



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PÚBLICO

JÉSSICA MACEDO TORRES SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
OMISSIVOS**

Salvador
2018

JÉSSICA MACEDO TORRES SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
OMISSIVOS**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Público.

Salvador
2018

JÉSSICA MACEDO TORRES SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
OMISSIVOS**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Público, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

Dedico o presente trabalho a todos que acreditaram em mim ao longo desta trajetória. Especialmente aos meus pais, meu irmão e a minha avó por todo apoio e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo incentivo, alicerce e paciência, sempre me ajudando nos momentos de maior dificuldade.

Aos professores da pós-graduação que efetivamente contribuíram para uma maior ampliação dos meus conhecimentos, fazendo com que eu me apaixonasse cada vez mais pela área do Direito Público. Em especial aos Professores Matheus Carvalho e Dirley Cunha Júnior.

Por fim, agradeço a todos aqueles que de alguma maneira colaboraram para o desfecho dessa monografia.

“A justiça inflexível é frequentemente a maior das injustiças”. (TERÊNCIO)

RESUMO

A presente monografia tem como estudo a Responsabilidade Civil do Estado por danos causados por seus atos omissivos, tema bastante discutido em razão das suas divergências doutrinárias. Uma parte da doutrina acredita que em caso de omissão do Poder Público, o ente estatal deve ser responsabilizado subjetivamente por prejuízos causados a terceiros, ou seja, bastando a existência da culpa para que o prejudicado seja indenizado. Uma segunda corrente doutrinária defende a tese de que a responsabilização nesses casos seja objetiva, necessitando a existência do dano, conduta omissiva do agente público e do nexo causal. A doutrina intermediária, por sua vez, acredita que para o julgamento desses casos se faz necessário a diferenciação entre omissão específica e omissão genérica; na primeira seria adotada a teoria objetiva, enquanto a segunda a subjetiva. Diante disso, para maior compreensão dessas controvérsias, através de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, estudo de dispositivos legais e de precedentes jurisprudenciais, é feita uma análise da evolução da Responsabilidade Civil da Administração Pública, dos seus elementos e requisitos, bem como das excludentes de responsabilização.

Palavras chaves: Responsabilidade Civil do Estado; Administração Pública; Responsabilidade Objetiva; Responsabilidade Subjetiva; Omissão; Conduta Omissiva; Evolução da Responsabilidade Civil; Excludentes de responsabilidade.

LISTA DE ABREVIATURA

CC – Código Civil de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal

RE. – Recurso Especial

REsp. – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

Min. – Ministro

Sumário

1 INTRODUÇÃO	11
2 NOÇÕES GERAIS	15
2.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.1.1 Responsabilidade Subjetiva	19
2.1.2 Responsabilidade Objetiva	20
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	22
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	25
3.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE	25
3.2 TEORIAS CIVILISTAS	26
3.2.1 Teorias do ato de impérios e de gestão	26
3.2.2 Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva	27
3.3 TEORIAS PUBLICITAS	27
3.3.1 Teoria da culpa administrativa ou <i>faute du service</i>	27
3.3.2 Teoria do Risco Administrativo	29
3.3.3 Teoria do Risco Integral	30
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	32
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CF/88	32
4.1.1 Agente causador do dano	34
4.2 REQUISITOS	35
4.2.1 Dano	35
4.2.2 Conduta	37
4.2.3 Nexo causal	38
4.3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	39
4.3.1 Culpa exclusiva da vítima	39
4.3.2 Caso fortuito ou força maior	41
4.3.3 Fato exclusivo de terceiro	43
5 DA REPARAÇÃO DO DANO	45
5.1 Prazo prescricional	46
6 DO DIREITO DE REGRESSO	47

7 RESPONSABILIDADE POR ATO COMISSIVO	51
8 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	54
8.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS	55
8.1.1 Corrente Subjetiva	55
8.1.2 Corrente Objetiva	58
8.1.3 Omissão Específica X Omissão Genérica	59
9 POSICIONAMENTO DO STJ	63
10 POSICIONAMENTO DO STF	66
11 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia busca fazer uma análise acerca da responsabilidade civil em decorrência da conduta omissiva do Estado. Primeiramente, inicia-se o estudo com a compreensão da Responsabilidade Civil, instituto que tem por objetivo garantir à vítima a reparação de um prejuízo que lhe foi causado por um agente, através de um descumprimento de uma obrigação contratual ou extracontratual, de modo a recolocar o prejudicado no *status quo ante*.

