que dão respaldo à teoria subjetiva estatal, além de tecer algumas considerações sobre o posicionamento da jurisprudência pátria relativa ao tema.

Palavras chave: Responsabilidade Civil. Estado. Omissão. Direito Administrativo. Direito Constitucional. Direito Civil.

INTRODUÇÃO

Imiscuir-se no presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, é, antes de tudo, um desafio que tem a singela pretensão de despertar a reflexão acerca da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos de seus agentes.

O conjunto de questões tocante à responsabilidade civil do Estado em razão do exercício da função judiciária apresenta-se, não apenas no Direito brasileiro, mas também em outros ordenamentos jurídicos, como tema controvertido e de alto grau de complexidade, considerando o grande número de aspectos que a circunscrevem.

A responsabilidade civil submete aos estudiosos do direito dificuldades muito expressivas, tanto no aspecto doutrinário quanto com relação à sua aplicabilidade às situações emergentes da sociedade moderna.

O momento histórico de incertezas e inseguranças em que vive a sociedade brasileira é marcado pela efemeridade das relações intersubjetivas e pelo desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Nesta seara está localizado o tema da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos de seus agentes.

Cabe neste estudo buscar desenvolver a exposição da matéria a partir de noções gerais sobre a responsabilidade civil e sua importância nos tempos atuais.

Para tanto, fez indispensável a abordagem da evolução histórica da responsabilidade estatal, assim como fazer menção aos aspectos gerais da responsabilidade civil, conceito e natureza da responsabilidade do Estado, sem olvidar, a questão da eventual responsabilidade pessoal da vítima.

A responsabilidade civil é obrigação de reparar o dano atribuída a todo indivíduo que atua na esfera jurídica de outro lhe causando prejuízo. Cabe a quem causou o dano recompor o *status quo ante*, cujo princípio fundamental se calca na proibição do enriquecimento pessoal em detrimento de outros.

Conquanto, por muito tempo, não coube ao Estado se subjugar a tal preceito.

Com o surgimento do Estado de Direito, o ente estatal reconhecido como sujeito de direitos e obrigações, começou a ser responsabilizados pelos seus atos.

A Constituição da República atual consagra em seu artigo 37, parágrafo 6º, que tanto as pessoas de direito público quanto de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos atos lesivos que seus agentes, enquanto desempenhando serviço público causarem a terceiros.

Mister se faz, então, estudar e viabilizar fórmulas capazes de proporcionar ao cidadão o justo ressarcimento no caso de ocorrência de eventuais danos de ordem patrimonial ou moral, decorrentes da atividade danosa do Estado.

Por essa via, todo o sistema estatal estará cada vez mais compromissado com a sociedade e, por certo, se fará respeitar ainda mais, como instituição modelar no apreço pela aplicação de critérios de justiça e equidade.

Objetiva-se despertar a reflexão a partir de uma compreensão singela do tema proposto, dado ao limite estrutural imposto ao trabalho.

Para tanto, utilizou-se como método de abordagem, o indutivo, através da análise do posicionamento jurisprudencial, bem como de artigos e publicações doutrinárias relacionadas à matéria. O método de procedimento deu-se através de coleta de informações por meio de pesquisa bibliográfica.

1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O Direito como ciência compreende em suas bases a proteção de um dos atributos mais importantes do indivíduo, a dignidade do ser humano. A qual, mesmo antes de ser admitida como um direito institucional, já era reconhecida como sendo um direito natural e intangível do ser humano. Não obstante, com o passar do tempo e a convivência em sociedade fez-se necessária a instituição de determinadas regras com o escopo de regular o convívio entre os homens.

Para que a própria perpetuação do grupo fosse possível, tornou-se indispensável que normas de convivência fossem instituídas no mundo gregário e passassem a ser estabelecidas de maneira regradada e positivada. Não escolhidas a esmo, mas que de fato viessem sancionar a consciência coletiva e dar legitimidade às leis emanadas pelo Estado-legislativo, através da aceitação espontânea do poder de autotutela abdicado em favor do Estado.¹

As regras delegadas ao Estado tinham o objetivo de restringir a liberdade de cada indivíduo em benefício da coletividade e, com isso, manter a harmonia do corpo social, evitar a desordem, a anarquia ou caos. Neste sentido Valternei Melo de SOUZA leciona: “Muitos destes deveres são de natureza jurídica e, quando não observados, geram a responsabilidade daqueles que os violam de forma injustificada (e, portanto, de forma ilícita).”²

Quando exerce o poder de limitação da liberdade pessoal do indivíduo, o Estado age em nome da sociedade, a qual lhe concede legitimidade para tal através dos representantes eleitos pelos cidadãos por meio do sufrágio.

¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social. São Paulo: Martin Claret, 2002.

² SOUZA, Valternei Melo de. A Tutela de Urgência e a Responsabilidade Objetiva: Algumas Reflexões. Revista Jurídica. Porto Alegre, p. 27-55, jun. 2005. p. 36.

Hodiernamente, há uma crescente intromissão do Estado sobre as respectivas individualidades do ser humano. Com o fundamento no bem comum,³ faz com que suas atividades se avolumem e, na mesma proporção, as relações jurídicas mantidas com os indivíduos. Essas atividades, exercidas em sua grande maioria, pelos agentes públicos, são marcadas pelo constante risco de causar dano, o que faz surgir para o ente estatal, o dever de oferecer uma resposta adequada à vítima.

1.1 SÍNTESE EVOLUTIVA ACERCA DAS TEORIAS

As teorias que se remetem à responsabilidade do Estado sofreram variações consideráveis ao longo da história com objetivo de aumentar a proteção aos participantes.⁴

Há a possibilidade de demarcar três fases distintas, que decorrem da preponderância do regime político e ideológico ora existente, quais sejam: Teoria da Irresponsabilidade, Teorias Civilistas e Teorias Publicistas.

a) Teoria da Irresponsabilidade

A idéia concentrava-se no fato do Estado, como pessoa jurídica, não ter vontade própria e sua atuação se externar por intermédio de seus funcionários. Ao agirem fora dos parâmetros legais, quando executores do ato ilícito estes funcionários perdiam a condição de funcionários e eximia o Estado de

³ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 35.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de I. Curso de direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 859.

responsabilidade. A Irresponsabilidade do Estado, como corolário da idéia de soberania perdurou durante o período dos governos absolutistas.⁵

Época na qual prevalecia a concepção de que cabia ao Estado, perante os súditos, autoridade infinita e incontestável, não sendo possível a prática de atos contrários ao Direito, pois ao Estado cabia a tutela do direito.⁶

Advém desta época a regra inglesa da infalibilidade real: *The King can do no wrong* (o rei não pode errar) e na França vigoraram os princípios : *le ri ne peut mal fair* (o rei não pode fazer mal) e do *quod principi placuit habet legis vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei).⁷

Aos particulares cabia suportar os prejuízos causados pelos servidores públicos quando no exercício regular de suas funções e, no máximo, admitia-se a responsabilidade pessoal dos agentes quando extrapolassem ou agissem fora dos limites legais impostos.⁸

A concepção de irresponsabilidade do Estado continuou sendo aceita com o advento do Estado Liberal, mesmo sendo severa para os particulares, tendo em vista que, ao limitar suas atividades restariam raras oportunidades que coubesse ao Estado ser o responsável pelos danos.⁹

No que diz respeito os particulares, lhes cabia relativa proteção referente aos atos estatais, visto que, além de ser admitida responsabilidade do agente público havia previsão legal que incidia em casos específicos em relação a sua obrigação de indenizar.¹⁰

Ainda nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de MELLO:

⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Manual de Direito Administrativo. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2008.p. 167.

⁶ Ibid., p. 525.

⁷ Id.

⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 36.

⁹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Op. cit., p. 525.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 860.

(...) o princípio da irresponsabilidade do Estado era temperado em suas conseqüências gravosas para os particulares pela admissão da responsabilidade *do funcionário*, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento *pessoal*, seu. Bem verdade, todavia, que a operatividade da solução, sobre se revelar insuficiente pela pequena expressão do patrimônio que deveria responder, era gravemente comprometida em sua eficácia pela existência de uma "garantia administrativa dos funcionários."¹¹[grifos do autor]

Em razão de sua evidente iniquidade, conforme Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, "essa teoria logo começou a ser combatida" pelo fato de que o Estado, pessoa jurídica titular de direitos e obrigações, não pode se eximir quando vier a causar danos a terceiros decorrentes de sua ação ou omissão.¹²

Assevera Hely Lopes MEIRELLES, que:

A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes.¹³

Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, hodiernamente nos Estados Unidos, o particular pode demandar diretamente o funcionário. A responsabilidade direta do Estado é admitida a partir da comprovabilidade da existência da culpa, desde que verificada de idêntica maneira e amplitude como a de um particular em mesmas condições, responsabilidade subjetiva.¹⁴

b) Teorias Civilistas

Em fins do século XVIII, logo após a Revolução Francesa, dentro da ação do Estado foram separados os atos de império (ou atos de mando) e os atos de gestão.

Os primeiros se caracterizavam a partir do momento que o Estado atuava no

¹¹ Id.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 15. ed. São Paulo : Atlas, 2003., p. 525.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 11. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 549.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 525.

exercício de sua soberania, logo, em razão do seu *iure imperi* não estaria sujeito a ser responsabilizado pelos atos lesivos que causasse. Nos atos de gestão o Estado se igualava ao particular na gerência patrimonial, subordinando-se ao direito comum em virtude de danos causados.¹⁵

Conforme aduz Marcus Vinícius Corrêa BITTENCOURT:

(...) o Estado, ao atuar em posição de igualdade com os particulares exercendo atos de gestão, poderia ser responsabilizado, por meio de aplicação de princípios de Direito Civil. Caso estivesse numa posição de supremacia, editando atos de império com todas as prerrogativas de autoridade, seria regido por um direito especial, exorbitante do direito comum, e, assim não teria o dever de reparar dano causado a outrem. Foi muito criticada esta visão de um “Estado esquizofrênico”, pois não se compreende possível dividir a personalidade do Estado, bem como, na prática, separar os atos de império dos atos de gestão.¹⁶

Prevalecia a nítida distinção entre os atos da pessoa soberana do Rei (entendia-se que o Rei não estava sujeito a erros) dos atos praticados por seus prepostos na administração dos bens públicos. Distinção esta que tinha o intuito de amenizar a teoria da irresponsabilidade do monarca advinda de danos causados por terceiros. Como condição para a responsabilização do Estado havia que ser caracterizada a ocorrência da culpa do funcionário, explicitada na imprudência, negligência ou imperícia.¹⁷

A teoria civilista da responsabilidade do Estado não satisfaz adequadamente as aspirações da justiça social em função da dificuldade que cabia ao lesado em demonstrar a atuação culposa do agente público e o dano causado.¹⁸

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 526.

¹⁶ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa Op. cit., p. 167.

¹⁷ Id.

¹⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. Op. cit., p.36.

b) Teorias publicistas

Com a consagração do Estado Social, marcado por uma maior intervenção estatal na esfera econômica e social, iniciou-se a elaboração de teorias de responsabilidade do Estado com enfoque publicístico. A responsabilidade do Estado passou a ser independente e considerada como matéria de direito Administrativo, através da edificação contínua das obras jurisprudenciais do *Conseil d' Etat*.

O caso *Blanco* foi considerado como marco inicial para o reconhecimento da responsabilidade estatal. O pai da menina *Agnès Blanco*, em razão dela ter sido atingida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo do Estado francês quando atravessava uma rua na cidade de Bordeaux, promoveu uma ação de indenização na esfera cível calcado no princípio de que caberia ao Estado a responsabilidade causada por seus agentes em razão da ação danosa a terceiros. Razão pela qual se instaurou um conflito acerca do Tribunal competente para julgar o feito. A incerteza se deu visto que questões referentes ao Estado cabiam ser julgadas por um Tribunal Administrativo com função jurisdicional e questões relativas a particulares ao Poder Judiciário. A questão coube ser decidida pelo contencioso administrativo. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não estaria albergada pelo Código Civil.¹⁹

Como esclarece Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Suscitando conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.²⁰

¹⁹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Op. cit., p. 168.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 526.

