
Responsabilidade civil do Estado por omissão

Joice Michele Olmedo*

RESUMO

O presente trabalho analisa a responsabilidade civil do Estado por omissão, pautando-se na controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência no que se refere a sua natureza, se subjetiva ou objetiva. Para tanto, imprescindível a exposição dos pressupostos e das espécies inerentes a responsabilidade civil. Busca-se, para uma maior compreensão da responsabilidade civil do Estado, explicar a sua evolução através das teorias que serviram como alicerce para a atual consagração. No tocante a omissão do Estado, apresenta-se de maneira concisa os raciocínios que embasam ambas as teorias, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Elaborado em linguagem simples, busca expor de maneira prática argumentos que levem a compreensão de que o Estado deve ser responsabilizado de forma objetiva pelos danos causados a terceiros, ainda que em decorrência da sua omissão.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Omissão.

*Acadêmica do 5º ano do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Jaú.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste no estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado pela prática de atos omissivos, visto a necessidade de proteção jurídica daqueles considerados frágeis perante um Estado onipotente, evitando-se, assim, os abusos e desigualdades.

Para tanto, oportuno se faz, a princípio, uma análise sucinta da parte geral do instituto da responsabilidade civil, servindo-nos como alicerce para adentrar na apreciação do tema principal, qual seja, o da responsabilidade civil do Estado. Nesse momento, imprescindível é a estudo das suas espécies.

Na ordem jurídica brasileira, a responsabilidade civil do Estado foi consagrada na Constituição Federal de 1946, encontrando-se atualmente prevista no art. 37, § 6º. Necessário se faz, portanto, analisar referido artigo no que se refere às pessoas ali inseridas e os requisitos para que se amoldem ao texto constitucional, bem como as prerrogativas concedidas ao Estado com o advento da responsabilidade objetiva, quais sejam, a ação regressiva e as causas excludentes de sua responsabilidade.

Por fim, tratar-se-á a respeito das condutas omissivas do Estado, haja vista a dificuldade em uniformizar as opiniões perante a doutrina jurídica. Enquanto as condutas comissivas possuem uma constância em relação a sua natureza, o mesmo não se pode dizer das praticadas com omissão.

Portanto, algumas posições doutrinárias serão expostas com o intuito de discorrer-se sobre esse instituto que ainda possui divergência entre os mais renomados autores. Expostos também serão, ao final, alguns julgados concernentes a matéria.

Não se pretende por esse trabalho impor e analisar de forma profunda qual das posições deve ser seguida, mas apenas um estudo e compreensão de cada uma delas, discorrendo-se sobre qual entendimento se torna mais apto a resguardar os anseios da sociedade.

2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Dentre as espécies do tema responsabilidade civil, atentar-se-á de forma clara a duas modalidades, primeiro em relação ao seu fundamento, qual seja, a responsabilidade subjetiva e a objetiva, e posteriormente quanto ao seu fato gerador,

momento em que pode se apresentar sob a forma de responsabilidade contratual ou extracontratual.

2.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Na teoria clássica da responsabilidade civil, a culpa é o fundamento da obrigação de reparar o dano e na falta de sua comprovação não existem indícios que levem a responsabilidade civil do agente. Neste caso, a prova da culpa trata-se de pressuposto indispensável para a configuração da responsabilidade e de uma posterior indenização. Referida teoria trata-se da já comentada responsabilidade subjetiva.

Ao conceituá-la, Diniz (2009, p. 55) expõe que

[...] na responsabilidade subjetiva o ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de *bonus pater familias*, deverá ressarcir o prejuízo, se se provar que houve dolo ou culpa na ação.

Porém, em determinadas situações, para casos específicos em lei, é possível a reparação do dano sem que se comprove a culpa do agente, sendo que para tanto, somente será necessária a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta do agente. A culpa ou dolo nesses casos pode até existir, mas não terá importância para a configuração da obrigação de indenizar.

São esses os casos de responsabilidade objetiva, classificada como aquela que independe de culpa, em que não é exigido da vítima a comprovação de dolo ou culpa do agente para poder ter seu direito ressarcido. Ao autor da ação somente caberá a prova da conduta do agente e o dano resultante da mesma.

Diniz (2009) nos explica que na responsabilidade objetiva o agente deverá ressarcir o prejuízo causado mesmo sendo isento de culpa, pois o dever de ressarcir estabelecido por lei ocorrerá sempre que ficar apurado o dano decorrente de um fato lesivo.

Além dos casos já previstos em lei, pode a responsabilidade objetiva decorrer em razão de atividade exercida pelo agente, pelo perigo e prejuízo que este, no exercício de suas atividades, possa causar à integridade de terceiros.

Ressalta-se que esse perigo deve sempre resultar do exercício da atividade que o agente desempenha e não de sua condição subjetiva. Fixa-se unicamente no

elemento objetivo, ou seja, na relação existente entre a conduta praticada em razão do exercício da atividade e o dano produzido.

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida. (GONÇALVES, 2010, P. 53)

Em razão disso, todo aquele que no exercício de sua atividade lícita causar danos a terceiros, terá que responder pelo risco inerente a essa prática.

Neste caso de responsabilidade, Diniz (2009, p. 55) defende que

[...] a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexu causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexu de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.

Portanto, mesmo tendo o Código Civil se embasado na regra de que a resposanbilidade é subjetiva, exigindo-se a culpa ou dolo como fundamento da reparação do dano, o nosso ordenamento também reconheceu a responsabilidade objetiva.

É o que conclui-se da análise do art. 927 e parágrafo único do Código Civil, *in verbis*

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Referido artigo deixa explícito que além do ressarcimento do dano advindo de ato ilícito (responsabilidade subjetiva), há também a obrigação de reparar o dano independente de culpa nos casos previstos em lei ou quando a atividade exercida pelo agente, em sua natureza, implicar riscos a terceiros (responsabilidade objetiva).

2.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Segundo Gonçalves (2010, p. 44):

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

O dano ocorrido pelo descumprimento de uma obrigação contratual, ou seja, pela não observância do estipulado previamente em contrato, acarreta na responsabilidade civil, na indenização por perdas e danos regulada no art. 389 do Código Civil, *in verbis* “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Por outro lado, pode a responsabilidade derivar da violação de um dever geral, advinda do ilícito extracontratual, também chamada de responsabilidade aquiliana, nos termos do art. 186 do mesmo diploma: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Essa dualidade de tratamento existente no instituto da responsabilidade civil vem sendo criticada na doutrina, porém, Varela (*apud* GONÇALVES, 2010, p. 45) é um dos doutrinadores que adotam a teoria predominante, qual seja, a teoria monista ou unitária, baseando-se na idéia de que independente da maneira pela qual se apresenta a responsabilidade civil, esta, em seus efeitos, é uniforme.

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

No entanto, mesmo tendo seus efeitos uniforme, vale ressaltar brevemente algumas distinções que elas apresentam.

A responsabilidade contratual possui base na convenção, vinculando as partes ao que foi previamente estipulado. Possuem, portanto, um vínculo negocial, que quando violado pelo descumprimento ou inexecução da obrigação, gera a responsabilidade pelos danos causados.

Já a responsabilidade extracontratual é a que advém da inobservância de obrigação geral, isto é, decorre da violação de uma obrigação imposta por lei, as partes possuem um vínculo legal, que quando violado acarreta na responsabilidade.