Nesse contexto, é feito um estudo acerca das duas modalidades de responsabilidade civil, quais sejam: a subjetiva e a objetiva. O primeiro tipo se configura quando o causador do dano agiu com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ou seja, não havendo esses pressupostos, não há dever jurídico de reparação do dano. Na modalidade objetiva (teoria do risco), por sua vez, provado o dano e o nexo causal, surge o dever de reparação, independentemente de culpa, bastando somente que a atividade exercida esteja sob o controle do agente.

Posteriormente é feito um estudo sobre a evolução da responsabilidade civil do Estado e as suas teorias. Inicialmente analisa-se a Teoria da Irresponsabilidade, na qual, amparada pela ideia de que “o Rei não pode errar” (*the king can do no wrong*) e que ele estava acima de tudo e de todos, o Estado era soberano e em nenhum momento seria responsabilizado.

Em seguida, examina-se a Teoria Civilista e as suas fases, ambas baseadas na ideia de culpa. A primeira delas dependia da diferenciação entre atos de império e atos de gestão, ou seja, caso o Estado realizasse um ato de gestão, o mesmo poderia ser civilmente penalizado; contudo, caso o ato fosse de império, não haveria responsabilização, vez que a Administração estaria protegida e amparada pelas normas de direito público. Na segunda fase, a da Culpa civil ou da Responsabilidade Subjetiva, entende ser necessário a existência da conduta do Estado, do dano, do nexo de causalidade e do elemento da culpa ou dolo do agente, para que o Estado possa indenizar terceiro prejudicado.

Por fim, é feito um estudo sobre as Teorias Publicitas, na qual se destacam a Teoria da culpa administrativa ou da falta do serviço, que busca responsabilizar o

Estado pela inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço público; a Teoria do Risco administrativo, que exige a presença de três requisitos: o dano, a conduta do estado e o nexos causal, para a responsabilização estatal, admitindo-se causas de excludente de responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiro); e a Teoria do Risco Integral que acredita que mesmo nos fatos em que se comprove culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente de terceiro, o Estado será responsável, como é o caso de acidentes nucleares, atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras.

A partir de então, entra-se, efetivamente, no estudo da responsabilidade civil do Estado, que é a obrigação que lhe incumbe de reparar os danos causados a terceiros em razão de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, imputados aos agentes públicos. Disciplinada pelo seu art. 37, §6º, a Constituição Federal estabelece que tanto as pessoas jurídicas de direito público, quanto as de direito privado prestadoras de serviços públicos irão responder pelos danos que seus agentes, no exercício da função, causarem a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso.

Nesse contexto, entendendo que a Constituição estabelece a responsabilidade objetiva para o Estado (na modalidade do Risco Administrativo), busca-se um maior aprofundamento nos seus requisitos, quais sejam: o dano, a conduta e o nexos causal. O dano é o prejuízo causado a terceiro que, além de uma lesão econômica, causa uma lesão a um direito juridicamente tutelado. A conduta, por sua vez, trata-se de um ato de um agente público que pratique no exercício da sua função ou na qualidade dele. Por fim, o nexos causal é o elo que liga a conduta do agente ao dano causado a terceiro. Sem esses três elementos, não há que se falar em responsabilização do estatal.

Com efeito, no tópico referente as excludentes de responsabilidade, analisa caso fortuito e a força maior, considerados fatos inevitáveis; a culpa exclusiva da vítima; e o fato exclusivo de terceiro. Todos esses eventos rompem o nexos causal entre o dano e a conduta estatal e, por isso, não há que se falar em responsabilização do Estado e indenização do particular. A respeito dessa indenização, ela poderá dar-se amigavelmente ou por meio de ação de indenização movida contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público.