Conforme assevera Celso Antônio Bandeira de MELLO, a responsabilidade do Estado “(...) não é nem geral nem absoluta” e está adstrita a regras específicas, podendo ser reconhecida como princípio hábil a ser aplicado quando da ausência de lei acerca do assunto.²¹

1.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Considerando o escopo deste estudo, oportuno se faz trazer a lume os diversos conceitos que os doutrinadores formularam a respeito da responsabilidade civil.

O jurista Francisco AMARAL cita a dificuldade em se ater numa só definição em razão da amplitude do conceito de responsabilidade civil:

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 pessoa. É cível porque a relação se estabelece entre particulares, deixando-se ao direito administrativo o problema da responsabilidade do Estado pelos danos resultantes do funcionamento dos serviços públicos.²²

A finalidade precípua do referido instituto converge ao restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano. Segundo, Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt: “A

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Op. cit., p. 861.

²² AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p.541.

responsabilidade civil consiste no dever de reparação econômica de danos causados na esfera patrimonial de terceiros.”²³

Marçal JUSTEN FILHO se reporta à responsabilidade civil do Estado como aquela que se compõem na obrigação de ressarcir terceiros em virtude das perdas e danos materiais e morais, decorrentes da ação ou omissão antijurídica atribuída ao Estado.²⁴

A responsabilidade civil do Estado, no que se refere à sua atuação extracontratual e cível, é um dos ramos do Direito Público que traz em seu bojo maior contraste quanto à divergência doutrinária e jurisprudencial.

Conforme assevera Emerson GABARDO:

O tema da responsabilidade do Estado, notadamente aquela referente à sua atuação extracontratual e de índole cível, é sempre muito interessante. Note-se que é um dos ramos do Direito Público em que mais teorias conflitantes há. Reduzindo muito o problema, poder-se-ia afirmar que existem pelo menos dois grandes locus de divergência: o doutrinário e o jurisprudencial. E, ainda, tais espaços de discussão variam conforme o foco da responsabilidade, pois esta não recai somente sobre a função administrativa, mas também legislativa e judicial, sendo esta última a mais polêmica.²⁵

Muito embora haja divergência doutrinária quanto à designação dada ao tema, quer seja, responsabilidade civil do Estado ou responsabilidade administrativa, estas não se confundem.²⁶

Esclarece Romeu Felipe BACELAR FILHO:

Destaque-se, inicialmente, no caso do Estado, a divergência doutrinária existente quanto a denominação dada ao tema. Enquanto, para alguns, tratar-se-ia de responsabilidade do próprio Estado, por ser este o detentor de capacidade e de personalidade jurídica, o titular de direitos e obrigações, para outros, a rotulação mais apropriada haveria de ser “responsabilidade

²³ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Op. cit., p. 165.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 792.

²⁵ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 259 - 296.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 791.

da Administração Pública”, pelo fato de que a responsabilização é resultante de atos e omissões por esta praticados, e não de atos do Estado organizado como entidade política.²⁷ [grifo do autor]

Hely Lopes MEIRELLES entende que o termo Responsabilidade Civil da Administração Pública é o mais adequado, pois o dever de indenizar se impõe à Fazenda Pública. Surge, de maneira geral, dos atos da Administração e não de atos do Estado visto como entidade pública. Ademais, é dos órgãos da Administração que incorre o compromisso de indenização e, em princípio, os atos políticos não geram responsabilidade civil do Estado.²⁸

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO diverge e acentua que a responsabilidade é conferida ao Estado como pessoa jurídica, quando diz respeito ao dano proveniente da conduta advinda do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Entende ser equivocada a atribuição da responsabilidade à Administração Pública, vez que esta não é dotada de personalidade jurídica e não é titular de direitos e obrigações na esfera cível.²⁹

Para que o Estado possa exercer o poder de restringir a liberdade do cidadão, deve fazê-lo obedecendo os princípios e regramentos legais, sob pena de vir a responder pelos danos causados aos indivíduos em razão de sua atuação arbitrária.

Marçal JUSTEN FILHO se remete ao assunto enfatizando o dever que incumbe ao Estado de reconhecer a supremacia que abriga a sociedade como um todo, bem como o caráter instrumental que se reveste o aparato estatal.³⁰

²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. Revista Interesse Público. Porto Alegre, n. 6, p. 11 - 47, 2000. p. 393.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 548.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 523.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal Op. cit., p. 791.

1.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que se configure a responsabilidade civil do Estado se faz necessário quatro requisitos: conduta, culpa ou dolo do agente,nexo de causalidade e dano sofrido pela vítima.³¹

EMENTA:RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – RISCO ADMINISTRATIVO– OBJETIVIDADE REQUISITOS. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: do dano, da ação administrativa; e desde que haja nexocausal entre o dano e a ação administrativa. (...). (STF– 2.^a Tuma; RE n.º 113.587; Rel. Min. CARLOS VELLOSO; DJU de 03.03.1992)³².

A responsabilidade objetiva da Administração prescinde da comprovação da culpa.

Conforme posicionamento jurisprudencial:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexocausal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses. IV. -

³¹ CRETELLA JUNIOR, José. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 602.

³² BRASIL. Recurso Extraordinário nº179147 / SP - Relator(a): Min. Carlos Velloso-2ª Turma - Brasília-DF-12 DE dezembro de 1997. Publicado no Diário da Justiça de 27-02-1998. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> > Acesso:12/10/2009.

Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service. V. - R.E. não conhecido(RE 539401/ BA – Rel.(a): Min. Ellen Gracie-2ª Turma -Brasília-DF- 26/05/2009. DJ 12/06/2009).³³

A conduta pode se consubstanciar tanto como sendo comissiva como omissiva.³⁴

No plano concreto, a conduta se exterioriza como comissiva por meio de ato positivo. A omissiva revela-se através de um ato negativo: um não atuar. A omissão somente tem relevância jurídica a partir do momento que deste não agir resulta em dano.³⁵

O cerne da Teoria da Culpa se encontra na devida cautela, atenção e diligência com que o indivíduo, vivendo em sociedade, pauta a sua conduta. Isto, para que o seu atuar, mesmo que lícito, não resulte lesão a bens jurídicos alheios.³⁶

A exteriorização da culpa pode ocorrer de três formas: imprudência, imperícia e negligência.

A imprudência se revela pela absoluta falta de consciência quanto ao resultado futuro obtido ao praticar determinada conduta. Age com imprudência aquele que, através de uma conduta, afasta-se do mínimo que a diligência exige.

Negligência, se caracteriza pela falta de cuidado por omissão. Sintetiza um proceder negativo, uma abstenção.

A imperícia consiste na falta de conhecimento técnico para a prática de um ato, ou na omissão de providência que se fazia necessária.

A jurisprudência pátria ilustra:

³³ BRASIL. Recurso Extraordinário nº 539401/ BA - Relator(a): Min. Ellen Gracie-2ª Turma -Brasília-DF- 26 de maio de 2009. Publicado no Diário da Justiça de 12/06/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso:12/10/2009.

³⁴ CRETELLA JUNIOR, José. Direito ...,Op. cit., p.618.

³⁵ Ibid., p.620.

³⁶ Ibid., p.623.

³⁶ Id.

EMENTA:CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. OMISSÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CRIME PRATICADO POR FORAGIDO. ART. 37, § 6º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. Inexistência de nexo causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fugitivo. Precedentes. 2. A alegação de falta do serviço - *faute du service*, dos franceses - não dispensa o requisito da aferição do nexo de causalidade da omissão atribuída ao poder público e o dano causado. 3. É pressuposto da responsabilidade subjetiva a existência de dolo ou culpa, em sentido estrito, em qualquer de suas modalidades - imprudência, negligência ou imperícia. 4. Agravo regimental improvido.(STF. RE. 19740. Rel. Min. Ellen Gracie. 16/12/2008).³⁷

O nexo de causalidade é o liame primordial existente entre a conduta e o resultado.

O dano se configura pelo prejuízo decorrente da conduta do agente.

Cabe frisar que não existe responsabilidade sem que estejam configurados o nexo de causalidade da ação ou omissão do ente público e o dano causado.³⁸

Esclarece Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA:CRIME DE LESÃO CORPORAL. MORTE NEXO CAUSAL. PROVA. RECONHECIMENTO, NA INSTÂNCIA ORDINARIA, DE NEXO CAUSAL ENTRE A MORTE E OS FERIMENTOS, AFASTADA A SUPERVENIENCIA DE CAUSA INDEPENDENTE. ALEGAÇÃO, EM HABEAS CORPUS, DE FALTA DE JUSTA CAUSA, POR AUSÊNCIA DE DOLO. MATÉRIA QUE REQUER AMPLA ANALISE DE PROVA, INVERIFICAVEL NA VIA ELEITA. PEDIDO INDEFERIDO (STF. HC 52415 Rel. Min. Bilac Pinto.23/08.2004)³⁹

Numa visão extensiva, a responsabilidade do Estado reflete o dever de reconhecer a supremacia da sociedade e o caráter de instrumentalidade delegada ao complexo estatal. Quando o Estado brasileiro viola a ordem jurídica incorrendo

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 19740 –RS- Relator(a): Min. Ellen Gracie - 2ª Turma. Brasília. DF, 16 de dezembro de 2008. Publicado no Diário da Justiça de 27-02-2009, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

³⁸ CRETELLA JUNIOR, José. Direito..., Op. cit., p.623.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 52415 – SP-. Relator: Ministro Bilac Pinto. 2ª Turma. 23 de agosto de 2004. Publicado no Diário Oficial em: 25/10/1974. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

em lesão a terceiros, ele se torna responsável pelas ações ou omissões decorrentes deste ato transgressor.⁴⁰

Egon Bockmann MOREIRA entende que a responsabilidade objetiva denota uma prerrogativa de ordem ativa à Administração direta, indireta e também às prestadoras de serviço público. Esta tem o dever de analisar e reparar danos àqueles que sofreram lesão em virtude de sua conduta comissiva ou omissiva, sem necessária prova de culpa ou dolo do causador do dano.⁴¹

Consoante entendimento tem Maria Sylvia Zanella DI PIETRO e se remete ao caráter de ordem patrimonial que tem a responsabilidade civil em razão do artigo 186 do Código Civil, a qual condiz com o postulado de que aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.⁴²

Corroborando Augusto do Amaral DERGINT: “A responsabilidade civil é um instituto jurídico em virtude do qual uma pessoa que cause, injustamente, danos de natureza patrimonial (e, às vezes, moral) a outrem obriga-se a repará-lo”.⁴³

Ilustra a jurisprudência:

EMENTA:RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIARIO-DESATENDIMENTO DA PRETENSÃO A REPARAÇÃO DE DANO MORAL, ALÉM DO DANO MATERIAL. - PENSÃO-INDENIZAÇÃO FIXADA EM UM TERÇO DO SALARIO-MINIMO, QUE SE AJUSTARÁ AS VARIAÇÕES ULTERIORES. - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO PARCIALMENTE MAS DESPROVIDO.(STF RE. 83875. Rel. Min. Eloy da Rocha.03/05/1977)⁴⁴

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p.791.

⁴¹MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784:1999. 2. ed. rev. e atual. e. aum. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 131.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 588.