Contudo, a maior distinção existente entre elas é pertinente a prova, sendo que na responsabilidade contratual, basta o indício de que a parte descumpriu o contrato e que essa inadimplência causou um dano ao lesado. Nesse caso, a culpa do causador do dano é presumida, invertendo-se o ônus da prova.

Já na responsabilidade extracontratual, o lesado é quem deverá provar todos os pressupostos da responsabilidade civil, inclusive a culpa ou dolo daquele que infringiu a norma.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado passou por uma lenta evolução, refletindo cada momento histórico e vivendo fases bem distintas até chegar ao conceito de responsabilidade objetiva hoje instituída.

Sua consagração, estabelecida no texto constitucional, foi objeto de grandes, porém de lentas transformações. Desde a teoria da irresponsabilidade absoluta do Estado, propagando-se pela teoria civilista e pela teoria publicista, até se chegar ao conceito de que o Estado responderá objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Oportuno se faz analisar cada uma dessas teorias e suas constantes evoluções.

3.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

No Estado Absolutista, o rei ou monarca era a representação do Estado e do Direito, o seu poder era ilimitado, possuía o livre arbítrio e toda e qualquer vontade sua se transformava em lei; não existia a possibilidade de reparação de danos, pois o Estado era soberano e absoluto.

Persistia o princípio da irresponsabilidade absoluta, o Estado não se responsabilizava pelos seus agentes e não poderia ser constrangido a reparar os danos por eles causados.

Essa teoria prevaleceu durante muito tempo, justificando-a pelo fato de que a soberania estatal era irresistível e o Estado não era passível de erro. A proposição

inglesa “*The king can do no wrong*”, (o Rei nada faz de errado) foi o preceito que dominou nesse período.

Nos dizeres de Gasparini (2011, p. 1111):

Negava-se tivesse a Administração Pública a obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados. Seu fundamento encontrava-se em outro princípio vetor do Estado absoluto ou Estado de polícia, segundo o qual o Estado não podia causar males a quem quer que fosse.

No entanto, mesmo que por um lado persistisse a irresponsabilidade do Estado, por outro, não existia o total desamparo dos administrados, visto que outra justificação veio com o intuito de que referida teoria prosperasse.

Alegava-se que o Estado, por ser pessoa jurídica, não possuía vontade própria, agia por mediação dos seus funcionários, eram eles que praticavam as condutas ou as omitiam e, portanto, a eles caberiam o ressarcimento e a total responsabilização.

Observa-se que nesse caso, o agente responderia em nome próprio e não como encarregado da administração.

Além da responsabilidade imputada diretamente aos funcionários, também se admitia a responsabilização somente quando leis específicas previssem expressamente a obrigação de indenizar.

Porém, com o enfraquecimento do absolutismo, o início do reconhecimento dos direitos do indivíduo, a crescente submissão do Estado ao Direito e principalmente pela forte influência do liberalismo, essas idéias, assim como a imunidade do Estado, passaram a perder forças.

3.2 TEORIA CIVILISTA

Ultrapassada essa fase de irresponsabilidade absoluta, procedeu-se ao reconhecimento da concepção da responsabilidade subjetiva, que atribuiu uma pequena parcela de responsabilidade ao Estado. Surgiu da idéia de que ele somente deveria se responsabilizar pelos atos de seus agentes quando estes agissem com culpa.

Contudo, antes dessa concepção, veio o entendimento de que o Estado, ao praticar atos de gestão, ou seja, de caráter administrativo, estaria atuando em posição de igualdade com todo e qualquer particular e, portanto, obrigado a responsabilizar-se pelos danos decorrentes de sua atuação.

Porém, era inevitável não questionar a contraposição existente na prática dos atos Estatais, visto que além dos atos de gestão, ocorriam os atos de caráter político, também chamados de atos de império, estritamente ligados a soberania e, portanto, incapazes de gerar a responsabilidade.

Diante desse empecilho, a teoria dos atos de império e de gestão foi suprimida com o surgimento da teoria da culpa civil. Por essa teoria não mais se diferenciavam os atos de império dos atos de gestão e o Estado responderia civilmente pelos danos causados, desde que seus agentes tivessem agido com culpa ou dolo.

Essa foi a primeira teoria que sustentou a responsabilidade civil do Estado, admitindo-se a existência de uma relação entre este e seus administrados.

O estágio da responsabilidade com culpa civil do Estado, também chamada de responsabilidade subjetiva do Estado, instaura-se sob a influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao particular. Por esse artifício o Estado torna-se responsável e, como tal, obrigado a indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente, que levava a culpa ou dolo do Estado. (GASPARINI, 2011, p. 1112)

Contudo, a responsabilidade estatal somente subsistiria se demonstrada ficasse a culpa do agente, sendo que nesse caso, a responsabilidade do Estado seria tratada de forma indireta.

O Código Civil de 1916, em seu art. 15 consagrou a teoria civilista da culpa, que prevaleceu até o advento da Constituição de 1946, ao dispor que

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

O Estado, portanto, era tratado de forma equivalente aos particulares, respondendo conforme as regras do direito privado, isto é, somente se comprovado restasse a culpa ou dolo.

Medauar (2003) atribui grande importância para referidas teorias, uma vez que impulsionaram o desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado, pois anteriormente, este era totalmente estranho a qualquer tipo de responsabilização.

Já na afirmação de Gasparini (2011, p. 1112):

A solução civilista, preconizada pela teoria da responsabilidade patrimonial com culpa, embora representasse um progresso em relação à teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, não satisfazia os interesses de justiça. De fato, exigia muito dos administrados, pois o lesado tinha de demonstrar, além do dano, que ele fora causado pelo Estado e a atuação culposa ou dolosa do agente estatal.

A teoria civilista da culpa, embasada nos princípios de direito privado, tornou-se inaplicável na medida em que ao particular caberia a prova da culpa para poder ter seu direito ressarcido. Da mesma forma, incabível a comparação entre o particular e o Estado, sendo que aquele, por ser a parte fraca na relação, necessitaria de uma maior proteção de seus direitos.

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de direito público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade (MEIRELLES, 2011, p. 698).

Dessa forma, necessário se fez uma maior atribuição de responsabilidade ao Estado, que por ser detentor de prerrogativas, poderia vir a causar inúmeros danos aos seus administrados.

3.3 TEORIA PUBLICISTA

A partir da idéia civilista da responsabilidade, surgiu outra teoria com o intuito de transportar a responsabilidade da culpa do funcionário para a culpa do serviço. Referida teoria trata-se da “falta do serviço” (*faute du service*) ou da “falta administrativa”, em que cabe ao Estado a reparação do dano sempre que houver o mau funcionamento do serviço, ou seja, quando ocorrer falha na própria Administração Pública.

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Essa noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou “falta do serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado (MELLO, 2011, p.1011).

A culpa do funcionário era afastada, ficando o Estado obrigado a reparar o dano decorrente da sua má administração. Não se perquiria a culpa subjetiva do agente, mas sim, a falta objetiva do serviço, sendo esse o fato gerador da obrigação de reparar os danos causados. Exigia-se, no entanto, a culpa chamada de culpa administrativa (GASPARINI, 2011).