Já na temática central do estudo, analisa-se as correntes doutrinárias acerca da responsabilização nos casos de omissão estatal. Uma parte da doutrina acredita que nesses casos o Estado seja responsabilizado subjetivamente, ou seja, de acordo com essa corrente, ao praticar uma conduta omissiva, o Estado por não agir ativamente, não é o causador do dano, não estando obrigado a indenizar, podendo, somente, responder subjetivamente, com base na culpa anônima ou falta do serviço. Esse é o posicionamento da maioria dos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Outra corrente acredita que no art. 37, § 6º, ao não fazer distinção entre ação e omissão estatal, a Constituição estaria consagrando a Teoria do Risco Administrativo e, considerando presentes o nexos causal, a conduta do agente público e o dano, o Estado deveria ser responsabilizado objetivamente. Essa posição encontra-se em muitos julgados presentes no Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, há doutrinadores que entendem que para estabelecer a responsabilização do Estado em decorrência de condutas omissivas, precisa-se distinguir os dois tipos de omissão: a específica e a genérica.

A omissão específica ocorre quando há uma deliberação em lei para que o Estado exerça uma conduta determinada, ou seja, o Poder Público tem uma obrigação legal e específica de agir para impedir o resultado danoso e, caso não a faça, será responsabilizado objetivamente. Como exemplo temos os casos de briga, homicídio ou até mesmo suicídio em prisões. O Estado tem a obrigação de preservar a integridade física do detento e, nos casos da sua inobservância dessa lei, deve ser responsabilizado por tal dano.

A omissão genérica (imprópria), por sua vez, se caracteriza como conduta omissiva juridicamente reprovável e sua responsabilização só ocorrerá na modalidade subjetiva. Nesse caso, o Estado foi omissivo, não cumpriu seu dever genérico que lhe foi imposto e deve responder somente se for comprovada a sua culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Com efeito, na omissão genérica o Estado está submetido ao princípio da Reserva do Possível, ou seja, o dever que deveria ser prestado deve ser possível. Assim, nos casos de falta de segurança pública, o Poder Público só será responsabilizado nas ocasiões em que for efetivamente possível garantir tal segurança.

Nesse contexto, o presente trabalho busca, através de uma metodologia de pesquisa bibliográfica e do estudo de dispositivos legais específicos, fazer uma análise dos precedentes jurisprudenciais acerca do referido tema, dando enfoque nas divergências doutrinárias que se encontram tanto no STJ, quanto no STF. É o que se verá a seguir.

2 NOÇÕES GERAIS

2.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No âmbito no Direito Civil, para a responsabilidade civil interessa identificar a conduta que reflete na obrigação de indenizar, primando pelo dever de não prejudicar ninguém. Para se iniciar a compreensão desse instituto faz-se necessária o entendimento do binômio responsabilidade/obrigação e a sua relação com o dever jurídico.

A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que nasce a partir da violação de um dever originário, com a finalidade de recompor o dano causado. Conforme preconiza Sérgio Cavalieri Filho¹, "obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüentemente à violação do primeiro". Assim, a responsabilidade surge após o descumprimento de uma obrigação.

A Responsabilidade Civil é um ramo do direito civil que visa restabelecer entre as partes o equilíbrio anteriormente rompido, de modo a recolocar o prejudicado no *status quo ante*, surgindo a partir da prática de um ato ilícito pelo agente, com o surgimento da obrigação de indenizar, tendo como finalidade tornar *indemne* o lesado, colocando assim a vítima na situação que estaria sem a ocorrência do fato danoso. Vê-se, portanto, que:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ele mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ele pertencente ou de simples imposição legal. ²

A base de todo sistema de responsabilidade civil fixa-se sobre a tríade: conduta-nexo-dano. A conduta nasce da vontade direcionada, ou não, a um fim específico, e pode se resumir em um fazer ou não fazer. Esta conduta, além de abarcar a ação e

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 2

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34

omissão, necessita, sempre, de uma vontade direcionada a um resultado, seja este desejado ou não. Assim, conforme ensina Maria Helena Diniz³, a existência de uma ação por parte do agente consubstancia-se em um ato do próprio imputado ou de terceiros, ou em um fato de animal ou coisa inanimada.

A culpa é uma das formas de exteriorização do elemento subjetivo da conduta, que consiste na violação de um dever geral de cuidado e cautela, que leva a um resultado não querido pelo agente, mas que era previsível. Decorre de um desvio accidental, seja por imprudência, imperícia ou negligência, entretanto o agente não procura efetivamente causar o dano. Já o dolo surge como uma ação cuja vontade é conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito, ou seja, o agente tem a intenção de causar o dano à vítima.