⁴³DERGINT, Augusto do Amaral. Op. cit., p. 33.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 83875 – RJ-. Relator: Ministro Eloy da Rocha. 1ª Turma. 03 de maio de 1977. Publicado no Diário Oficial em:25/10/1974.Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.Acesso em:12/10/2009

A responsabilidade civil pode ser privada ou pública: a responsabilidade pública está sujeita a um regime jurídico de direito público, já a responsabilidade privada se submete ao regime jurídico de direito privado.⁴⁵

Conforme entende Hely Lopes MEIRELLES:

Preliminarmente, se fixe que a responsabilidade civil é a que traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais, e se exaure com a indenização. Como obrigação meramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir, sem, todavia, se confundir. Responsabilidade civil da Administração é, pois, à que se 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 liberdade contratual e da legal.⁴⁶

Tais preceitos coadunam no sentido de que a consequência primeira da execução de um ato ilícito constitui-se na obrigação de reparar o dano imposto à vítima e restabelecer o *status quo ante* ou, na impossibilidade deste, compensá-la pelo infortúnio ocasionado pelo ato.

Adverte Marcus Vinicius Corrêa BITTENCOURT: “Importante salientar que mesmo *atos lícitos* praticados por agentes do Estado, caso ocasionem prejuízos ao patrimônio de particulares, implicam em responsabilidade do Poder Público”.⁴⁷ [grifos do autor]

No direito privado, a responsabilidade exige sempre um ato ilícito. E para que este se configure implica em uma ação ou omissão antijurídica, a presença de culpa ou dolo, relação de causalidade entre a ação e a omissão e o dano verificado, a ocorrência de um dano material e moral.⁴⁸

⁴⁵CRETTELA JUNIOR, José. Manual de Direito Administrativo: de acordo com a Constituição de 1988. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 342.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes Op. cit., p. 548.

⁴⁷ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Op. cit., p. 164.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 523.

No regime jurídico da responsabilidade civil estatal, não se identifica um regime específico capaz de abranger todas as hipóteses cabíveis de atuação do Estado na esfera administrativa, restando a pluralidade de regimes jurídicos.⁴⁹

No que concerne à responsabilidade do Estado, figuram três tipos de funções relativas ao Estado: administrativa, jurisdicional, e legislativa. Nos dois últimos casos “excepcionalmente” se verifica tal responsabilidade.⁵⁰

A responsabilidade civil estatal contemplada na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 37, parágrafo 6º,⁵¹ está sujeita ao regime jurídico de direito público, o qual não se aplica no caso das entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, exploradoras de atividade econômica.

Como observa Marcus Vinicius Corrêa BITTENCOURT, o regime da responsabilidade civil das pessoas de direito público é diferenciado em razão da incidência de princípios e regras específicos de direito público. Distinto do regime pertinente às pessoas de direito privado, não prestadoras de serviço público, que é o regime jurídico da responsabilidade civil privada.⁵²

No que tange à responsabilidade administrativa, Marçal JUSTEN FILHO sustenta que: “É assegurado ao particular o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, do que deriva a proteção jurídica em face de caso fortuito, força maior ou do fato do príncipe.”⁵³

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 794.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., p. 523.

⁵¹ “Art. 37 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Disponível: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 12/10/2009.

⁵² BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Op. cit., p. 171.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 791.

O campo da atividade administrativa não contratual atinge somente os efeitos danosos decorrentes de pessoas jurídicas de direito público, que dizem respeito às infrações oriundas de um dever jurídico extracontratual.⁵⁴

Em acertado comentário, Marcus Vinícius Corrêa BITTENCOURT enfatiza que pelo fato do Estado ser uma pessoa jurídica de direito público, este pode ser responsabilizado extra contratualmente em razão de danos originados por atos e omissões causados por seus agentes a terceiros.⁵⁵

E prossegue:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de o Poder Público recompor prejuízos causados a particulares mediante indenização em dinheiro, em decorrência de ações ou omissões, comportamentos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos no exercício de suas funções.⁵⁶

O agente ao não adotar as providências necessárias e adequadas, a fim de evitar danos às pessoas e ao patrimônio infringe o dever jurídico que lhe é imputado.⁵⁷

Para Egon Bockmann MOREIRA, é irrelevante a prova de culpa ou dolo do agente que deu origem ao dano, ou mesmo a legalidade ou ilegalidade do ato, porque a responsabilidade de reparar o prejuízo causado é objetiva em face dos que sucumbiram. Presentes o nexos causal entre a conduta das pessoas arroladas no artigo 37, parágrafo 6º do texto da Constituição Federal e o dano causado aos particulares resta configurada a responsabilidade do Estado.⁵⁸

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Neste sentido: BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit., p.165 ; MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., p. 131.

⁵⁶ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit., p. 165.

⁵⁷ JUSTEN FILHO. Op. cit., p. 797.

⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., p. 132.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O instituto da Responsabilidade Civil se originou no direito romano, época na qual predominava a idéia de vingança privada.

Com o advento da Lei das XII Tábuas se estabeleceu a reparação do dano.

Entretanto, somente com a instituição da *Lex Aquilia*, que contemplava a responsabilidade como proporcional ao dano causado, o elemento culpa foi considerado fator decisivo para a responsabilização.

A atividade estatal, seja por meio de uma conduta positiva (comissiva) ou negativa (omissiva), cria um risco para os administrados. Logo, caso sobrevenha algum dano ao particular decorrente dos atos praticados pelos agentes do Estado, no exercício de suas funções, este tem obrigação de promover a indenização decorrente deste ato.

2.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU TEORIA DA CULPA

A Teoria Da Culpa do Serviço, Culpa Administrativa, ou ainda denominada de Teoria do Acidente Administrativo, desvincula a culpa do serviço público da idéia da culpa da pessoa jurídica sobre a dos seus funcionários.⁵⁹

Para fins de responsabilidade, há somente que haver a culpa impessoal do serviço público, no descumprimento conferido ao Estado por atuação comissiva ou

⁵⁹ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit., p. 168.

omissiva dos agentes públicos por imputação direta. Não cabe a discussão sobre a culpa do funcionário e sim a existência de falha no serviço prestado pelo Estado através de seus agentes.⁶⁰

Nesse sentido se remete Hely Lopes MEIRELLES:

A teoria da *culpa administrativa* representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a *falta do serviço* para dela inferir a responsabilidade da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*. Essa teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter a indenização.⁶¹ [grifos do autor]

Entendimento jurisprudencial:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. CULPA ANONIMA DO SERVIÇO PÚBLICO. NÃO VIOLA A C.F., NEM NEGA VIGENCIA AO CÓDIGO CIVIL O ACÓRDÃO QUE CONDENA MUNICÍPIO A INDENIZAR PREJUÍZOS SOFRIDOS POR PARTICULARES EM CONSEQUENCIA DO TRANSBORDAMENTO DAS ÁGUAS DE RIO EM VIRTUDE DE CHUVAS TORRENCIAIS QUE, APESAR DE REGISTRADAS NO PASSADO, NÃO FORAM OBJETO DE CAUTELAS TECNICAS DA PREFEITURA. A FIM DE AUMENTAR-LHE A CAPACIDADE DE DESCARGA. CULPA ANONIMA DO SERVIÇO PÚBLICO: - PRECEDENTES. (STF – AI. 58561 SP-. Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO. 1ª Turma. 23/10/1973).⁶²

A culpa do serviço público era conferida quando havia omissão, o serviço público não atuou, funcionou mal ou atrasado.

Augusto do Amaral DERGINT esboça os traços gerais da responsabilidade do Estado pela *faut du service*: caráter autônomo, rege-se pelo Direito Público, independente do Direito Civil; tem caráter primário, ou seja, cabe ao lesado acionar

⁶⁰ Neste sentido; BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit., p. 168 – 169 ; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 862 – 864.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 550.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Agravo de Instrumento nº 58561 – SP-. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. 1ª Turma. 23 de outubro de 1973. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009

diretamente o Estado, o qual é imediatamente declarado como responsável; caráter anônimo, não se vincula necessariamente a idéia de culpa de um determinado agente, sendo suficiente que se torne claro o defeito existente no funcionamento do serviço; caráter graduado, para que seja gerada a responsabilidade estatal há que estar presente um determinado grau de “defeituosidade”, de “gravidade” da culpa que vai variar de acordo com determinadas circunstâncias observados no caso concreto, como o tipo do serviço, tempo, lugar, condicionamento do serviço etc.; caráter geral, ou seja, aplica-se a todas as pessoas administrativas.⁶³

O Conselho de Estado Francês, mesmo não deixando de lado a teoria da culpa, se inclina, em hipóteses determinadas, a adotar a teoria do risco, pelo qual a obrigação de indenizar a vítima do ato lesivo é consequência tão somente do ato praticado pelo Estado. Abstrai-se da necessidade de perquirir a despeito da culpa dos agentes ou serviços públicos e dá alicerce para a responsabilidade objetiva do Estado.⁶⁴

Esta teoria está calcada no risco social decorrente do funcionamento dos serviços públicos que venha a gerar dano, imputando a determinado membro da sociedade um ônus decorrente de prejuízos causados por atividades executadas no interesse geral. Independente da culpa dos agentes geradores do serviço ou se a obra foi perfeitamente normal, ao lesado cabe direito à indenização, com o fim de compensar a desigualdade individual que foi gerada pela Administração.⁶⁵

Esclarece Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-

⁶³ DERGINT, Augusto do Amaral. Op. cit., p. 40 - 42.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 527.

⁶⁵ Neste sentido: DERGINT, Augusto do Amaral. Op. cit., p. 43; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 877.

se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer este equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.⁶⁶

Há a substituição, na teoria do risco, da culpa pelo nexo causal entre o prejuízo sofrido pelo indivíduo e a realização do serviço público, não se sujeitando a averiguação se o serviço foi feito de maneira regular ou irregular ou mesmo tenha sido realizado adequadamente ou não.⁶⁷

Nesses casos é imputada ao Estado a obrigação de pagar pelo dano causado, desde que uma conduta culposa (culpa em sentido amplo, abrangendo o dolo), lhe tenha dado causa.

Durante o início do processo de “responsabilização” do Estado, esta foi a única espécie que lhe era atribuída. O Estado responsabilizava-se pelos atos culposos de seus agentes no exercício das atividades próprias da função pública que causasse dano a terceiros.

Há situações, todavia, em que o dano é causado por comportamento decorrente de culpa individual de agente público. É a chamada “culpa do serviço”, que diz respeito a uma culpa derivada da má organização do serviço público, consubstanciada no “não funcionamento do serviço, se obrigatório, ou na sua prestação retardada.”⁶⁸

A responsabilidade por “culpa do serviço”, ao contrário do que muitos autores defendem, não constitui modalidade diversa da responsabilidade do Estado (responsabilidade objetiva). Decorre da mesma responsabilidade subjetiva, aperfeiçoada de modo a abranger, além das condutas culposas, cuja titularidade

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 527.

⁶⁷ Neste sentido: BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Op. cit., p. 169 ; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 868.

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de direito administrativo. 2 ed. v II. Rio de Janeiro: Forense 1969. p 482.

pode ser individualizada na figura de um agente público, aquelas cuja culpa não se individualiza e que passa a ser imputável ao aparato administrativo como um todo.

Como foi dito, a responsabilidade do tipo subjetiva já foi a única atribuível ao Estado e abriu campo para outra de maior amplitude: a responsabilidade objetiva.

2.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU TEORIA DO RISCO

Conforme se vislumbra do dispositivo constitucional, parágrafo 6º, do artigo 37 da Constituição Federal, demonstra que a teoria adotada quanto a responsabilidade civil na esfera brasileira foi a responsabilidade objetiva do Estado. Contudo, esta é uma posição que enseja muita divergência, uma vez que é necessário verificar se o referido dispositivo adota a responsabilidade objetiva, única e exclusivamente, ou se em determinadas circunstâncias caberia a teoria da *faute du service*, que consagra a responsabilidade subjetiva.

Augusto do Amaral DERGINT entende que “a responsabilidade do Estado funda-se principalmente na teoria da *faute du service* e subsidiariamente na teoria do risco, ou seja, deve-se aplicar esta somente nas hipóteses não abrangidas por aquela.”⁶⁹

Celso Antonio Bandeira de MELLO também defende a existência da responsabilidade objetiva e subjetiva no ordenamento jurídico brasileiro.⁷⁰

⁶⁹DERGINT, Augusto do Amaral. Op. cit., p.60.