Não obstante, essa teoria ainda possuía em sua base a idéia de culpa, pois à vítima caberia a prova do mau funcionamento ou da falha da administração, o que de certa maneira se tornava complexo, muitas vezes pelo fato de que para a Administração Pública, ainda não existe um padrão geral de funcionamento.

O êxito do pedido de indenização ficava, dessa forma, condicionado à demonstração, por parte da vítima, de que o serviço se houvera com culpa. Assim, cabia-lhe demonstrar, além do dano, que este lhe fora causado pelo Estado e a culpa do serviço, e isso ainda era muito à vista dos anseios da justiça (GASPARINI, 2011, p 1113).

Contudo, insta salientar-se que foi somente com o surgimento da teoria da falta administrativa que ocorreu a transição da doutrina baseada na idéia da culpa civil para a teoria objetiva do risco administrativo, cabendo àquele que fora lesado apenas a prova da conduta, do dano e do nexos causal entre eles, não se exigindo mais a culpa do agente ou do serviço.

Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que evolui de uma responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade objetiva, vale dizer, ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso (MELLO, 2011, p.1010).

As teorias denominadas de objetivistas partem da idéia de que toda e qualquer atuação da Administração envolve risco, devendo o Estado, na presença do prejuízo gerado a outrem, indenizar de forma que assegure a sua responsabilidade. Para tanto, se faz necessário a comprovação da atuação estatal e do nexos de causalidade entre a ação e o dano sofrido, dispensando-se o elemento subjetivo.

É cediço que o Estado, ao exercer suas funções, pode gerar situações de risco para os seus administrados, de tal modo, considera-se necessário que tolere o risco natural procedente de suas atividades.

Desta forma, determinada responsabilização não recai somente na prática de atos ilícitos, mas também dos atos lícitos decorrentes de sua atuação, haja vista que

o Estado somente pode atuar se prescrito em lei, ou seja, a Administração, pelo princípio da legalidade, atua de acordo com a lei.

Sobre determinada teoria, justifica Medauar (2003, p. 395) que

Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexos causal ou nexos de causalidade.

A ocorrência de dolo ou culpa do agente, assim como a discussão sobre licitude ou ilicitude de determinado ato e a qualidade do funcionamento da Administração não são necessários para o ressarcimento do dano, necessitando apenas da demonstração do nexos de causalidade entre a atuação do Estado e o dano sofrido.

Nessa teoria, a idéia da culpa é substituída pela de nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular (DI PIETRO, 2004, p. 551).

Outro fator significativo na teoria do risco administrativo é que o Estado pode demonstrar a culpa da vítima para excluir ou atenuar a sua indenização. Por consequência, são admitidas causas que excluem a responsabilidade civil, sendo que o Estado não será responsável por toda e qualquer circunstância, isentando-se quando não for o causador do prejuízo ou quando a situação de risco for inexistente ou irrelevante para o surgimento do dano.

Moraes (2002, p. 232) expõe que

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.

Pela teoria do risco administrativo, o Estado deve ser responsabilizado independente de culpa ou dolo do agente sempre que sua atividade configure um risco para os administrados e desde que desse risco ocorra um dano. Ao Estado, portanto, cabe assumir o risco inerente à suas atividades.

No entanto, outra teoria surgiu na tentativa de atribuir responsabilidade ao ente Público, qual seja a chamada teoria do risco integral, que obriga o Estado a reparar todo e qualquer dano em que esteja envolvido (GASPARINI, 2011).

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e a iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima (MEIRELLES, 2011, p. 700).

Dessa maneira, inadmissível a prova, por parte do Estado, da ocorrência de causas excludentes, reconhecendo-se sua responsabilidade em qualquer situação, assumindo, assim, todo e qualquer risco advindo de sua administração. Tal teoria, contudo, não prevaleceu.

No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, foi somente com o advento da Constituição Federal de 1946 que a responsabilidade civil do Estado passou a ser objetiva, isto é, independente da prova do dolo ou culpa do agente.

Art. 194 CF/46: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único: Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Aludida responsabilidade foi apoiada na teoria do risco administrativo, que obriga o estado a reparar dano provocado pela conduta da administração, havendo, ainda, a possibilidade da alegação de causas excludentes.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima (MORAES, 2002, p. 234).

A responsabilidade civil do Estado é, pois, objetiva, baseada na teoria do risco administrativo e para sua configuração basta apenas a prova do nexos causal entre o dano produzido e a conduta do agente público, sendo desnecessária a prova de sua culpa ou dolo.

Entende-se por responsabilidade objetiva a imposição que compete a alguém de indenizar a lesão causada na esfera juridicamente protegida de outrem, bastando-se, para configurá-la, apenas a relação entre a conduta e o dano (MELLO, 2011).

Certo é que varias foram as teorias adotadas para instituir a responsabilidade civil do Estado, porém, a culpa como fundamento do dever de indenizar perdeu sua essência e foi substituída pela doutrina objetiva da responsabilidade civil.

O antigo Código Civil, em seu art. 15, consagrou a responsabilidade subjetiva dominante em sua época, contudo, com o advento da Constituição Federal de 1946, referido dispositivo fora revogado.

Cumpra-se analisar, portanto, o § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que ao seguir a linha das Constituições anteriores, abandonou a teoria subjetiva da culpa do direito privado e instituiu a responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco administrativo.

3.4 O ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37§6º consagrou a responsabilidade objetiva do Estado ao dispor que:

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

A Carta Magna de 1988 renovou ao trazer expressamente no referido artigo a responsabilização das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos, bem como pela utilização da expressão agentes públicos, que engloba todo o indivíduo que exerce função pública, com ou sem vínculo empregatício e, portanto, muito mais abrangente do que funcionários públicos.

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório (MEIRELLES, 2011, p. 703).

Cumpra-se analisar referido dispositivo que se dedicou a responsabilidade objetiva do Estado. Para tanto, primeiramente, necessário uma breve análise de quem são as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público.

Compreendem-se no conceito de pessoa jurídica de direito público os integrantes da administração direta, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como as autarquias e fundações de direito público, incorporadas na administração indireta.

Ressalta-se que as entidades da administração indireta que explorem atividade econômica de natureza privada não se submetem a regra constitucional, bem como as empresas públicas e as sociedades de economia mista não prestadoras de serviços públicos, que responderão de acordo com as regras subjetivas previstas no direito privado.

Logo, para que se amoldem ao §6º do art. 37, as pessoas jurídicas de direito privado deverão necessariamente ser prestadoras de serviços públicos, estes caracterizados como a atividade prestacional de responsabilidade do poder público, como por exemplo, o serviço de fornecimento de água.

Di Pietro (2004, p. 99) conceitua serviço público como

Toda atividade material que a lei atribui ao estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Entende-se por agentes públicos todas as pessoas físicas que agem, com ou sem vínculo de emprego, em nome do Estado e, portanto, prepostos no desempenho de funções públicas.

Em vista disso, ao omitirem ou praticarem uma conduta, no exercício de suas funções, esta será de atribuição ao Estado e a ele caberá a responsabilização pelos danos causados. Para Di Pietro (2004, p. 431) “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta”.

Estão abrangidos no conceito de agentes públicos, os agentes políticos, os servidores públicos, os militares, os temporários e os particulares em colaboração com o Poder Público.

Quanto aos agentes políticos, estes são todos que compõem o governo em primeiro escalão, ou seja, são as pessoas investidas, nomeadas ou, ainda, eleitas e que possuem independência funcional no desempenho de suas atribuições, como por exemplo, o chefe do executivo e os parlamentares.