Desse modo, apesar de diferentes, o dolo e a culpa geram sempre o dever de indenizar, não significando o mesmo grau de indenização. Na esfera da responsabilidade civil o que importa é reparar o dano, é o que ensina Sérgio Cavallieri, (2000, p. 42): “ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar (*in lege aquilea et levissima culpa venit*)”.

O dano, por sua vez, é um pressuposto essencial, uma vez que só haverá responsabilidade civil se houver um dano a ser reparado. Surge da infração voluntária ou não a uma norma preexistente, decorrendo, sempre, de uma conduta, seja ilícita ou, em casos excepcionais, lícita.

Assim, o dano deve existir, não importando a sua intensidade, pois mesmo o menor dos prejuízos importa no dever de indenizar. É o que conceitua Maria Helena Diniz⁴: “o dano pode ser definido como lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Este dano abrange os danos emergentes e os lucros cessantes. Entende-se como danos emergentes o que o lesado efetivamente perdeu, ou seja, é o *deficit* real e efetivo no patrimônio da vítima. O lucro cessante, por sua vez, caracteriza-se pelo que a vítima deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado.

³ DINIZ, op.cit., p 36-37.

⁴ Ibid. p.64

Entretanto, não basta que o agente tenha praticado uma conduta, ou que o a vítima tenha sofrido um dano, na responsabilidade subjetiva torna-se necessário que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, existindo assim uma relação entre o ato praticado e o efeito gerado à vítima.

Assim, faz-se obrigatória a existência de um nexo causal para que a responsabilidade seja caracterizada, ou seja, deve haver uma relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado dela. O nexo causal, portanto, é o elo de natureza lógica que identifica o autor da conduta ilícita e delimita o âmbito de responsabilização.

Em toda obrigação de reparar, o agente que provocou o dano deve procurar um estado que se aproxime da situação frustrada, e isso se processará:

- a) Pela reparação natural, isto é, restauração do *statu quo* alterado pela lesão, que poderá consistir na entrega da própria coisa que, p. ex. havia sido furtada ou de objeto da mesma espécie, em troca do deteriorado;
- b) pela indenização pecuniária quando for impossível restabelecer a situação anterior ao fato lesivo. (MARIA HELENA DINIZ, 2010, p. 68)

Entretanto, conforme ensinam Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona⁵, existem causas que isentam o agente da responsabilidade, ou seja, rompem o nexo causal e terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória, são elas: caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima; fato de terceiro; estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Existem divergências doutrinárias a respeito da diferenciação entre caso fortuito e força maior, entretanto, indiscutível é que ambos os casos estão fora dos limites da responsabilização. Sérgio Cavalieri Filho⁶ diferencia caso fortuito e força maior, afirmando:

Estaremos em face de caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável ainda que previsível, por se tratar de um fato superior às forças da natureza, como às tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149-169

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 71

Outra excludente de responsabilidade é a culpa exclusiva da vítima, ou seja, a conduta da própria vítima é o fato gerador do dano. Assim, a responsabilidade somente será afastada caso a vítima contribua efetivamente para o dano e o agente seja somente um mero instrumento do acidente. Todavia, caso a vítima opere em concorrência com o agente, ocorre a atenuação da responsabilização.

Na mesma linha, Pablo Stolze; Pamplona⁷ ensinam que o estado de necessidade “consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação”. Entretanto, caso o terceiro atingido não der causa a situação de perigo, poderá o agente pleitear ação regressiva contra o verdadeiro “culpado”.

Outra excludente de responsabilidade, a legítima defesa ocorre quando o agente se encontra em situação, atual ou iminente, de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro. Do mesmo modo, caso o agente, em sua defesa, atinja terceiro inocente, não será isento da obrigação de indenizar, cabendo ação regressiva contra àquele que foi o verdadeiro agressor.

Em sua lição, Stoco⁸ informa que "para que se possa afirmar que o fato de terceiro constitui causa estranha e atue como excludente da responsabilidade, o comportamento do terceiro causador do dano deve ser inevitável e imprevisto". Ou seja, um comportamento de um terceiro rompe o nexo causal, excluindo a responsabilidade civil.

Outrossim, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁹ anotam o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal, dispondo que caso o agente tenha praticado o ato que lhe é imposto, sem exceder ou proceder com abusos ou desvios, também incorre o afastamento da responsabilização.