⁷⁰ Na verdade coexistem a responsabilidade objetiva e subjetiva, fundada na *faute du service* e não mais na culpa do agente público (a não ser, repita-se, nos casos em que o Estado se põe em situação de igualdade jurídica com o administrado). Ministro Francisco Resek (RTJ 131/419). Recurso Extraordinário 116.658, em 05.12.89.

Francisco Fernandes de ARAÚJO entende que a orientação constitucional é que a responsabilidade do Estado é objetiva e a do funcionário é subjetiva, a qual somente se configura se o agente agir com dolo ou culpa⁷¹.

Deste modo há a conclusão que no direito brasileiro vigora tanto a teoria da responsabilidade objetiva, fundada no risco (danos decorrentes de atos lícitos, por exemplo), assim como a da responsabilidade subjetiva, fundada na *faute du service* (danos decorrentes de atos omissivos, por exemplo), incidindo cada qual sobre específicas e diferentes situações.

Superada esta questão, em uma análise mais profunda do dispositivo constitucional observa-se que houve uma ampliação da responsabilidade estatal. Ampliação esta decorrente da extinção do vocábulo “funcionário”, com a conseqüente utilização do termo “agente”. Esta modificação possibilitou a responsabilização do Estado não apenas pelos danos causados pelos funcionários que eram contratados pelo regime estatutário, mas também daqueles que realizavam algum serviço público, ainda que em caráter transitório.

Para Celso Antonio Bandeira de MELLO, para que haja responsabilidade pública importa que o comportamento derive de um agente público. O título jurídico da investidura não é relevante. Basta que seja qualificado como agente público, é dizer, apto para comportamentos imputáveis ao Estado (ou outras pessoas, de Direito Público ou de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, quando atuarem nesta qualidade).⁷²

É imperioso ressaltar que a possibilidade de responsabilização estatal não é apenas decorrente de um dispositivo constitucional. Mas principalmente, por ser ela característica do Estado Democrático de Direito.

⁷¹ ARAÚJO, Francisco Fernandes, Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça. 1 ed. Campinas, São Paulo: Copola, 1999. p. 181.

⁷² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 835.

Sob a ótica da forma republicana de governo,⁷³ é designativo de uma coletividade política com característica de *res publica*, no sentido originário da coisa pública, ou seja: coisa do povo e para o povo, que se opõe a toda forma de tirania, posto que, onde está o tirano, não só é viciosa a organização como também se pode afirmar que não existe qualquer espécie de República.⁷⁴

Geraldo ATALIBA fundamenta a tese da responsabilidade com base na República:

A simples menção ao termo República já invoca um universo de conceitos intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Dentre tais conceitos, o da responsabilidade é essencial. Regime republicano é regime de responsabilidade. Os agentes públicos respondem pelos seus atos. Todos são, assim, responsáveis.⁷⁵

Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, também é denominada Teoria da Responsabilidade Objetiva, ou Teoria do Risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente.⁷⁶

Para Hely Lopes MEIRELLES a teoria do risco abarca dois aspectos: o risco administrativo e o risco integral.

Segundo o autor, a teoria do risco administrativo admite que o Estado prove a culpa da vítima a fim de que possa minimizar ou, até mesmo, isentar-se da indenização ao lesado, dispensando a vítima de provar a culpa da Administração.

⁷³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 106.

⁷⁵ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.65.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 527.

Pela Teoria do Risco Integral cabe ao Estado a indenização de todo e qualquer dano, mesmo que decorrente de dolo ou culpa da vítima, incorrendo em desigualdade no meio social. Fato este, que levou ao desuso da teoria.⁷⁷

2.3 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado será elidida quando presentes determinadas situações aptas a excluir o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado ao particular. São estas: a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

O Estado deve demonstrar a existência de alguma situação de exclusão de responsabilidade para eximir ou atenuar sua obrigação de indenizar.

Conforme Celso Antonio Bandeira de MELLO, o Estado tem a obrigação de comprovar que a ação ou omissão do agente público não foi a causa do dano ou não foi a única causa:

Nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível.⁷⁸

Conforme ensina Marcus Vinícius Corrêa BITTENCOURT, para que a responsabilidade objetiva do Estado sobrevenha devem estar presentes os seguintes pressupostos:

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 551.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 870.

a) pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público; b) entidades prestem serviços públicos; c) dano causado a terceiro em decorrência da prestação de serviço público (nexo de causalidade); d) dano causado por agente, de qualquer tipo; e) agente aja nessa qualidade, no exercício de suas funções.⁷⁹

Depreende-se do colendo ensinamento que tanto as pessoas jurídicas que pertencem Administração Pública são responsáveis pelos danos causados por seus agentes, quanto concessionárias e permissionárias de serviço público respondem objetivamente por danos causados aos particulares.⁸⁰

Empresas públicas e sociedades de economia mista não estão sujeitas ao que dispõe o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal. Incide sobre estas os princípios da responsabilidade do Direito Privado.⁸¹

A responsabilidade civil do Estado é atribuída ante o nexo de causalidade existente entre a conduta do agente, seja ação ou a omissão e o prejuízo causado. A pretensão indenizatória se remete à pessoa jurídica responsável pelos agentes causadores do dano⁸².

O rompimento do nexo de causalidade, com a exclusão total ou parcial do dever de indenizar, ocorre nas hipóteses de culpa da vítima, fato de terceiro e força maior. Conseqüentemente, a mesma, não existirá se o dano não tiver sido causado pelo exercício do serviço público, ou quando incorrer, o fará de maneira branda, desde que não seja a causa única do evento danoso.⁸³

Quando a única causa geradora do dano é a vítima (culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro), o nexo de causalidade resta afastado. Assevera Yussef Said

CAHALI:

⁷⁹ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit., p. 170.

⁸⁰ Id.

⁸¹ Ibid., p. 171.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., p. 530.

⁸³ Id.

(...) não se qualifica como antijurídico – excluída, desse modo, a responsabilidade civil do Estado – o dano que teve como causa exclusiva o dolo ou a culpa grave (= dolo) do próprio prejudicado, sem que nenhuma falha na Administração ou culpa anônima do serviço possa ser identificada como causa, ainda que indiretamente concorrente na verificação do evento danoso⁸⁴

Quando a vítima concorre para a gerar o fato danoso e o fato de terceiro atua como concausa, não se rompe o nexo causal, mas a responsabilidade do Estado é minimizada, na medida da sua participação no prejuízo.

(...) exaurindo-se a responsabilidade objetiva na verificação do nexo de causalidade entre o dano e atividade administrativa, todas as demais concausas devem ser consideradas com vistas à atenuação daquela responsabilidade; a regra deve ser aplicada ainda que as causas concorrentes na verificação do evento danoso resultem de dolo ou culpa grave do próprio prejudicado, ou mesmo do caso fortuito, força maior, fato da Natureza ou de terceiros; igualmente, aplica-se a concorrência de causas ainda que a responsabilidade estatal esteja sendo demandada com fundamento no risco (em qualquer das modalidades enumeradas pela doutrina), como também com fundamento na culpa anônima do serviço ou na falha individualizada do funcionário.⁸⁵

Prossegue:

A se entender de outro modo, estaria sendo extravasado o limite da responsabilidade objetiva, imputando-se à Administração uma responsabilidade ressarcitória fora dos parâmetros da causalidade e em desproporção da atividade administrativa concorrente na verificação do dano.⁸⁶

Ilustra a jurisprudência:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279-STF. Responsabilidade objetiva do Estado por morte de preso em complexo penitenciário. Alegações de culpa exclusiva da vítima e de ausência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão de agentes públicos e o resultado. Questões insuscetíveis de serem apreciadas em recurso extraordinário, por exigirem reexame de fatos e provas (Súmula 279-STF). Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.(AI 343129-RS. Rel. Min. Maurício Córrea. DF. 23/10/ 2001).⁸⁷

⁸⁴ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.p.285.

⁸⁵ Ibid., p. 286.

⁸⁶ Ibid., p. 287.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 343129-RS. Relator Ministro Maurício Córrea. 2ª Turma. Brasília, DF. 23 de outubro de 2001. Publicado no Diário Oficial em:

Em relação à culpa exclusiva da vítima, o agente eficaz que dá existência ao dano é a própria vítima, e, por conseguinte, não se configura a existência do nexo causal que atrele a atividade administrativa ao dano causado. Havendo culpa concorrente do Poder Público, este responde pelos danos causados em proporção equivalente à sua participação no evento danoso. Desta forma, não se trata de exclusão de responsabilidade estatal em virtude da culpa do lesado, dado que a mesma sequer integra a relação jurídica. Trata-se de um abrandamento da responsabilidade que cabe ao Estado pelo ato lesivo.⁸⁸

Hely Lopes MEIRELLES, entende que para que se caiba responsabilidade ao Estado por danos decorrentes de fenômenos da natureza ou atos de terceiros, que não agentes públicos, há a necessidade de comprovação da culpa do Estado.⁸⁹

Diverge desta posição Romeu Felipe BACELAR FILHO, pois afirma que a noção de responsabilidade do Estado está intimamente ligada à noção de Estado de Direito, cuja concepção está calcada na idéia de que não é permitido ao Poder Público lesionar direitos de terceiros, ou mesmo, não conhecer a ocorrência de lesão e a necessidade de repará-la. Ao Estado cabe o dever de reparação dos danos causados em virtude do Princípio da Igualdade de todos perante a lei. Ademais, a atividade do Estado se desenvolve por meio de seus agentes, servidores públicos de maneira geral. Uma vez comprovado o dano, ao Estado cabe a responsabilidade objetiva, já aos seus agentes resta a responsabilidade subjetiva, por meio de ação de regressiva.⁹⁰

14/12/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

⁸⁸ Remetem-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 531.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 882 - 883.

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 550 – 551.

⁹⁰ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 14 – 17.

O tratamento dado ao caso fortuito e à força maior não igualmente a responsabilidade. A força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço. O caso fortuito provém de seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço, que, embora imprevisível, integra o risco da atividade estatal.⁹¹

Conforme entendimento jurisprudencial:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DE CPF NO CADIN. REPARAÇÃO DE DANOS. ART. 37, § 6º, DA CF/88. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Acórdão recorrido fundado no fato de que, "não tendo a União logrado comprovar qualquer das hipóteses que ensejam o afastamento de sua responsabilidade - a saber a ocorrência de caso fortuito ou força maior, ou, ainda, a culpa exclusiva da vítima - cabe-lhe responder pelos danos que seus agentes, diretos ou indiretos, nessa condição causaram ao cidadão". 2. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. Precedentes. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido.(STF–Agr.RE539401.BA-.2ªTurma.DF, 26/05/2009)⁹²

Força maior se trata de acontecimento que não se pode prever ou sequer evitar; aquela que, independe da vontade das partes; fato imprevisível originado da ação humana que gera efeitos jurídicos para uma relação jurídica, caracterizado pela inevitabilidade. Desobriga o Estado de responsabilização no caso de não haver culpa imputável ao aparente autor do dano e nem mesmo nexos de causalidade verificável entre o dano causado e a atitude da Administração Pública, desde que tenham sido tomadas as devidas precauções atinentes ao zelo que deve haver quando da prestação do serviço pelo aparelhamento estatal.⁹³

No que tange ao caso fortuito, há sensível diferença do caso de força maior pelo desconhecimento da causa, proveniente de força interna ao exercício do

⁹¹ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p.55-56.