Já os servidores públicos são as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado com vínculo de emprego, mediante uma remuneração. Os servidores públicos em sentido estrito abrangem os funcionários públicos ou estatutários e os empregados públicos, contratados pelo regime da CLT.

Os militares são os que prestam serviços para as forças armadas, bem como à polícia militar e ao corpo de bombeiros; os temporários são aqueles contratados em

caráter excepcional e, por fim, os particulares em colaboração com o poder público são todas as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado, sem vínculo de emprego e mediante delegação ou requisição.

Para Gasparini (2011) o dano deve ser praticado necessariamente por um agente público, sob pena de não se ter caracterizada a responsabilidade objetiva. Contudo, da leitura do dispositivo constitucional em debate, entende-se que além da necessidade da conduta ser praticada por agente público, este deverá estar investido nessa qualidade, sendo obrigatório que o evento danoso resulte dessa prática.

Portanto, não há que se falar em responsabilidade do Estado quando o agente tenha agido como pessoa comum e não na qualidade de agente público, pois necessário que ao causar o dano esteja revestido em seus poderes.

O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público (MEIRELLES, 2011, p.703).

Conclui-se que para a configuração da responsabilidade objetiva faz-se necessário que as pessoas jurídicas referidas no texto constitucional sejam de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público; que se configure um dano causado à terceiro em decorrência dessa prestação de serviço e que tenha o agente público causador do dano agido nessa qualidade.

Por fim, ainda no artigo em debate, a Constituição Federal assegurou ao Estado o direito de regresso contra o responsável do dano para que este ressarça o expendido pela Administração na reparação da vítima. Trata-se da Ação Regressiva.

3.5 A REPARAÇÃO DO DANO E A AÇÃO REGRESSIVA

Da análise do art. 37, §6º da Constituição Federal, conclui-se que foi acolhida a responsabilidade objetiva do Estado frente aos danos causados por seus agentes, todavia, em referido dispositivo está abrangida tanto a responsabilidade objetiva quanto a responsabilidade subjetiva, senão vejamos: o poder público e seus delegados respondem de forma objetiva diante da vítima, baseando-se no nexo causal, já o agente causador do dano responderá de forma subjetiva perante à administração, baseando-se na culpa.

Diniz (2009, p. 645) esclarece que

O Estado responderá objetivamente, mas, se condenado a ressarcir dano causado a terceiro por ato lesivo de funcionário, que agiu culposa ou dolosamente, terá ação regressiva contra ele [...]. Logo, nas relações entre Estado e funcionário a responsabilidade será, portanto, subjetiva, visto que o direito de regresso da entidade pública contra o agente faltoso baseia-se na culpa deste.

O Estado se responsabilizará perante a vítima pelo dano causado através do agente público, sendo irrelevante a prova de culpa ou dolo para o ressarcimento, e somente o nexo causal entre a conduta e o dano será necessário como prova.

Contudo, o Estado, obrigado a reparar prejuízo, tem o direito de propor ação regressiva contra o causador do dano para reaver o que foi despendido em face da indenização, desde que se provado ficar a culpa ou dolo do agente. Nesse caso, cabe ao Estado a prova de que tenha o agente agido culposamente ou dolosamente.

A reparação do dano pode ser feita administrativamente quando a própria administração admitir sua responsabilidade e as partes acordarem quanto ao valor da indenização, de outro modo, a reparação somente se dará pela via judicial, mediante a propositura de uma ação de indenização.

A reparação de dano causado pela Administração a terceiros obtem-se amigavelmente ou por meio de ação de indenização, e, uma vez indenizada a vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, através da ação regressiva autorizada pelo §6º do art. 37 da CF (MEIRELLES, 2011, p. 708).

A possibilidade de ação regressiva do Estado já se encontra expressamente consagrada no texto constitucional, todavia, a controvérsia na doutrina e jurisprudência paira na possível aplicação do art. 70, III do CPC, *in verbis*: “A denunciação da lide é obrigatória...III-) àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

Denunciação da lide é forma de intervenção de terceiros, em que estes são chamados ao processo na espécie de *litsconsortes* para que, em caso de eventual condenação de sucumbência do denunciante, possam responder pela garantia do negócio jurídico.

Interpretações interessantes surgem acerca da aplicação ou não da obrigatoriedade da denunciação da lide do agente público pelo Estado nas reparações de dano, uma vez que cabe ao Estado o direito de ação regressiva pelo prejuízo que sofreu contra o causador do dano.

A corrente doutrinária contra tal obrigatoriedade evidencia que denunciar a

lide acarretaria em uma série de novas discussões, pois consistiria em introduzir novos fundamentos na ação principal, uma vez que a responsabilidade objetiva do Estado não necessita da comprovação de culpa ou dolo do agente. Além de que referida obrigatoriedade retardaria o andamento do processo, prejudicando a vítima.

Isso porque, na propositura da ação de indenização contra o Estado, a vítima não necessita fazer prova da culpa ou do dolo do agente causador do dano, porém, caso venha o Estado a denunciar a lide, este deverá inserir na ação principal os elementos que comprovem culpa ou dolo.

Nesse caso, o ingresso do funcionário na demanda, ajuizada originariamente pela vítima contra o Estado, ensejaria, em um único processo, a formação de duas lides, a saber: uma, referente à relação do Estado com o funcionário público, em que se faz necessária a demonstração de culpa ou dolo para a responsabilidade deste, e outra, entre o Estado e a vítima, na qual a responsabilidade do primeiro é objetiva. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 200)

Os adeptos da corrente contrária a obrigatoriedade da denunciação da lide defendem que mesmo que a ação de reparação de danos tenha ocorrido sem a denunciação da lide, o direito de regresso que possui o Estado não se esgota, podendo ser invocado em ação própria.

Isto porque, a própria Carta Magna, em seu art. 37§6º resguarda ao Estado o direito de regresso contra o responsável pelo dano nos casos de dolo ou culpa deste, sendo desnecessária a denunciação da lide para tanto.

Assim entende Moraes (2002, p. 236):

Entendemos não haver obrigatoriedade da denunciação da lide nessa hipótese, pois a Teoria do Risco Administrativo, adotada constitucionalmente, não exige demonstração de dolo ou culpa por parte do agente, sendo incabível e processualmente inadequado – em face da celeridade processual – discutir-se sua responsabilidade subjetiva que, repita-se, não excluirá a responsabilidade do Estado.

Medauar (2003, p. 400) nos explica que

A CF, art. 37§6º, responsabiliza o Estado pelo ressarcimento à vítima do dano, com base na prova do nexo causal; aqui se trata de relação de responsabilidade entre poder público e vítima [...], descabida a interferência de outra relação obrigacional; portanto, o art. 70, III, do Código de Processo Civil, deixa de prevalecer ante a regra Constitucional.

Portanto, quando vencido em ação de reparação de danos, restaria ao Estado propor a ação direta de regresso para reembolso, pois somente com o pagamento

já realizado seria justificável a pretensão regressiva contra o agente. A discussão sobre eventual dolo ou culpa do agente público deve, portanto, ser realizada em sede própria.

A ação de regresso promovida pelo Estado consiste em uma nova ação, ou seja, em uma nova demanda, em que após suportar o ônus resultante da conduta do agente público tem o direito de reaver aquilo que despendeu. Ressalta-se que nesse momento nascerá para o Estado a obrigação de provar culpa ou dolo do verdadeiro responsável pelo dano.