Caso não ocorra nenhuma dessas excludentes, o agente passa a ter o dever de reparar os danos causados a vítima, seja por obrigação contratual, extracontratual ou

⁷ GAGLIANO, op.cit., p. 150

⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 261

⁹ GAGLIANO, op.cit., p. 154-157

por imposição legal. Assim, a este agente incidirá uma das modalidades da responsabilidade civil: subjetiva ou objetiva, sendo necessário o seu estudo detalhado para o bom desenvolvimento deste trabalho. É o que se observa a seguir.

2.1.1 Responsabilidade Subjetiva

A Responsabilidade Subjetiva é modalidade adotada desde Código Civil de 1916, que em sua concepção clássica tinha como regra a culpa provada. Mesmo com advento do Código Civil de 2002, que trouxe um entendimento mais moderno, cedendo espaço a uma responsabilidade civil baseada no risco, a responsabilidade subjetiva não foi afastada.

Nessa concepção clássica a culpa é utilizada como principal fundamento, sendo empregada em seu sentido amplo, *lato sensu*, enquadrando, desse modo, a culpa *stricto sensu*, bem como o dolo. Portanto, a responsabilidade do causador do dano só se configura se o mesmo agiu com dolo ou culpa, ou seja, não havendo esses pressupostos, não há dever jurídico de reparação do dano. É o que observam Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona¹⁰:

A culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.

Ocorrendo a prática de um ato lesivo com culpa ou dolo, o Código Civil impõe que tal ato seja reparado pelo agente do fato, partindo sempre do pressuposto de que sempre haveria a possibilidade de ter agido de forma diversa, conforme dispõe o Código Civil de 2002¹¹.

¹⁰ GAGLIANO, op.cit, p. 173.

¹¹ Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Da leitura dos artigos 186 e 927¹² verificamos que, a culpa do agente pode se manifestar, em seu sentido estrito, através da negligência, imprudência ou imperícia. A negligência se caracteriza quando há falta de observância do dever de cuidado, por omissão; a imprudência ocorre quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo, atuando contra as regras básicas de cautela; e na imperícia a culpa se exterioriza através da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica por parte do agente.

Assim, confirmada a culpa do agente, resta apenas a comprovação da existência de dano e nexos causal entre eles, para que, de acordo com a modalidade clássica e subjetiva, a vítima seja indenizada pelos danos a si causados.

2.1.2 Responsabilidade Objetiva

Ao longo dos anos, a clássica noção de culpa foi sofrendo transformações em sua aplicação, de modo que as noções de risco e garantia foram ganhando força nesse ramo do Direito Civil.

Somente no final do século XIX ocorreram as primeiras manifestações sobre a teoria da responsabilidade objetiva ou teoria do risco, com a grande evolução no ramo industrial e tecnológico. Embora a responsabilidade subjetiva continue sendo regra, existem inúmeras previsões expressas na lei que dispõem acerca da teoria objetiva, tendo como um marco o Código de Defesa do Consumidor¹³, que tem como regra a responsabilização do agente independentemente de culpa.

Citado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁴, J.J. Calmon de Passos sintetiza todo esse contexto histórico:

Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibrá-los. Nessas circunstâncias, fala-se em responsabilidade objetiva e elabora-se a teoria do risco, dando-se ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa.

¹² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹³ Lei 8.078/90

¹⁴ GAGLIANO, op.cit, p. 186.

A responsabilidade objetiva¹⁵ surgiu para ocupar as brechas deixadas pela modalidade subjetiva, de modo a não deixar um dano sem reparação, ou seja, não há uma substituição da teoria clássica, mas sim abrangência dos seus limites. Conforme observa:

A regra geral, que deve persistir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente aos casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva". (PEREIRA apud GONÇALVES, 2012, p. 49)

Nesta modalidade, provado o dano e o nexo causal, surge o dever de reparação, independentemente de culpa, bastando somente que a atividade exercida (perigosa e de risco) esteja sob o controle do agente. É a chamada teoria do risco, que Eugênio Facchini Neto, citado por Rui Stoco¹⁶ comenta:

Dentro da teoria do risco criado, destarte, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia do risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar.

Desse modo, conforme ensina Maria Helena Diniz¹⁷, é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, bastando a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente, para que surja o dever de indenizar. É o que também evidencia Rui Stoco¹⁸:

¹⁵ Art. 927. 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.