⁹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 539401. BA 2ªTurma. Brasília, DF, 26 de maio de 2009. Publicado no Diário da Justiça em : 26 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

⁹³ Nesse sentido:DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 530.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 883.; JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 804.

serviço, como Augusto do Amaral DERGINT esclarece quando explora a expressão como sendo uma falta de serviço que se ignora.⁹⁴

Conforme Celso Antônio Bandeira de MELLO, o que obriga o Poder estatal a responder pelo dano causado é a existência de circunstância ou fato que teve direta ou indiretamente a interferência do Poder estatal antecedente ao fato danoso. A razão pela qual houve a prestação do serviço de maneira inadequada não é fator relevante para que se afaste o resultado desta atuação falha, ou seja, não afasta o nexo de causalidade entre o atuar falho do Estado e o dano causado a terceiro.⁹⁵ Ocorre a impossibilidade de atribuição de culpa ao provável causador do dano haja vista que, em se tratando de caso fortuito, o acidente não poderia ser previsto.⁹⁶

No mesmo sentido corrobora Romeu Felipe BACELAR FILHO, em razão do caráter de imprevisibilidade do caso fortuito.⁹⁷

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO por seu turno, entende não ser o caso fortuito como excludente de responsabilidade, dado que se trata de ato humano e não da natureza.⁹⁸

Conforme se depreende da jurisprudência pátria:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.ACIDENTE EM BURACO (VOÇOROÇA) CAUSADO POR EROSÃO PLUVIAL. MORTE DE MENOR. INDENIZAÇÃO. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA.SÚMULA 7/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. (REsp 438831 / SEGUNDA TURMA- STJ-RS. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.27/06/2006).⁹⁹

⁹⁴ DERGINT, Augusto do Amaral. Op. cit., p. 51.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 883.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 804 - 805.

⁹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 40.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 531.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 438831.RS- Relator : Ministro João Otávio de Noronha. 2ª Turma. Brasília, DF. 27 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso:12/10/2009.

Odete MEDAUAR entende ser cabível a responsabilidade civil do Estado também nas hipóteses previstas na Lei nº 4898/65¹⁰⁰ ou previstas no artigo 133 do Código de Processo Civil¹⁰¹ e também quando a norma infraconstitucional fixar situações de responsabilização subjetiva.¹⁰²

¹⁰⁰ Lei nº 4898 de 9 de dezembro de 1965: Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. [www.planalto.gov.br.Disponível:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm>](http://www.planalto.gov.br/Disposivel:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm). Acesso em 12/10/2009.

¹⁰¹ “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.”Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>> Acesso em: 12/10/2009.

¹⁰² MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 398.

3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA

As condutas comissiva e omissiva não guardam entre si similitude de conceitos, prevalecendo o antagonismo entre seus pólos de convergência. A distinção entre atos omissivos e comissivos deriva de que, nestes últimos, é evidente a infração a certo dever.¹⁰³

O ato comissivo importa incompatibilidade material com o dever de geral de diligência, o que dispensa maiores cogitações acerca do aspecto subjetivo do agente. Há o dever de evitar a prática de certas ações, pois contrárias ao direito ou valores fundamentais. Se o agente praticar tais condutas, sua atuação será reprovável, sem necessidade de investigar profundamente os aspectos relacionados com a formação de sua vontade.¹⁰⁴

Leciona Celso Antônio Bandeira MELLO:

Deveras, já se referiu que a noção de Estado de Direito reclama a de Estado responsável. Mencionou-se, outrossim, a verdade cediça de que as condições em que o Poder Público pode produzir dano são muito distintas das que ocorrem nas relações entre particulares. O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isso, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal comissivo gera, produz, causa dano a alguém¹⁰⁵

A conduta demonstra-se comissiva quando a própria ação gera o dano. Havendo lesão ao direito juridicamente protegido, há a caracterização do dano indenizável.

¹⁰³ Ibid., p. 801.

¹⁰⁴ Id.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 88.

3.1 ABORDAGEM DOUTRINÁRIA PERTINENTE À CONDUTA OMISSIVA DO ESTADO

O entendimento que prepondera na doutrina é de que a responsabilidade do Estado por atos omissivos é de natureza objetiva.

Contudo, cumpre relatar a existência de posicionamentos divergentes em relação à natureza da responsabilidade decorrente do comportamento omissivo.

Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que deve o Estado responder objetivamente pelos danos causados. Entretanto, quanto aos danos que não causou, cabe-lhe se responsabilizar quando estiver de direito obrigado a impedi-los. A responsabilidade estatal é, dessa forma, um ato ilícito do Estado que violou o dever de agir a ele imposto pela norma.¹⁰⁶

No mesmo sentido que a doutrina de seu pai, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, defende a aplicação da responsabilidade subjetiva quando se trata de ato omissivo do Estado:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu seu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.¹⁰⁷

Prossegue:

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 comportamento ilícito.”

¹⁰⁶ Ibid., p. 873.

¹⁰⁷ Ibid., p. 871.

Celso Antonio Bandeira de MELLO leciona que, quando o dano ocorreu em virtude de uma omissão do Estado, tem aplicação a teoria da responsabilidade subjetiva. Como o Estado não agiu, não pode ser considerado o autor do dano. Somente pode ser responsabilizado, caso tenha o dever legal de obstar a ocorrência do resultado lesivo.¹⁰⁸

A responsabilidade por atos omissivos é sempre em decorrência de conduta ilícita. Assim sendo, trata-se de responsabilidade subjetiva, posto que não há atuação ilícita que não provenha de imprudência, negligência ou imperícia (culpa) ou de deliberada intenção de transgredir a norma que impunha determinada obrigação (dolo).¹⁰⁹

Para a responsabilização de atos omissivos não é suficiente a relação entre a ausência do serviço e a lesão sofrida. Faz-se necessário também que o Poder Público, quando exista uma determinação legal no sentido de que atue para impedir a produção do resultado, não o faça ou faça de modo insuficiente.¹¹⁰

O padrão normal tipificador da obrigação a que o Estado está limitado deve ser aferido com base no meio social, no nível de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época a partir das possibilidades concretas médias dentro do ambiente em que se deu o fato lesivo.¹¹¹

Essas possibilidades reais médias podem ser atingidas através de indícios, como o procedimento do Estado em casos e situações semelhantes e o nível de expectativa comum da sociedade.

Assim como a graduação de expectativa do próprio Estado acerca do serviço acusado de omissivo, insuficiente ou inapropriado. Depreende-se este último nível de

¹⁰⁸ Ibid., p. 895-896.

¹⁰⁹ Ibid., p. 896.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ Id.

expectativa, por meio de parâmetros da lei que criou e disciplina o serviço, normas internas que o regulam, além de outras normas que conduzam a concluir, indiretamente que o Poder Público deva obedecer a um padrão mínimo de habilidade.¹¹²

Celso Antonio Bandeira de MELLO traz o seguinte exemplo:

(...) se o Poder Público licencia edificações de determinada altura, não poderá deixar de ter, no serviço de combate a incêndio e resgate de sinistrados, meios de acesso compatíveis para enfrentar eventual sinistro. Se o Poder Público despoja os internos em certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida, não pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum ou alguns detentos a respeito dos quais omitiu-se na adoção de igual cautela.¹¹³

Cabe salientar que não pode o Estado ser responsabilizado quando o dano vier a se consumar em virtude de força humana ou material alheia, a despeito de ter procedido com todas as cautelas devidas em relação a um dado serviço.¹¹⁴

A omissão estatal é condição do dano e não causa. Somente é razoável que o Poder Público responda por danos que não realizou quando estiver compelido pelo Direito à obstá-los.

O Estado deve atender todos os interesses públicos primários. Aceitar que o sujeito prejudicado possa alegar a responsabilidade do Estado em virtude de qualquer lesão causada por terceiro seria transformar o Poder Público e segurador universal.¹¹⁵

Assevera:

(...) em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em

¹¹² Ibid., p.897.

¹¹³ Id.

¹¹⁴ Id.

¹¹⁵ Ibid., p. 897-898

local público, o lesado poderia sempre argüir que o “serviço não funcionou”. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo de água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção das providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.¹¹⁶

Ilustra o tema com o a lição doutrinária do Ministro Carlos VELLOSO, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal:

EMENTA:RESPONSABILIDADE, SUBJETIVA, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ATO OMISSIVO, AGENTE PÚBLICO,CULPA “IN VIGILANDO” RAZÃO, NEGLIGÊNCIA, REFERÊNCIA, INCAPACIDADE, DESARMAMENTO, PRESO, AUSÊNCIA, INSPEÇÃO, CELA, FINALIDADE, GARANTIA, INTEGRIDADE FÍSICA, PRESIDÁRIO. INADMISSIBILIDADE, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, APRECIAÇÃO, DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL, MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL ADMISSIBILIDADE, DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO. OCORRÊNCIA, PRESTAÇÃO JURISDICIONAL-EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes—a negligência, a imperícia ou a imprudência --, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço—faute du service dos franceses—não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexa de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - R.E. conhecido e não provido. (RE 372472- SEGUNDA TURMA-TRF- RN- MIN. CARLOS VELLOSO- 04/11/2003).¹¹⁷

¹¹⁶ Ibid., p. 897.

¹¹⁶ Id.

¹¹⁶ Id.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil do Estado. Ato Omissivo do Poder Público. Recurso Extraordinário 372472. Estado do Rio Grande do Norte e Antônio Carlos da Silva.Relator:MinistroCarlosVelloso.04/11/2003.www.planalto.gov.br.Disponível:<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=responsabilidade>>. Acesso em 12/10/2009.

Ressalta Celso Antonio Bandeira de MELLO que a responsabilidade por condutas omissivas não se converte em responsabilidade objetiva em razão da aceitação da culpa presumida do Poder Público.¹¹⁸

Em casos de “falta do serviço”, o autor afirma que deve-se admitir uma culpa presumida do Estado, caso contrario o particular estaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido frente à gigantesca dificuldade ou até mesmo impossibilidade de comprovar que o serviço público não foi exercido do modo como deveria. O cidadão não tem conhecimento da intimidade do aparelho estatal, seus recursos, ordens de serviço, instrumentos financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para se adequara às possibilidades econômico-administrativas do Poder Público.¹¹⁹

Levando em conta que o sistema jurídico estabeleceu a responsabilidade pública em hipóteses de má realização do serviço, não se pode negar os caminhos imprescindíveis para a concretização da responsabilização quando faltar aos administrados possibilidades de dispor de mecanismos que possibilitem inseri-la na discussão. É evidente, nestes casos, a necessidade de estabelecimento da inversão do ônus da prova.¹²⁰

Na responsabilidade por comportamentos comissivos a questão é examinada em razão a do prejudicado em sua esfera juridicamente tutelada. Quanto a responsabilidade em virtude de condutas omissivas, a apreciação é realizada através do ângulo ativo da relação, ou seja, a aferição é efetuada pelos elementos da omissão.¹²¹

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 898.

¹¹⁹ Id.

¹²⁰ Id.

¹²¹ Ibid., p. 898 - 899.

O enquadramento de todo o problema da responsabilidade do Estado por condutas unilaterais não pode ser feito a partir da condição do prejudicado. No ato omissivo, o dano não é causado pelo Poder Público. Essa é razão pela qual se deve responsabilizá-lo caso seu comportamento omissivo seja reprovado pelo ordenamento jurídico. Fora desses casos, quando couber, a responsabilidade será do próprio agente público causador do dano.¹²²

No entender de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a omissão na prestação do serviço público tem levado a aplicação da Teoria da Culpa, visto que o dano não foi oriundo de uma atuação direta do agente público, mas omissão do poder público.¹²³

Neste mesmo sentido se posiciona Rui STOCO: "(...)a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é *quantum satis* para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em desfavor dos administrados."¹²⁴

No entender de Emerson GABARDO, há caracterização da omissão quando o direito impõe o dever de agir e ocorre violação a esse dever legal. Logo, não há responsabilidade quando não há o dever legal de agir porque não se configura a omissão.¹²⁵

Posição diversa defende Marçal JUSTEN FILHO, ao afirmar não ser necessária a imposição legal do dever de agir. Mesmo não havendo previsão legal que incorra na responsabilidade civil do Estado, há a possibilidade de subsistir um elemento subjetivo reprovável. Nessa hipótese caberá responsabilização quando a omissão incidir sobre o dever de diligência do Estado.