Não obstante, mesmo sendo minoria na doutrina, há os que se posicionam favoráveis a aplicabilidade da regra contida no art 70, III do CPC nos casos de responsabilidade estatal. Defendem que com essa modalidade de intervenção de terceiros a economia processual se faz presente, uma vez que a responsabilidade do agente seria apurada nos mesmos autos, sem a necessidade de interposição de uma nova demanda.

Argumenta-se também que o art. 70, III do mencionado dispositivo alcança todo e qualquer caso de ação regressiva, devendo ser aplicada também aos casos de responsabilidade estatal, até porque, não permitir a denúncia da lide restringiria um direito inerente ao próprio Estado.

Surge então o entendimento de que cabe a vítima escolher pleitear a reparação dos danos diretamente contra o agente público, contra o Estado, ou ainda, contra ambos como responsáveis solidários.

É o que compreende Mello (*apud* DINIZ, p. 645) expondo que o lesado poderá

[...] propor ação de indenização contra o funcionário, contra o Estado ou contra ambos, como responsáveis solidários nos casos de culpa ou dolo. A fazenda Pública poderá, quando acionada pela vítima, chamar o agente público à solidariedade passiva, se ele agiu dolosa ou culposamente. O Código de Processo Civil, art. 70, III, é aplicável à responsabilidade estatal, pois a norma constitucional (art. 37§6º) não defende o funcionário perante terceiros, mas o administrado e o Estado.

Diante da exaustiva divergência doutrinária a respeito, necessária se faz a menção da interessante posição adotada por Di Pietro (2004, p. 561):

Quando se trata de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, a denúncia não cabe, porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não arguida pelo autor; quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com arguição de culpa do agente público, a denúncia da lide é cabível, como também é possível o litisconsórcio facultativo (com citação da pessoa jurídica e de seu agente) ou a propositura de ação diretamente contra o agente público.

Ao admitir essa posição, a denunciação da lide somente será cabível se na ação principal a pretensão indenizatória posta em juízo tenha como fundamento, além da responsabilidade objetiva do Estado, a culpabilidade do funcionário. Assim, a denunciação da lide não acarretaria na introdução de um novo fundamento, sendo possível o litisconsórcio facultativo, ou ainda, a propositura da ação diretamente contra o agente público.

Diante disso, é obrigatório que o Estado chame como litisconsorte o funcionário causador do dano, fazendo valer o seu direito de regresso e assegurando ao responsável o pagamento direto da indenização.

Isso porque, a regra constitucional autorizadora do direito de regresso sem a necessidade de denunciação da lide diz respeito à relação entre Estado e vítima, quando esta alega como pretensão somente a responsabilidade objetiva do Estado, momento em que não se discute o dolo ou culpa do funcionário, mas o nexo causal entre a conduta e o dano.

Indiscutível é que cabe ao Estado, se condenado a indenizar a vítima, exercer o seu direito de regresso contra o funcionário culpado, com o escopo de reaver aquilo que foi pago ao lesado, traduzindo-se em dever e não em mera faculdade estatal, uma vez que referida ação regressiva possui relação com a defesa da coisa pública, não podendo o Estado dispor livremente desse interesse.

3.6 EXCLUDENTES E ATENUANTES

Para que se configure a responsabilidade civil do Estado é fundamental a existência do nexo causal entre a conduta estatal e o evento danoso, ou seja, necessário se faz que o dano produzido seja decorrente de atuação do Estado para que este seja obrigado a indenizar.

Quando o dano houver ocorrido por fato estranho à atuação estatal, não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado, e conseqüentemente, no ressarcimento do prejuízo sofrido.

Segundo Di Pietro (2004) o nexo de causalidade é o fundamento da responsabilidade civil do Estado, portanto, essa não deverá subsistir se o dano estiver atrelado a outras circunstâncias que não sejam imputáveis ao Estado.

A esses fenômenos que rompem com o nexo causal e exclui parcial ou totalmente a obrigação de reparar do Estado é destinado o nome de excludentes.

Como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.

(GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 101)

São causas excludentes da responsabilidade civil do Estado: a força maior, o caso fortuito e a culpa da vítima ou de terceiros.

Entendem-se como força maior as causas naturais, imprevisíveis e inevitáveis, que ocorrem sem a intervenção da vontade humana, e, portanto, inimputáveis ao agente estatal, como por exemplo, a ocorrência de terremotos e raios.

Nesses casos, diante da incapacidade de previsão de quais foram as causas determinantes e da impossibilidade de evitar referidos danos, o Estado está desobrigado a indenizar os prejuízos decorrentes de tal fenômeno. Para Gasparini (2011, p. 1115) “[...] demonstrado o estado de imprevisibilidade e de irresistibilidade do evento danoso, nada mais é necessário para liberar a Administração Pública da obrigação de indenizar o dano sofrido pela vítima”.

Evidente que não sendo o funcionamento do serviço público ou a conduta do agente estatal a causa do dano, e sim, a força maior, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que essas causas rompem o nexo causal, pois inexistente o pressuposto da conduta humana causadora do dano.

Porém, nos casos de prática de condutas omissivas, como por exemplo, a não realização de um serviço necessário, o Estado será responsável pela ocorrência de um fenômeno natural que traga dano aos particulares se a realização de determinado serviço não cumprido fosse necessário e suficiente para impedir o dano decorrente de sua omissão.

Dessa forma, por ser a omissão estatal o fato gerador do dano e, portanto, previsível suas consequências, o Estado será responsável pela reparação dos prejuízos causados, tendo em vista a presença do nexo causal entre a sua omissão e o dano. Contudo, quanto a esse assunto, ainda pairam diversas opiniões.

O caso fortuito, por sua vez, decorre de condutas humanas, capazes de gerar um dano alheio à vontade do agente, sendo, portanto, algo que não pode ser evitado pelas partes. O Estado, por consequência, não pode suportar o ônus da conduta lesante de terceiros, visto que determinado dano não ocorreu por consequência do seu comportamento, estando ausente o nexo de causalidade.

Ressalta-se que para a exclusão da responsabilidade de indenizar é necessário que o fato seja impossível de ser evitado e previsto, caso contrário, o Estado estará obrigado a indenizar a vítima.

A culpa da vítima também é considerada uma causa excludente de responsabilidade civil do Estado, pois, assim como as demais, quebra o nexo de causalidade, tendo em vista que o dano não se efetivou pela atividade do estado e sim, por culpa da própria vítima ou, ainda, por culpa de terceiro.

Essa culpa pode ser exclusiva, caso tenha a vítima culpa total sobre o evento danoso, ou concorrente, caso a conduta da vítima tenha sido fator contribuinte para o dano que sofreu, nesse caso, “ela e o Estado, em partes iguais ou não, contribuíram para a ocorrência do evento danoso. O dano, no caso, tem origem em dupla causa, pois decorrente da ação do Estado e do comportamento da vítima” (GASPARINI, 2011, p.1116).

A culpa da vítima, quando exclusiva, afasta a responsabilidade do estado, porém, na concorrência de culpas, isto é, quando o Estado e a vítima concorrem ao mesmo tempo para a produção do dano, a responsabilidade estatal permanecerá, mas será repartida e não excluída.