¹⁶ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 216

¹⁷ DINIZ, op.cit., p. 130

¹⁸ STOCO, op.cit., p. 214

A doutrina subjetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, dizia *Philippe Le Tourneau*, o juiz não tem que examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade formam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade.

Tenha-se, por fim, que a responsabilidade objetiva surgiu de maneira a assegurar a vítima maior garantia de reparação, de modo que se torna fundamental a sua convivência com a teoria subjetiva para ampliar essa proteção. Desse modo, para complementar compreensão da teoria objetiva, abaixo será feito um estudo sobre a responsabilização na relação de consumo, ora estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor¹⁹ (CDC) surgiu com a finalidade de balancear as relações de consumo, de modo que o consumidor não permaneça mais tão vulnerável em relação ao fornecedor, objetivando o seu equilíbrio.

Atuando como um divisor de águas no ordenamento jurídico brasileiro, o CDC estabeleceu os conceitos de consumidor e fornecedor. O primeiro é conceituado como pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como seu destinatário final, abrangendo também a coletividade de pessoas que intervêm na relação de consumo, conforme prevê o art. 2º do referido Código²⁰.

Já o segundo, de acordo com o art. 3º²¹, caracteriza-se por ser toda pessoa física ou jurídica pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolvem

¹⁹ Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

²⁰ Art. 2º: consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

²¹ Art. 3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação,

atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação e distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

Adentrando no tema da responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, adotou como regra a responsabilidade objetiva²², responsabilizando o fornecedor independentemente de culpa do consumidor, salvo nos casos de culpa exclusiva da vítima.

Segundo Carlos Robertos Gonçalves²³, existem duas espécies de responsabilidade reguladas pelo CDC: pelo fato e pelo vício do produto ou serviço. Ambas são de natureza objetiva, entretanto, na primeira o fornecedor é responsável pelos danos do produto ou serviço, ou seja, decorrentes de acidente de consumo, possuindo natureza extrínseca. Nesta espécie todos que sofreram o dano serão equiparados²⁴ a consumidor e, conseqüentemente, terão direito a indenização.

A segunda espécie, que trata do vício do produto ou serviço, ocorre quando existem anomalias que afetam o funcionamento do produto ou serviço, possuindo natureza intrínseca. Provém de um vício torna a coisa imprópria ou inadequada ao fim de que se destina, ou diminuem seu valor, não apresentando risco à saúde ou segurança do consumidor, mas acarretando como sua imediata consequência a sua indenização.

A responsabilidade do profissional liberal²⁵ é exceção à regra geral da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto ou serviço, uma vez que, nesse caso, a responsabilidade será através da verificação de culpa, conforme estabelece o art. 14, § 4º do CDC.

Resta patente que, a relação de consumo se baseia na responsabilidade pelo risco do negócio, ou na teoria do risco criado, pois quem assume uma atividade deve

construção, transformação, importação, exportação e distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

²² Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

²³ GONÇALVES, op.cit., p. 260

²⁴ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

²⁵ Art. 14, § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

arcar com os riscos dela, ou seja, a responsabilidade do fornecedor surge com a simples colocação do produto ou serviço no mercado, independentemente de discussão de culpa.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é um tema que ao longo dos anos passou por grandes transformações e inúmeras teorias, sendo necessário o estudo da sua evolução para maior compreensão de como chegamos na responsabilidade civil cabível no atual ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

Sustentada pela ideia de que “o Rei não pode errar” (*the king can do no wrong*) ou *Lê Roi ne peut mal faire* (o Rei não pode errar), a Teoria da Irresponsabilidade surgiu no período em que o Estado era absolutista e, baseado na sua soberania, era determinava como uma autoridade incontestável.

Nesse sentido, acreditava-se que o rei estava acima de tudo e de todos e, por tal razão, não poderia ser responsabilizado por nenhum prejuízo causado, uma vez que, em caso de ser culpado, o mesmo poderia ser rebaixado à condição de súdito. É o que ensina Matheus Carvalho²⁶:

O Estado não respondia por seus atos, era sujeito irresponsável. Já que o monarca ditava as leis, o Estado não admitia falhas. Era o que se costumava chamar de personificação divina do chefe de Estado. No Brasil, não tivemos fase da irresponsabilidade. Ainda nessa fase, alguns países já admitiam a responsabilização do Estado se alguma lei específica a definisse.