Esclarece:

¹²² Ibid., p. 899.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 531.

¹²⁴ STOCO, Rui. A responsabilidade Subjetiva do Estado por Comportamentos Omissivos. Revista Jurídica. Porto Alegre, a.53, n. 332. p. 9-16, jun. 2005. p.9.

¹²⁵ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 279.

Nas hipóteses, porém, em que não existir regra determinando a atuação do sujeito, não haverá fundamento para presumir a presença de elemento subjetivo reprovável. Nem se poderá considerar reprovável a conduta do agente, sem maiores perquirições. Em tais hipóteses, será necessário pesquisar o elemento subjetivo. Será imperioso determinar a previsibilidade do evento danoso, a existência do dever de adotar providências para evitar tal evento e a ausência da adoção de medidas cabíveis. Somente em caso de resposta positiva a tais indagações é que se configurará a responsabilidade civil do Estado (e do concessionário do serviço público).¹²⁶

Para evitar que incida a responsabilidade civil do Estado em hipóteses impróprias, há que se verificar se a ação ou omissão a ele imputável está sob a égide da antijuridicidade, salvo se houver disposição legislativa dispendo de modo diverso.¹²⁷

O ato lesivo não precisa ser necessariamente ilegítimo, pode vir a ocorrer mesmo estando a conduta estatal legitimada e, ainda assim, cause dano a terceiro. Coteja-se ainda, a possibilidade de ser imputado à vítima o dever jurídico da mesma suportar o dano causado pelo Estado, e, assim sendo, não ensejará em responsabilização estatal.¹²⁸

Marçal JUSTEN FILHO defende a idéia da objetivação do elemento subjetivo, não de sua ausência. Há a presunção de culpa decorrente da existência de um dever de cuidado especial que cumpre ao Estado atender. .¹²⁹

Conquanto, caso o prejudicado tenha contribuído para a causação do resultado lesivo, o valor da indenização será reduzido em proporção à essa contribuição.¹³⁰

Os danos decorrentes de atuações omissivas, para o autor, são divididos em dois grandes grupos.¹³¹

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 802.

¹²⁷ Ibid., p. 797.

¹²⁸ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit., p. 170.

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 813.

¹³⁰ Ibid., p. 817.

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 813-814.

Em um deles estão contidos os casos em que a norma estabelece um dever de agir e a omissão diz respeito à violação direta deste dever - ilícito omissivo próprio. O outro abarca casos em que um resultado lesivo vedado pela norma vem a ocorrer em razão da falta de tomada dos cuidados necessários para evitá-lo - ilícito omissivo impróprio.¹³²

Para fins de responsabilidade civil do Estado, os casos de ilícito omissivo próprio se equiparam aos comportamentos comissivos. Aduz que se uma norma prescreve ser obrigatório que o agente estatal realize determinada ação; sua omissão implica atuação ilícita e geradora de defeito presumido no elemento subjetivo.¹³³

A omissão da conduta exigida pelo ordenamento ocorre porque o agente agiu de modo intencional, ou em virtude de conceder forma defeituosa à sua vontade.¹³⁴

No que concerne aos ilícitos omissivos impróprios, o agente não está compelido a atuar de maneira pré determinada. Razão pela qual, sua omissão não produz presunção de ofensa ao dever de cuidado à formação de vontade.¹³⁵

Aferir se ocorreu violação do dever de diligência especial a que está obrigado o sujeito, constitui medida que se impõe. Deve-se indagar se ocorriam elementos fáticos, indicativos do risco de consumação da lesão, se era da atribuição do agente tomar medidas impeditivas do dano, se a observância do dever de cuidado teria levado ao bloqueio do exercício de ações aptas a produzir a lesão.¹³⁶

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO argumenta acerca da responsabilidade civil por atos omissivos pelo viés do Código Civil de 1916, que adotou, em seu artigo

¹³² Id.

¹³³ Id.

¹³⁴ Ibid., p. 814.

¹³⁵ Id.

¹³⁶ Id.

15, a Teoria da Culpa Civil. A responsabilidade civil do Estado era regida por normas de direito privado (até o advento da Constituição de 1946).¹³⁷

Sustenta o autor que o legislador de 1916 não estabeleceu apenas a responsabilidade em face de atos comissivos, mas também decorrentes de atos omissivos. Assim, a regra contida no artigo 15 do Código Civil foi derogada, continuando a vigorar a parte relativa a responsabilização por atos omissivos.¹³⁸

Por conseguinte, a teoria do risco administrativo não tem assento em sede de danos causados aos particulares em razão de atividades omissivas dos agentes estatais.¹³⁹

Adotando posição diversa Flávio de Araújo WILLEMAN sustenta que o artigo 43 do Código Civil de 2002 revogou o artigo 15 do Código Civil de 1916. O dispositivo do novo estatuto civil repete o conteúdo do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal trazendo para a legislação infraconstitucional a teoria do risco administrativo.¹⁴⁰

Na visão do autor, nos casos de omissões estatais específicas, o legislador pátrio, sobretudo o constitucional, busca afastar do ordenamento o ônus do particular demonstrar uma conduta negligente, imprudente ou imperita.

Defende que a responsabilidade em tais hipóteses é objetiva. Nas omissões específicas, pressupõe-se um dever de atuar específico do Poder Público, que se não age, dá causa direta e imediata à lesão suportada em virtude da omissão. Ao

¹³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p.580.

¹³⁸ Id.

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ WILLEMAN, Flávio de Araújo. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e o Código Civil de 2002. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, nº 56, p.6257-6261, out. 2005. p. 6257.

prejudicado cabe o ônus da prova da omissão estatal (dever de agir previsto em lei ou irrazoabilidade da omissão), bem como, do dano e do nexo de causalidade.¹⁴¹

Para repelir o dever de reparar o dano, deve o Estado comprovar que não houve quebra do dever de agir ou que sua inação estava dentro da razoabilidade, através da exposição da prova da culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, fato de terceiro, ou, ainda que sua omissão foi lícita, razoável, em consonância com os recursos materiais da Administração.¹⁴²

Ilustra, o entendimento jurisprudencial:

EMENTA: RESPONSABILIDADE DO ESTADO - NATUREZA - POLICIAIS MILITARES - DILIGÊNCIA. A responsabilidade do Estado é objetiva, pressupondo nexo de causalidade entre o fato ou serviço que lhe seja próprio e a ausência de dolo ou mesmo culpa por parte da vítima. Precedentes: Recursos Extraordinários nºs 179.147, 135.310, 130.764, 109.615 e 140.270, julgados na Segunda (os dois primeiros e o último) e Primeira (o terceiro e quarto) Turmas, relatados pelos Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Moreira Alves, Celso de Mello e por mim, com acórdãos veiculados nos Diários da Justiça de 27 de fevereiro de 1998 (os dois primeiros), 7 de agosto de 1992, 2 de agosto e 18 de outubro de 1996, respectivamente. Responde o Estado por dano decorrente de diligência policial em que servidor policial militar haja atuado com negligência, vindo a ser baleado, por agente que deveria estar sob vigilância, colega de serviço. Hipótese concreta a extrapolar o risco, simples risco, resultante da atividade policial e a ensejar a responsabilidade do Estado no que "conseqüência lógica inevitável da noção de Estado de Direito" - Celso Antônio Bandeira de Mello. (176564 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO-Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. 14/12/1988).¹⁴³

Nas omissões genéricas não se verifica um dever específico de atuar do Poder Público, sua ausência de ação não representa causa direta e imediata do prejuízo eventualmente suportado.¹⁴⁴

Não há um elemento hábil para a deflagração do nexo de causalidade entre a atividade estatal e o dano. Em tais situações para o particular obter a indenização

¹⁴¹ Id.

¹⁴² Ibid., p. 6258 - 6261.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 176564 - SP-. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma. 23 de dezembro de 1988. Publicado no Diário Oficial em:20/08/1999. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em:12/10/2009.

¹⁴⁴ WILLEMANN, Flávio de Araújo. Op. cit., p.6257, out. 2005.

deve comprovar que, se de modo razoável o Estado tivesse atuado, a lesão poderia não ter ocorrido. Caso contrário, não há que se falar em composição de danos. Por essas razões, entende o autor que nos casos de omissões genéricas, em regra, o Estado não pode ser responsabilizado, sob pena de ser transformado em um segurador universal.¹⁴⁵

Segundo Romeu Felipe BACELAR FILHO, levando em conta o sistema jurídico atual, na maioria dos casos aplicar-se-á a Teoria do Risco Administrativo.

Esta cabe quando se reconhece antecipadamente os riscos que determinada atividade administrativa envolve. Todavia, pode ser levantada a Teoria do Acidente Administrativo ou da Culpa do Serviço (*faute du service*).¹⁴⁶

A Teoria do Acidente Administrativo encontra arrimo no dever de eficiência exigível do Estado, o qual não se coaduna com o não funcionamento do serviço, com seu mau funcionamento ou com seu funcionamento tardio, mormente quando não for possível a delimitação do agente causador do dano.¹⁴⁷

Para que haja omissão é necessário um dever legal de agir. A administração tem o dever de barrar uma atividade externa (ato de terceiro ou fato exterior), visto que, em alguns casos, a exclusiva falta de ação estatal basta para causar o dano.¹⁴⁸

Emerson GABARDO defende que a responsabilidade do Estado por atos omissivos é, assim como ocorre com relação aos atos comissivos, objetiva.

Demonstrando-se que o dano decorreu de ato ilícito, é desnecessário, como consequência imediata, a investigação da presença de dolo ou culpa, visto que pode existir ato ilícito sem culpa e, ainda assim prevalece o dever de indenizar. Como exemplo dessa hipótese, a existência de um buraco na pista de uma rodovia com

¹⁴⁵ Ibid., p.6.258-6260.

¹⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p.195.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ Id.

pedágio. O Poder Público tem o dever de indenizar, haja culpa ou não da concessionária.¹⁴⁹

O equívoco de interpretação nessas situações reside na confusão que se costuma fazer entre a demonstração do nexu causal e a comprovação de culpa. Em alguns casos a verificação do nexu causal implica necessariamente na constatação de culpa. Não é esse, contudo, o cerne da responsabilidade. Trata-se de um adendo, um acréscimo, sem conseqüência jurídica por si mesmo, exceto no que diz respeito ao direito de regresso. Em relação ao comportamento omissivo, verificar a culpa tem como efeito inafastável a pressuposição da omissão, no entanto, constatar a omissão não acarreta, necessariamente a presença da culpa.¹⁵⁰

Ao contrário de Celso Antonio Bandeira de MELLO,¹⁵¹ que defende que a responsabilidade do Estado por ineficiência é subjetiva, Emerson GABARDO entende que tal responsabilidade é de ordem objetiva.

Argumenta que é possível responsabilizar o Estado por uma conduta ineficiente mesmo que ela não seja dolosa, negligente, imperita ou imprudente. Ilustra a hipótese a situação de uma decisão administrativa de abstenção, devidamente fundamentada, mas depois anulada pelo Poder Judiciário.¹⁵²

Ademais, repele o posicionamento de Celso Antonio Bandeira de MELLO em razão da fluidez da idéia de “possibilidades reais médias” trazidas por este autor. O Poder Público pode ser obrigado a indenizar por um ato que, embora possa ser reputado como normal é irrazoável (a indenização tem como fundamento valores constitucionais). Cite-se como exemplo dessa hipótese, o caso de lesão em virtude

¹⁴⁹ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 281 - 282.

¹⁵⁰ Ibid., p. 282.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antonio. Bandeira de. Op. cit., p. 895 - 900.