Trata-se, portanto, do que a doutrina chama de atenuação da responsabilidade do estado, visto que a gravidade desta será diminuída em decorrência da participação da vítima no evento danoso.

Conclui-se, portanto, que na culpa exclusiva da vítima há a quebra do nexo causal e o Estado se exime completamente da obrigação de indenizar, já em se tratando de culpa concorrente, o Estado deverá responder parcialmente, de acordo com a intensidade de sua participação no evento danoso.

Ressalta-se que diante desses fatos, para isentar-se da obrigação de indenizar, o Estado deverá provar a ocorrência da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro na produção do dano.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima. [...]. Havendo culpa exclusiva da vítima ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o *quantum* da indenização (MORAES, 2002, p. 234).

Essas excludentes procedem da coerência de que ninguém poderá ser constrangido a indenizar os danos oriundos de atos que não praticaram, ou ainda, que de maneira alguma contribuíram. Não pode o Estado se responsabilizar por uma circunstância que não deu causa.

Diante disso, tempestivo adentrar-se na discussão existente a respeito das condutas praticadas por omissão do Estado e na dificuldade que elas apresentam quanto sua natureza jurídica.

4 A OMISSÃO DO ESTADO E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

A responsabilidade por omissão é um dos temas mais controversos inerente ao estudo da responsabilidade civil do Estado, visto que mesmo com a consagração da responsabilidade objetiva, ainda se fazem presentes na doutrina posicionamentos divergentes sobre sua natureza jurídica.

No que tange a responsabilidade civil do Estado, o direito Brasileiro adota como regra a responsabilidade objetiva fundamentada na teoria do risco administrativo. Ocorre que esse entendimento, já consagrado na Carta Magna em seu artigo 37, § 6º, bem como no Código Civil em seu artigo 43, é pacífico apenas no que se refere às condutas comissivas.

Portanto, quando o agir do agente estatal for a causa da produção do dano, caberá ao lesado somente a prova do nexo causal entre a conduta e o dano causado, isentando-se da produção de prova da culpa do agente. Ao Estado, no entanto, caberá a indenização, tendo em vista que este assume o risco inerente a prática de suas atividades.

Todavia, o Estado ainda pode vir a causar prejuízos a terceiros através de omissões, sendo que nesse momento, a doutrina se divide entre a aplicabilidade da responsabilidade objetiva da mesma forma como sucedem os atos comissivos e a possibilidade dessa ser de ordem subjetiva.

Para a grande parte da doutrina, nos casos de omissão do Estado, a teoria aplicável seria a da responsabilidade subjetiva, uma vez que não seria toda omissão capaz de configurar um descumprimento de dever legal. Em vista disso, o Estado somente poderia ser constrangido a indenizar se provados ficassem a culpa ou dolo em sua omissão.

Por essa corrente, cabe à vítima, além do ônus de provar o nexo entre o dano e a conduta omissiva do agente, que essa tenha sido culposa ou dolosa, isto é, que o Estado poderia ter evitado o dano, contudo, foi negligente, imprudente, imperito ou, ainda, que sua omissão tenha sido praticada deliberadamente, momento em que se justificaria a reparação fundada na culpa.

Para tanto, baseiam-se no artigo 15 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

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

Mello (2011, p. 1021) é um dos doutrinadores que sustentam a aplicação desta teoria, sendo que em seu entendimento:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria 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 se obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentindo responsabilizá-lo se descumprir dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Na mesma acepção, Diniz explica que (2009, p. 652-653)

[...] em relação às intercorrências omissivas, o lesado deverá provar a alegada falta diante de um dever jurídico de atuar, o que caracteriza comportamento culposo da Administração, gerando a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade.

Neste caso, o Estado somente poderia ser constrangido a indenizar caso estivesse obrigado a impedir o evento danoso, isto é, caso existisse para o Estado o dever de agir e este se omitiu.

Logo, a responsabilidade do Estado por omissão seria responsabilidade por ato ilícito, pois o Estado, ao deixar de agir, age com negligência, viola um dever, uma norma que obriga a sua atuação; restando-lhe apenas reparar o dano que causou pela falta de observância de uma obrigação imposta.

Não existindo, porém, o dever de agir, não poderia o Estado ser responsabilizado pela sua inércia, ou seja, se o Estado não agiu, não pode ser responsabilizado como autor do dano, a não ser que tenha obrigação legal de impedi-lo.

No entanto, para essa doutrina, é necessário que além de obrigado a agir, por imposição legal, o Estado possa impedir o dano, visto que causado por fato estranho à sua vontade. Nos dizeres de Mello (2011, p. 1022):

Descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.

Ainda para os que defendem essa corrente, admitir-se a responsabilidade objetiva nos casos de omissão seria atribuir ao Estado à qualidade de segurador universal de todos os eventos ocorridos, até diante de fenômenos da natureza, como por exemplo, as enchentes. Afirmam que nesse caso, adotar-se-ia a teoria do risco integral.

Razoável seria, no entanto, verificar em cada caso concreto a negligência, imprudência ou imperícia ou, ainda, o dolo da omissão estatal, responsabilizando o Estado somente pelo descumprimento do dever legal de tomar providências obrigatórias.

Assim, no caso do exemplo acima citado, pela responsabilidade subjetiva, o Estado apenas seria responsabilizado se os danos ocorressem devido à falta de limpeza de bueiros que levaram à sua inundação. Neste caso, o Poder Público nada fez para evitar as consequências, porém, a ele caberia a obrigação de fazer.

Esse é o entendimento de Mello (2011, p. 1023):

Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estivessem entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de 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.

Ainda para os que reforçam a aplicação da responsabilidade subjetiva às condutas omissivas, o §6º do artigo 37 da Constituição Federal teria estipulado a responsabilidade objetiva somente para os comportamentos comissivos, pois em seus dizeres, contém a palavra “causarem”, ou seja, praticarem uma ação, e não uma abstenção. Para Gasparini (2011, p. 1127):

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

casos a culpa do Estado é presumida, invertendo-se, portanto, o ônus da prova. Sendo assim, não haverá responsabilidade objetiva por atos omissivos, devendo a vítima, nestes casos, provar a culpa do Estado, pois sua responsabilidade é subjetiva.

No mesmo sentido se posiciona Diniz (2009, p. 646):

O art. 37, §6º, da Carta Constitucional reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. Logo, para haver responsabilidade objetiva do poder público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele jamais haverá causa.

Salienta-se que nesses casos, os prejuízos seriam causados por acontecimentos alheios à vontade do Estado, pois a omissão seria apenas a condição do dano, isto é, o evento cuja ausência enseja a ocorrência da lesão. (DINIZ, 2009).

Na verdade, o Estado não seria o autor do dano, visto que não fora o causador, a sua omissão fora apenas a condição do dano e não a causa. (MELLO, 2011).

Sustentam que a omissão por si só não seria capaz de produzir o efeito danoso e para fundamentar sua posição, Mello (2011, p. 1022-1023) explica que “causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado”.

Corroborando a mesma idéia, Diniz (2009, p. 646) esclarece:

Causa é o evento que produz um efeito, e condição, o acontecimento cuja ausência permite a produção do efeito, não gera o efeito, mas sua presença é impeditiva dele. Onde: sua ausência permite a produção do efeito. Em suma, condição é o evento que não ocorre, mas, se tivesse ocorrido, teria obstado o resultado.