Na Teoria da Irresponsabilidade, portanto, o Estado, com autoridade incontestável, não tinha a obrigação de indenizar os danos causados por seus agentes. Nessa vertente, Dirley da Cunha Jr²⁷ conclui:

A ideia da irresponsabilidade era tão absurda e injusta que ela começou a ruir no século XIX dando ensanchas ao postulado democrático da responsabilidade. Os Estados Unidos e Inglaterra, últimos a resistirem a essa paradigmática mudança, abandonaram a teoria da irresponsabilidade, por meio do *Federal Tort Claim Act*, de 1946, e *Crown Proceeding Act*, de 1947, respectivamente.

²⁶ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo** - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 338

²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. – Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 332

3.2 TEORIAS CIVILISTAS

A Teoria Civilista, por sua vez, surgiu logo após a irresponsabilidade do Estado ter se enfraquecido e superada. Adotando os princípios do Direito Civil, essa teoria, baseada na ideia de culpa, teve duas fases.

3.2.1 Teorias do ato de impérios e de gestão

Na primeira fase, para responsabilizar o Estado, era necessário diferenciar os dois tipos de atitude estatal: os atos de império e atos de gestão. Para Hely Lopes²⁸ Meirelles, os primeiros são aqueles que contém uma ordem ou decisão da Administração para os administrados, enquanto o segundo é todo ato que ordena uma conduta interna da Administração e dos seus agentes.

A cerca dessa diferenciação, Maria Sylvia Di Pietro²⁹ ensina sobre atos de impérios e atos de gestão:

Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Assim, caso o Estado realizasse um ato de gestão, o mesmo poderia ser civilmente penalizado; entretanto, caso o ato produzido fosse de império, não haveria responsabilização, vez que a Administração estaria protegida e amparada pelas normas de direito público.

²⁸ MEIRELLES, op.cit., p. 89

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 842

3.2.2 Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva

Em oposição à Teoria dos atos de império e gestão, originou-se a segunda fase, a Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, na qual adotava-se a responsabilidade do Estado a partir do momento em que se demonstrasse a sua culpa. O fundamento dessa teoria é a intenção do agente público. Nessa fase, a Teoria da responsabilidade do Estado evoluiu e passou a admitir a responsabilização do Poder Público independentemente da existência de expressa dicção legal.

Desse modo, para que se fosse admitido a incidência desta teoria, era necessário a existência da conduta do Estado, do dano, do nexo de causalidade e do elemento da culpa ou dolo do agente³⁰. É importante destacar que a Teoria Civilista persistiu de 1874 até 1946, servindo de embasamento para Código Civil de 1916, em seu artigo 15³¹.

Com efeito, de acordo com Hely Lopes³², essa teoria foi perdendo espaço gradativamente, com a dominação das normas de Direito Público em relação as normas de Direito Privado.

3.3 TEORIAS PUBLICITAS

A partir desse momento começaram a surgir teorias amparadas nos princípios do Direito Público, são elas: teoria da culpa administrativa ou *faute du service*; teoria do risco administrativo; teoria do risco integral.

3.3.1 Teoria da culpa administrativa ou *faute du service*

De modo a desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa individual ou subjetiva do agente, surgiu a Teoria da culpa administrativa, também conhecida

³⁰ CARVALHO, op.cit, p. 338

³¹ Art. 15 As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

³² MEIRELLES, op.cit., 780

como culpa do serviço ou *faute du service*, que foi consagrada pela doutrina clássica, com o objetivo de não ser necessário identificar o agente administrativo que cometeu o dano, bastando, somente, provar que houve o mau funcionamento do servidor público e que este causou prejuízo a outrem. Diante disso, em sua obra, Carvalho Filho³³ conclui que:

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

Com efeito, Hely Lopes³⁴ afirma que essa teoria representa o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva e objetiva, e conclui:

É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa 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.