¹⁵² GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 282.

de reedição de medidas provisórias. Outrossim, a responsabilidade pelo ato ótimo é subentendida na atuação eficiente.¹⁵³

Tal interpretação não acarreta a interpretação do Estado como um segurador universal. Nas palavras do autor.

Se a atividade é 'comum do povo', de índole abstrata, sem destinatário específico, não cabe indenização, mesmo que haja falha ou omissão. Agora, se a atividade for especial, a uma coletividade específica, cabe responsabilidade se não foi atingido o ponto ótimo.¹⁵⁴

O Estado, quando repara um dano, não é ferido no seu interesse jurídico público primário. Prevalece o dever ético do ressarcimento e de que o agente público deve atuar com responsabilidade. Isto porque, ainda que não proceda com dolo ou culpa, sua decisão pode implicar em um dever de indenização a toda uma coletividade de pessoas.

Segundo o autor:

(...) nem mesmo o poder qualificado de uma emenda constitucional pode impor o descumprimento não indenizável de um direito oriundo de uma relação jurídica de boa-fé. Ainda que se admita sustentável, por mera hipótese, a quebra do ato jurídico perfeito, da coisa julgada ou do direito adquirido mediante reforma constitucional, esta somente poderia ser realizada por meio da respectiva responsabilização do Estado por sua opção política.¹⁵⁵

Conclui pela responsabilidade objetiva do Estado quando demonstrado que este agiu de forma desleal ou insegura. A responsabilidade aqui decorre de um direito oriundo de uma relação de boa-fé, de um dever ético.

¹⁵³ Ibid., p. 285 - 287.

¹⁵⁴ Ibid., p. 287 - 288.

¹⁵⁵ Ibid., p. 291 - 295.

3.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA PREPONDERANTE

No Brasil, o posicionamento dos tribunais acerca da responsabilidade do Estado por conduta omissiva também não é uniforme.

Apesar disto, o Supremo Tribunal Federal tende a entender que se trata de responsabilidade subjetiva com fundamento na *faute du service*, como demonstram os julgados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. (R. Extº 382.054 – STF- RJ. 2ª Turma DF- Relator Ministro Carlos Velloso – 03.08. 2004.-DJ 01/10/2004)¹⁵⁶

No julgamento citado o Relator entendeu se tratar de ausência do serviço com culpa genérica do serviço público. Nesta hipótese, o Estado deveria zelar pela integridade física do detendo e não o fez. Conquanto, o recurso foi conhecido e provido. Ao Estado coube o pagamento da indenização pleiteada.

Cabe mencionar:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. (RE 369820. STF- RS. 2ª TURMA. REL. MINISTRO CARLOS VELLOSO. 03.10.2004. DJ01/10/2004)¹⁵⁷

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 382.054 – RJ. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 03 de agosto de 2004. Publicado no Diário da Justiça de 01/10/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 12/10/2009.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 369.820 – RS. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 03 de agosto de 2004. Publicado no Diário da Justiça de 01/10/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

Neste precedente o Relator entendeu que não há nexos de causalidade entre o dano causado e a ação omissiva atribuída ao poder público.

Cabe mencionar que, para Celso Antônio Bandeira de MELLO, a omissão é condição do dano e não causa direta.

No julgado abaixo, o nexo de causalidade foi analisado entre a culpa do agente e a ação de terceiro, consoante com um dos fundamentos da teoria subjetiva.

O liame se encontra no dever de agir do agente que ao não fazê-lo permitiu, de maneira culposa, a ocorrência do dano.

Responsabilidade civil do Estado, por dano causado por terceiro, em razão de negligência culposa de agente público: recurso extraordinário: descabimento: questão de natureza infraconstitucional ou que demanda reexame de fatos e provas. Acertado, definitivamente, nas instâncias de mérito, a existência de omissão ou de negligência culposa do agente público, nas circunstâncias do caso e o nexo de causalidade entre a sua culpa e a ação do terceiro, a questão ou é de ser resolvida à luz do regime da responsabilidade subjetiva, de natureza infraconstitucional, ou demanda o reexame de toda a matéria de fato e das provas dos autos, inviáveis no extraordinário. (AgR 235.524.STF-1ª Turma- AC- Rel.Min. Sepúlveda Pertence . 03/06/2004/DJ20/08/2004)¹⁵⁸

O Superior Tribunal Federal, muito embora tenha adotado a teoria subjetiva nas condutas omissivas, nos casos de maior gravidade, por vezes, ocorre mudança de posicionamento pela objetivação da responsabilidade.

O Ministro Relator se baseou na Teoria do Risco Administrativo, que confere fundamento para adotar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto por ação quanto por omissão, pelos danos a que seus agentes houveram dado causa.

EMENTA:INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO -TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 235.524 – AC. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma. Brasília, DF, 03 de junho de 2004. Publicado no Diário da Justiça de 20/08/2004. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO – FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL -CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. (RE 109.615 STF-1ª Turma-RJ- Rel. Min. Celso de Mello 28/05/1996.DJ 02/08/1996)¹⁵⁹

O Ministro Ilmar Galvão, no julgamento abaixo, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que aplicou a teoria da responsabilidade objetiva em decorrência de danos causados por omissão Estatal no cumprimento de ordem judicial. O Estado foi condenado à indenizar o particular em razão do não envio de força policial.

Vejamos:

EMENTA:CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO.ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE.(RE 283.989 –STF- 1ª Turma-PR – Rel. Min. Ilmar Galvão – 28/05/2002-DJ 13/09/2002)¹⁶⁰

Como se vê uns inclinam-se pela adoção da teoria da responsabilidade subjetiva, enquanto outros pela responsabilidade objetiva do Estado no tocante aos atos omissivos.

EMENTA:AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO.NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 109.615 – RJ. Relator Ministro Celso de Mello, 1ª Turma. Brasília, DF, 28 de maio de 1996. Publicado no Diário da Justiça de 02/08/1996. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em:12/10/2009.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 283.989 – PR. Relator Ministro Ilmar Galvão,1ª Turma. Brasília, DF, 28 de maio de 2002. Publicado no Diário da Justiça de 13/09/2002. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.Acesso em:12/10/2009.

do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁶¹

Ainda:

EMENTA:RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido.¹⁶²

Acresce ao entendimento:

EMENTA:RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICOPROBATÓRIA- INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL -IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA(SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "*eventus damni*" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 573.595 – RS. Relator Ministro Eros Grau, 2ª Turma. Brasília, DF, 24 de junho de 2008. Publicado no Diário da Justiça em 15/08/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 409203 – RS. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 07 de março de 2006. Publicado no Diário da Justiça em 20/04/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o "*eventus damni*", sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes. - Não se revela processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992 - RTJ 186/703 - Súmula 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos Tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes. - Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte recorrente. Não-comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias.¹⁶³

Cumpra mencionar:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO. OMISSÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CRIME PRATICADO POR FORAGIDO. ART. 37, § 6º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. Inexistência de nexo causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fugitivo. Precedentes. 2. A alegação de falta do serviço - *faute du service*, dos franceses - não dispensa o requisito da aferição do nexo de causalidade da omissão atribuída ao poder público e o dano causado. 3. É pressuposto da responsabilidade subjetiva a existência de dolo ou culpa, em sentido estrito, em qualquer de suas modalidades - imprudência, negligência ou imperícia. 4. Agravo regimental improvido. (RE-AgR 395942- STF- 2ª Turma-: RS Rel: MIN. Ellen Gracie - 16.12.2008)¹⁶⁴

Corroborar ao entendimento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO. ATO OMISSIVO.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 481.110 – PE. Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2007. Publicado no Diário da Justiça em 09/03/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 395942- RS- Relator(a): Min. Ellen Gracie, 2ª Turma. Brasília, DF. 16/12/2008. Publicado no Diário da Justiça em: 27/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AGENTE PÚBLICO FORA DE SERVIÇO. CRIME PRATICADO COM ARMA DA CORPORAÇÃO. ART. 37, § 6º, DA CF/88. 1. Ocorrência de relação causal entre a omissão, consubstanciada no dever de vigilância do patrimônio público ao se permitir a saída de policial em dia de folga, portando o revólver da corporação, e o ato ilícito praticado por este servidor. 2. Responsabilidade extracontratual do Estado caracterizada. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido.(RE-AgR 213525- STF SP- Rel: MIN. Ellen Gracie- 09/12/2008)¹⁶⁵

Em que pese ao entendimento do Superior Tribunal Federal, cabe mencionar o entendimento dos Tribunais Regionais.

O Tribunal Regional da 4ª Região, no julgado abaixo, entendeu que a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos seria também objetiva, pois a Constituição, quando tratou da responsabilidade civil do Estado, não fez distinção entre atos omissivos e comissivos.

Isto porque, uma vez que a universidade disponibiliza em seu *campus*, local para fertilização de animais, obriga-se objetivamente pela guarda dos mesmos, tendo o dever de prestar indenização ao proprietário de animal ali furtado.

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CIVIL. FURTO DE ANIMAL NAS DEPENDÊNCIAS DE UNIVERSIDADE FEDERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. OMISSÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. (APELAÇÃO CIVEL: AC 2572 RS 2004.71.10.002572-7- TRF4 PRIMEIRA TURMA SUPLEMENTAR- Relator: LORACI FLORES DE LIMA-11/04/2006 DJ 17/05/2006 PÁGINA: 809)¹⁶⁶

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em interessante julgado, analisou a responsabilidade civil tanto sob o viés objetivo quanto subjetivo.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 213525- SP-Relator(a): Min. Ellen Gracie, 2ª Turma. Brasília, DF. 09/12/2008. Publicado no Diário da Justiça em: 06-02-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região Apelação Cível Nº 2004.71.10.002572-7.- RS-Relator: Juiz Federal Loraci Flores De Lima - 1ª Turma Suplementar. Rio Grande do Sul- RS. 12/01/2006. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4>>. Acesso em: 12/10/2009.

A responsabilidade civil sob aspecto objetivo foi atribuída em razão do dever atribuído à autoridade administrativa frente ao dever de cumprimento de ato decorrente de norma de competência.

Analísada sob o viés subjetivo a responsabilidade foi atribuída em razão da culpa do agente.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA FALTA DO SERVIÇO. DEFICIENTE FISCALIZAÇÃO DO GRUPO COROA BRASTEL. INDENIZAÇÃO. - A demanda tem por objeto pleito de ex-investidores do Grupo Coroa-Brastel S/A, que buscam indenização do Banco Central do Brasil e da União Federal, pelo malogro econômico daquele conglomerado financeiro, diante das omissões perpetradas pelos ora apelados na fiscalização do mercado de capitais. - Com efeito, de acordo com expressas disposições legais, cumpriria a União Federal e Banco Central do Brasil a fiscalização do mercado financeiro e a proteção dos investidores, providências de que se omitiram, deixando que, além do que seria normal num investimento de risco, os ora apelantes perdessem, juntamente com outros milhares de investidores, tudo o que haviam investido. - A responsabilidade civil, no caso, em decorrendo de ato de autoridade administrativa que tem o dever de praticá-lo é objetiva, tanto que o não exercício de um dever por parte de quem investido de poder para tanto corresponde a um fazer em sentido contrário, equiparando-se aí o ato omissivo a um outro qualquer praticado em desacordo com a norma de competência. Investigar-se o porquê e, eventualmente, buscar-se o resultado da conseqüência lesiva, constitui-se em objeto de outro tipo de relação jurídica, esta do Estado, entendido aí órgão público, com o seu servidor, nada tendo a ver com a originária entre aquele e o particular. - Havendo, portanto, em conjunto com a obrigação legal de praticar um determinado ato, a prova de que o mesmo restou não praticado por quem incumbia a responsabilidade, em conjunto com o prejuízo patente dos que necessitariam de tais atos para minorarem ou deixarem de ter os alegados prejuízos, é evidente que existe responsabilidade civil objetiva. - Se investigada a questão, por sua vez, pelo âmbito de outro tipo de responsabilidade - a subjetiva - não é difícil de aferir-se a culpa pelo ato do preposto, agora praticado de forma deliberada para causar prejuízo a terceiros, ou ainda apenas assumindo o risco de produzi-lo. - Conclui-se, portanto, que, quer observada de uma forma - objetiva - ou de outra - subjetiva - em ambas destaca-se a responsabilidade civil tanto da União Federal, por não ter

velado para a proteção dos investidores, quanto do Banco Central do Brasil, por não ter efetivado essa proteção através de atos concretos de fiscalização, antes aportando capitais públicos a quem não devia e não merecia qualquer confiança para tal. - Recurso provido.(APELAÇÃO CIVEL: AC 104948 96.02.11463-0 - TRF2- PRIMEIRA TURMA- Relator(a): Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA- 09/03/2004- Publicação: DJU - Data::27/10/2004 - Página:113).¹⁶⁷

Consubstanciado na Teoria do Risco, disciplinada pelo artigo. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entende ser objetiva a responsabilidade tanto para atos comissivos, quanto para os omissivos.