Mello (2011) ainda expõe que a omissão não deriva apenas da abstenção de conduta a que estava obrigado por lei a praticar, mas também quando o Estado ao agir, atuou insuficientemente, ou seja, abaixo dos padrões a que estava obrigado.

Aludido doutrinador complementa expondo que o Estado

[...] comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos. (2011, p.1022).

Por esse entendimento, os danos decorrentes de situações insatisfatórias derivam da denominada culpa do serviço ou falta do serviço que obriga o Estado

a indenizar quando o dano causado se der por conta do mau funcionamento do serviço. Porém, para tanto, imprescindível que o lesado faça prova da culpa ou dolo da Administração.

No entanto, desnecessário se faz a individualização do agente causador do dano, atribuindo a culpa ao defeito do serviço de uma forma generalizada. Para Diniz (2009, p. 647):

Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado era subjetiva, porquanto supunha dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. Tratava-se da culpa anônima ou falta de serviço [...].

Entende-se, assim, que é impossível atribuir a responsabilidade objetiva para o Estado, pois sua omissão procede do mau funcionamento do serviço, isto é, da falta do serviço e, portanto, da culpa anônima.

Como o dano não ocorreu através de uma ação, de uma atuação do Estado, e sim, de uma omissão do mesmo, a responsabilidade somente pode existir se evidente os elementos que distinguem a culpa.

Já para a parte minoritária da doutrina, a responsabilidade do Estado pela prática de atos omissivos deve ser objetiva, visto que consagrada no texto constitucional desde 1946 e adotada na Constituição de 1988 em seu artigo 37, §6º.

Ao contrário do que preconizam certos doutrinadores, para os que defendem essa corrente, a Carta Magna no referido dispositivo não faz distinção entre conduta comissiva e omissiva para a responsabilização do Estado. Para eles, introduzir a responsabilidade subjetiva para o Estado seria distinguir condutas, o que a própria Constituição Federal não faz.

Esse é o entendimento de Meirelles (2011, p.703):

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

Os que defendem a aplicação da responsabilidade subjetiva para as condutas omissivas possuem o artigo 15 do Código Civil de 1916 como seu fundamento. Já os que defendem a responsabilidade objetiva pela prática de omissões explicam que

referido artigo fora revogado pela Constituição Federal de 1988, assim como o próprio Código Civil de 2002 não se referiu a nenhuma possibilidade da responsabilidade subjetiva para o Estado e, portanto, incabível sua aplicação.

Meirelles (2011, p. 704) ainda expõe sabiamente:

Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução dos seus fins.

Neste caso, o simples fato do Estado ter escolhido mal o seu agente já é suficiente para que indenize os danos por ele causados, visto que a Carta Magna, ao estipular a responsabilidade civil do Estado, adotou a teoria do risco administrativo, cabendo à Administração assumir os riscos de sua atividade.

No caso específico da omissão, o Estado deve ser responsabilizado objetivamente pela inércia de seu agente, pois escolheu mal e deve assumir os riscos dessa escolha.

Defendem, ainda, que a responsabilidade deve ser objetiva pelo simples fato da dificuldade de prova, por parte do administrado, de que o serviço falhou ou operou erroneamente.

Ainda para essa corrente, a responsabilidade subjetiva não seria cabível por não atender aos anseios da sociedade, não podendo o Estado se esquivar da indenização alegando a falta de culpa do serviço, visto que seria como voltar no tempo da culpa civilista do Estado.

O Administrado, por ser mais vulnerável, deve ser protegido, sendo a responsabilidade objetiva uma garantia do princípio da igualdade material, que promove o bem estar da população, evitando abusos, injustiças e desigualdades, sendo essa a doutrina que melhor se adepta a síntese evolutiva da responsabilidade civil do Estado.

Diante desse disparate, surge a idéia defendida por Cavalieri Filho (2003), que expõe ser necessário, para que haja maior equidade nas decisões que envolvam a omissão do Estado, diferenciar a omissão genérica da omissão específica.

Para ele, quando a omissão for específica, isto é, quando existir um dever individualizado de agir e a omissão for a causa direta e imediata do não impedimento do dano, o Estado deverá responder de forma objetiva, como pode ocorrer, por exemplo, no caso de acidente ocasionado por motorista embriagado que minutos antes passara por blitz policial e fora liberado sem a devida investigação.

Observa-se que nesse caso, existia para o Estado a obrigação de agir, constatando e impedindo o tráfego do veículo, porém, este se omitiu ao liberar a sua passagem, o que ocasionou um posterior acidente de trânsito.

Já a omissão genérica é aquela que não ocorre através da inércia direta do Estado, essa não é individualizada e, portanto, atribui-se a responsabilidade ao próprio Estado, de uma forma genérica. Nesse momento, deve ser aplicada a culpa anônima ou a falta do serviço e, portanto, a responsabilidade subjetiva.

Utilizando-se do mesmo exemplo, o Estado não pode ser responsabilizado pelo acidente simplesmente pelo fato do motorista estar embriagado, sendo que para haver a sua responsabilização é necessária que fique comprovada a culpa estatal.

Diante disso, na responsabilidade do estado decorrente de conduta omissiva, é essencial que se observe qual foi o fato gerador do dano e quem estava obrigado a impedi-lo, ou seja, quem tinha o dever de praticar a conduta capaz de evitá-lo.

Da mesma maneira, Meirelles (2011, p. 704) explica que

[...] incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal.

De acordo com esse ensinamento, deve-se em cada caso concreto analisar se referida omissão foi específica ou genérica. Caso seja específica, o Estado deverá responder objetivamente, pois nesse caso existia um dever individualizado de agir, isto é, ao Estado cabia uma atuação positiva, porém, este se omitiu ocasionando danos a terceiros. Neste caso, a sua culpa não fará nenhuma diferença para apuração da responsabilidade.

Se a omissão for genérica, ou seja, atribuída genericamente ao Estado, sem condições da individualização do agente, deverá ser analisada a culpa do Estado

para saber se a ele caberia ou não o impedimento do dano, bem como se possuía condições para tanto.

Dessa maneira, a teoria mista atribui a responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de omissões, adaptando a teoria objetiva somente em casos específicos, naqueles em que ao Estado cabe o dever legal de agir, visto que deve garantir o bem de todos.

Contudo, adotando-se referida teoria, ao administrado ainda caberia a prova de que na omissão genérica ocorreu a falta do serviço, ou seja, o mau funcionamento da Administração.

4.2 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal ainda não se posiciona de forma unânime quanto às condutas praticadas por omissão do Estado. É o que se pode observar da análise da breve exposição de alguns julgados abaixo, que ora tendem para a responsabilização subjetiva, ora pela objetiva.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 37, § 6º, CF/88. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. FALTA DE CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ÁREA PÚBLICA. QUEDA DE ÁRVORE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS: SÚMULA STF 279. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV, DA CF/88. OFENSA REFLEXA. 1. O Tribunal a quo, a partir da análise dos fatos e das provas dos autos, concluiu que houve omissão, imputável ao poder público, que detinha o dever de conservação e manutenção de árvore, e concluiu pela responsabilidade subjetiva do agravante pelos danos causados à autora. Incidência, na espécie, da Súmula STF 279. 2. A jurisprudência dessa Corte está sedimentada no sentido de que as alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal – legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e juiz natural – podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 830461 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011).

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. FALTA DE CONSERVAÇÃO DE VIA PÚBLICA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. QUEDA EM BUEIRO ABERTO. ART. 37, § 6º, CF/88. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Em sede de recurso extraordinário não é permitido inovar com argumentos não abordados pelo acórdão recorrido. Ausência do necessário prequestionamento (Súmula STF 282). 2. Incidência da Súmula STF 279 para alterar conclusão do Tribunal de origem, que se limitou a aferir a responsabilidade subjetiva do município por ato omissivo específico, nos termos da teoria do *faute du service*. 3. Agravo regimental improvido. (AI 727483 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AGENTE PÚBLICO FORA DE SERVIÇO. CRIME PRATICADO COM ARMA DA CORPORACÃO. 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 213525 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008).

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. 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 nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. (RE 382054, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004).

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. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido. (RE 369820, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão do Município e o dano causado ao agravado. Precedente. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Agravo regimental improvido. (AI 742555 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. FALTA DE SINALIZAÇÃO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão da autarquia e acidente que causou morte do marido e filhos da autora. Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (AI 693628 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. DESABAMENTO PARCIAL DE MURO DA SEDE DA AUTARQUIA. MORTE DE MENOR. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão da autarquia e a morte do filho do autor. Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (AI 533937 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da RE n. 327.904, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 8.9.06, fixou entendimento no sentido de que “somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 470996 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009).

E M E N T A: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECCIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - 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 conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação

de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o “eventus damni” ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). - Filho recém-nascido acometido da “Síndrome de West”, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido. (RE 495740 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008).

Contudo, cumpre ressaltar que a tendência deste Tribunal é de se firmar quanto à responsabilidade objetiva do Estado também para a prática de atos omissivos, uma vez que referida responsabilidade visa atender aos anseios de justiça e da sociedade.

Importante passo se deu com o reconhecimento de repercussão geral pela segunda turma no Recurso Extraordinário nº 136861, em que se discute pela omissão da Prefeitura de São Paulo na fiscalização da comercialização indevida de fogos de artifício, que resultou em grave explosão.

Eis a decisão proferida:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR OMISSÃO (ART. 107, EC 1/69). EXPLOÇÃO DE LOCAL DESTINADO AO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. COMUNICAÇÃO PRÉVIA À AUTORIDADE MUNICIPAL COMPROVADA. EFETIVO PAGAMENTO DE TAXA PARA EXPEDIÇÃO DE LICENÇA. AUSÊNCIA DE PRECEDENTES ESPECÍFICOS. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO PLENÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

A Turma, ao apreciar agravo regimental interposto pelo município de São Paulo à decisão monocrática proferida pelo min. relator, reconheceu a existência de repercussão geral (art. 543-A, § 4º CPC) e, considerando a inexistência de precedentes específicos - responsabilidade civil do poder público por omissão relativa à fiscalização de local destinado ao comércio de fogos de artifício cujo proprietário requerera licença de funcionamento e recolhera a taxa específica -, deu provimento ao agravo regimental para submeter o recurso extraordinário a julgamento do Plenário, oportunizando-se às partes a possibilidade de sustentações orais.

(RE 136861 AgReg no Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 01/02/2011).

Segundo o próprio Ministro Gilmar Mendes, a responsabilidade por omissão possui “notória importância na responsabilidade civil do Estado e necessita ser pacificada pelo Plenário da Casa”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo evidenciar os aspectos controversos presentes na jurisprudência e principalmente na doutrina no tocante à responsabilidade civil do Estado por omissão.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado passou por uma grande evolução, desde a sua total irresponsabilidade até a já consagrada e atual responsabilidade objetiva. Para tanto, diversas foram as teorias criadas com o intento de atribuir ao Estado a responsabilidade pelos danos causados pela sua administração, visto que possui inúmeras prerrogativas.

Certo é que o Estado, ao atuar em prol de toda a coletividade, pode vir a causar danos insuportáveis aos administrados. Nada mais justo do que atribuir-lhe uma carga de responsabilidade compatível com sua imensa gama de poderes. Por isso, instituído ficou a responsabilidade objetiva do Estado, que propicia uma maior proteção aos cidadãos.

Quanto às condutas comissivas, pacífico é o entendimento de que elas seguem o prescrito no art. 37§6º da Constituição Federal. Contudo, quanto aos atos omissivos, ficou demonstrado que pairam sobre eles a discordância quanto à aplicação da responsabilidade objetiva.

Para a grande parte da doutrina, nos casos de omissão deve-se aplicar a teoria subjetiva, somente atribuindo a responsabilidade ao Estado caso este tenha agido com culpa.

Culpa esta chamada de culpa anônima, atribuída ao serviço, que ocorreu de forma negligente, imprudente ou imperita. Logo, a teoria subjetiva não atende aos anseios sociais, visto que o Estado poderá sempre se esquivar da indenização alegando a falta da culpa do serviço.

Admite-se que referida teoria possui fortes embasamentos e uma estrutura lógica. No entanto, ao adotá-la, necessário se torna que o administrado prove a culpa ou a falta do serviço, ou seja, o seu mau funcionamento. Isso faria que, de certa maneira, retrocedesse na escala evolutiva da responsabilidade do Estado, à época da culpa civilista, o que de forma alguma atende aos anseios da sociedade atual.

A teoria subjetiva se torna injusta na medida em que para o particular é demasiadamente difícil essa comprovação, sendo muitas vezes impossível. Além do mais, referida culpa civilista já foi abolida para a responsabilização do Estado.

Há tempos que houve a consagração de que o Estado assume os riscos de suas atividades. Portanto, estando sua omissão dentro de tais riscos, deve responder de forma objetiva, visto que ainda possui a prerrogativa de alegar em seu favor as causas excludentes de sua responsabilidade, o que não o torna, como preconiza alguns doutrinadores, um segurador universal.

Inoportuno é tentar aludir que a Constituição Federal tenha estipulado distinção entre as condutas comissivas e omissivas, visto que em nenhum momento estipula que para as omissões a responsabilidade deve ser tratada de maneira desigual.

Observa-se que aplicar a responsabilidade objetiva para os atos omissivos é se adequar a evolução da responsabilidade do Estado, pois promove o bem estar da população, evita abusos, contém as injustiças e as desigualdades.

Além do que, a instituição dessa responsabilidade acarreta no reconhecimento da isonomia, uma vez que o Estado deve ser submetido às mesmas regras que todo particular, que por ser considerado desigual, deve ser tratado na medida em que se desigualam.

Da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, percebe-se uma tendência de uniformização quanto às condutas omissivas, vez que é medida de justiça, não podendo mais o cidadão ficar à mercê da vontade do julgador. O próprio tribunal entende que a responsabilidade por omissão do Estado dever ser pacificada, visando à segurança da sociedade.

Dessa forma, de todo o exposto e sem a ambição de esgotar o tema, procurando apenas expor os aspectos relevantes, acredita-se que a pacificação da aplicação da responsabilidade objetiva quanto às condutas omissivas tornar-se-ia um instrumento ágil para atender ao nosso Estado democrático de Direito, que não mais diferencia os particulares e o Estado, devendo todos ser submetidos ao ordenamento jurídico.

6 REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Volume 7. 23ª Ed., reformulada São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. Volume 3*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª Ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro 4*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Alexo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª Ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.