No julgado abaixo, condenou o Estado ao ressarcimento a título de danos morais contra sentença que assegurou aos autores o direito a receber indenização, em virtude do falecimento da sua genitora no acidente automobilístico decorrente de bloqueio da rodovia pelo Movimento Sem Terra. Situação em que o condutor do veículo, inadvertido, supôs se cuidar de assalto e praticou manobra abrupta e causou o acidente.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. BLOQUEIO DE RODOVIA PELO MST. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. MORTE. OMISSÃO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 407465 PE-(2003.83.08.001895-7/01)-- PE DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO(CONVOCADO) - Primeira Turma-.07/08/2008/ Publicado no DJ em: 11/03/2009)¹⁶⁸

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível 104948 96.02.11463-0.- RJ-Relator(a): Desembargador Federal Ricardo Regueira - 1ª Turma .09/03/2004. Publicado no Diário da Justiça em: 27/10/2004. Disponível em:<<http://www.trf2.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12/10/2009.

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região.Embargos de Declaração em Apelação Cível Nº 407465. PE - 2003.83.08.001895-7/01.Desembargador Federal Frederico Azevedo (Convocado).1ª Turma.07/08/2008/ Publicado no Diário da Justiça em: 11/03/2009 Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>> Acesso em: 12/10/2009.

A Quinta Turma, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, aduz que a responsabilidade extracontratual do Estado por atos omissivos não se adéqua à hipótese do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Conquanto, é subjetiva, em ordem a exigir, para a sua configuração, dolo ou culpa, consistente essa na imprudência, negligência ou imperícia do agente estatal.

Para tal entendimento, toma Precedentes do Supremo Tribunal Federal: "A falta do serviço - *faute du service* dos franceses não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro".

Segue:

EMENTA:CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º(RE 369820/RS, Segunda Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 27/02/2004, p. 38).¹⁶⁹

No julgado abaixo, restou improcedente a pretensão indenizatória deduzida na inicial.

Isto porque, a causa determinante do acidente, conforme apontado pelo laudo técnico, foi a velocidade excessiva imprimida pelo condutor do veículo articulado, do que decorreu a perda de controle do veículo, a invasão na pista contrária e a colisão com o veículo de propriedade da empresa recorrente.

EMENTA:PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DEFINITIVO DE AGRAVO. FATO QUE EM REGRA NÃO CONSTITUI ÓBICE AO REGULAR CURSO DA AÇÃO

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 369.820 – RS. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 03 de novembro de 20034. Publicado no Diário da Justiça de 27/02/2004. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/10/2009.

PRINCIPAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS APRECIADOS PELO JUÍZO A QUO. PRETENSÃO DE MERA REFORMA. DESCABIMENTO. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL (BR-116). ABALROAMENTO DE VEÍCULO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS DA AUTORA POR VEÍCULO DE TRANSPORTE DE CARGAS. LAUDO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO DO BOM ESTADO DE CONSERVAÇÃO DA VIA. SINALIZAÇÃO ADEQUADA. CAUSA DETERMINANTE DO ACIDENTE. VELOCIDADE EXCESSIVA DO VEÍCULO ARTICULADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ALEGADA OMISSÃO E OS DANOS CAUSADOS À AUTORA. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. ART. 20, § 4º DO CPC. (AC 12439 DF 2001.34.00.012439-4- TRF1- QUINTA TURMA- Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA 06/02/2006- Publicação: 16/02/2006 DJ p.70)¹⁷⁰

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região estabelece, quanto aos aspectos concernentes à existência ou não de erro médico, que a responsabilidade decorrente de uma conduta comissiva ou omissiva é essencial para se evidenciar quem tem efetivamente razão.

Nesta hipótese, há necessidade de se individualizar a responsabilidade dos profissionais e das instituições a que estes se encontravam vinculados.

Entendimento que decorre de que ordenamento constitucional adota a teoria do Risco Administrativo, fundada na responsabilidade objetiva do estado pelos atos praticados pelos seus prepostos.

Pelo parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, basta àquele que sofreu o dano, comprovar em juízo a existência de ação ou omissão por parte de agente, de alguma forma, vinculado à administração pública. Também a existência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso sofrido, para fazer jus à indenização pelos prejuízos materiais e morais suportados.

Entende ser desnecessária a comprovação da culpa - negligência, imprudência ou imperícia - do agente administrativo, bastando ao autor a

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região 12439 DF 2001.34.00.012439-4.- Relator(a): Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida - 5ª Turma . 06/02/2006-/ Publicado no Diário da Justiça em: 16/02/2006. Disponível em:<<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 12/10/2009.

demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso.

EMENTA: AÇÕES CONDENATÓRIAS. AMPUTAÇÃO DE MEMBRO. SAMDU. INPS. LEGITIMIDADE DE PARTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 15 DO CC DE 1916. ART. 194 DA CF/46. ART. 107 DA EC Nº. 01/69. ART. 37, PAR.6º, DA CF/88. IMPRESTABILIDADE DOS LAUDOS MÉDICOS. DESCONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 436 DO CPC. CONVENCIMENTO JUDICIAL FUNDADO EM OUTROS ELEMENTOS. FRATURA SUPRA-CONDILIANA DO ÚMERO. DESÍDIA MÉDICA. REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMUM. ART. 335 DO CPC. SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE BAURU. PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE. PREPOSTO. TEORIA DA APARÊNCIA. ART. 1521, INC. III, CC DE 1916. NEGLIGÊNCIA. SUBSÍDIOS TÉCNICOS. LIVROS ESPECIALIZADOS. CONDENAÇÃO. INDENIZAÇÕES. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACUMULAÇÃO. SÚMULA Nº 37 DO STJ. DANO ESTÉTICO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. REDUÇÃO. INCAPACIDADE RELATIVA. SENTENÇA EXTRA PETITA. REDUÇÃO DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE O PEDIDO E O JULGADO RECORRIDO. ART. 460 DO CPC. SENTENÇA DE 1º GRAU PARCIALMENTE REFORMADA. (APELAÇÃO CÍVEL - 121875: AC 66583 SP 93.03.066583-0- TRF3-Relator: JUIZ CARLOS DELGADO-21/06/2007- DJU 30/08/2007 P. 810)¹⁷¹.

Portanto, denota-se que persiste divergência entre os tribunais nacionais acerca de qual teoria deve ser aplicada no caso de omissão estatal que venha a resultar em prejuízo ao administrado.

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região Apelação Cível nº. 93.03.066583-0 - Classe 121875: AC 66583 -SP- Relator: Juiz Carlos Delgado. 21/06/2007. Publicado no Diário da Justiça em: 30/08/2007. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 12/10/2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem do presente trabalho buscou, de forma despretensiosa e sem a presunção de esgotar o tema, uma exposição destinada a salientar alguns aspectos controvertidos e que têm merecido a atenção da doutrina.

Assim, de todo o exposto, denota-se que hodiernamente o Direito pátrio inclina-se na direção da admissão da responsabilidade do Estado, na seara civil, pelos danos causados aos particulares em decorrência da omissão do Estado.

Os estudiosos no Brasil, somente a partir do fim do século XIX e início do século XX passaram a sustentar a possibilidade de responsabilização do Estado em todos os casos em que ocorresse dano ao particular pela atividade estatal, desde que comprovada a existência do dano e o nexos causal entre este e o Estado.

Entretanto, quanto aos danos causados pela inação estatal o consenso não existe. A responsabilidade do Estado por atos omissivos se coloca no ordenamento como um dos temas mais controversos e de alto grau de complexidade.

Em relação aos danos causados aos cidadãos, estes podem resultar de atos dos agentes enquanto na função estatal, derivados de atos comissivos ou omissivos. A responsabilidade estatal *latu sensu*, pode ser atribuída com fundamento em princípios publicísticos.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 37, parágrafo 6º, ratifica a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos que seus agentes causarem a terceiros. Situação na qual se deve indagar a relação de causalidade entre o ato do agente e o prejuízo sofrido por terceiro, com intuito de configurar a

responsabilidade do ente público.

A doutrina e a jurisprudência admitem como sendo cabível a responsabilidade objetiva do Estado aos atos omissivos, prescrita no artigo 37, parágrafo 6 da Constituição Federal. O desempenho da atividade desenvolvida pelo Estado pode causar danos aos indivíduos, em qualquer das suas esferas de atuação.

O operador do serviço estatal age em nome do Estado, logo, caracteriza-se como um agente público. Dessa forma, os atos danosos provenientes do agente são de responsabilidade do Estado, que possui o dever de responder por suas conseqüências prejudiciais.

Celso Antônio Bandeira de MELLO defende que a omissão é condição para ocorrência do dano, não a causa. Seja, um evento cuja ausência ocasiona o surgimento do prejuízo. Portanto, se o Estado não deu causa (conduta positiva que produz resultado), não há que se falar em responsabilidade, haja vista a ausência de nexo causal entre a conduta e o resultado.

O Supremo Tribunal Federal tende a julgar com base na Teoria Subjetiva. Apesar disso, com intuito de assegurar a igualdade, o bem estar e a justiça social opta pela adoção da teoria objetiva em casos que envolvem maior gravidade.

Finalmente, cabe mencionar que a doutrina que melhor atende ao Estado Democrático de Direito é a teoria objetiva. Isto porque, tem o escopo de dar um tratamento isonômico entre o ente estatal e os administrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça. 1 ed. Campinas, São Paulo: Copola, 1999.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, n. 9, p.13 – 59, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de direito administrativo. 2 ed. v II. Rio de Janeiro: Forense 1969.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Manual de Direito Administrativo. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2008.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CRETELLA JUNIOR, José. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Manual de Direito Administrativo: de acordo com a Constituição de 1988. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 15. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva no Estado em face dos Princípios da Eficiência e da Boa-Fé. In.: FERRAZ, Luciano (Coord.). Direito Público Moderno. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259-296.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 7. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784:1999. 2. ed. rev. e atual. e. aum. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Wandenkolk. Quando a justiça perde o nome. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SOUZA, Valternei Melo de. A Tutela de Urgência e a Responsabilidade Objetiva: Algumas Reflexões. Revista Jurídica. Porto Alegre, a.53, n. 332. p. 27-55, jun. 2005.

STOCO, Rui. A responsabilidade Subjetiva do Estado por Comportamentos Omissivos. Revista Jurídica. Porto Alegre, a.53, n. 332. p. 9-16, jun. 2005.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e o Código Civil de 2002. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, nº 56, p.6257-6261, out. 2005.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

REPOSITÓRIO JURISPRUDENCIAL

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.
<http://www.stj.jus.br/SCON>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.
<http://www.trf1.gov.br>

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
<http://www.trf2.gov.br/jurisprudencia>

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

<http://www.trf3.jus.br>

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

<http://www.trf4.jus.br/trf4>

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

<http://www.trf5.jus.br>