Conforme explana Dirley da Cunha³⁵, essa teoria tem como peculiaridade a existência de uma culpa anônima de serviço, sem individualização do agente público. Assim, para que ocorra a obrigação de indenizar é necessário a existência de três situações fundamentais, quais seja, inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço público. Em ambos os casos o ônus da prova é do particular.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 574

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes de. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 781

³⁵ CUNHA JÚNIOR, op.cit, p. 333

3.3.2 Teoria do Risco Administrativo

Pela teoria do Risco Administrativo, basta a relação entre o comportamento estatal e o dano sofrido pelo administrado para que surja a responsabilidade civil do Estado, desde que o particular não tenha concorrido para o dano. Essa teoria representa o fundamento da responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Assim, Hely Lopes³⁶ nos ensina:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

Nesse caso, se um particular for prejudicado por algum ato da administração, os danos decorrentes deverão ser compartilhados por toda a sociedade, justificando o direito à indenização custeada pelo Estado. De tal modo, Di Pietro³⁷ afirma que quando “uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário”. Destaca-se, então, as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸:

(...) entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

³⁶ MEIRELLES, op.cit., p. 781

³⁷ DI PEITRO, op.cit., p. 877

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 27a ed., 2010. p. 1007

Destarte, a teoria do Risco Administrativo exige a presença de três requisitos: o dano, a conduta do estado e o nexa causal, podendo o Estado se eximir da reparação do dano, caso comprove culpa exclusiva do particular ou ter reparação atenuada nos casos de comprovação de culpa corrente de terceiros.

A teoria do Risco Administrativo, portanto, é o fundamento da Responsabilidade Objetiva do Estado, uma vez que versa na obrigação de indenizar pelo dano causado, sem a necessidade de qualquer investigação sobre a conduta, bastando somente que tenha a presença do nexa causal entre o prejuízo causado e a ato do agente.

3.3.3 Teoria do Risco Integral

A teoria do Risco Integral, por sua vez, diferencia-se da teoria do risco administrativo pelo fato de não admitir causas excludentes da responsabilidade civil da Administração. Nesse caso, o Estado deverá suportar os danos sofridos por terceiros em qualquer hipótese. Acerca de tal diferenciação, Carvalho Filho³⁹ leciona:

Já no risco integral a responsabilidade sequer depende do nexa causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública. É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado,¹⁵ só sendo admissível em situações raríssimas e excepcionais.

Verifica-se, portanto, que mesmo nos casos em que se comprove culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente de terceiro, bem como nos casos de força maior ou caso fortuito, para a teoria do risco integral, o Estado estaria obrigado a indenizar o particular pelos danos sofridos. Grande parte da doutrina considera essa teoria bastante radical, vez que enxerga o Estado como garantidor universal. Nesse sentido Hely Lopes⁴⁰ leciona:

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

³⁹ CARVALHO FILHO, op.cit, p. 575.

⁴⁰ MEIRELLES, op.cit., p. 782

dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de "brutal", pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.

Atualmente, esta teoria é adotada em casos excepcionais como nos casos de acidentes nucleares⁴¹, atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras⁴².

⁴¹ Art. 21, XIII, "d" – CF: "a responsabilidade civil por danos nucleares independe de culpa".

⁴² Lei nº. 10.309, de 2001, e Lei nº. 10.744, de 2003.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Conforme anteriormente visto, a responsabilidade civil tem origem no Direito Civil, na esfera do Direito Privado, sendo a obrigação de indenizar um dano patrimonial decorrente de um fato lesivo causado por outrem. No Direito Público, por sua vez, a essa responsabilidade é uma modalidade de obrigação extracontratual. Assim, a responsabilidade civil do Estado é a obrigação que incumbe o ente estatal de reparar os danos causados a terceiros em razão de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, imputados aos agentes públicos⁴³.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CF/88

A Constituição Federal de 1988, em seu § 6º do artigo 37⁴⁴, disciplina a responsabilidade civil do Estado, estabelecendo que tanto as pessoas jurídicas de direito público, quanto as de direito privado prestadoras de serviços públicos irão responder pelos danos que seus agentes, no exercício da função, causarem a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso.

Desse modo, o referido artigo estabelece a responsabilidade objetiva do Estado, fundamentada na modalidade de risco administrativo, que será alcançada pelas pessoas de direito público, com a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, as autarquias e fundações públicas; bem como pelas pessoas jurídicas de direito privado como as empresas públicas e sociedade de economia mista, quando criadas para prestarem serviços públicos. Logo, as empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração da atividade econômica estarão sujeitas a uma responsabilização do Direito Civil.

Com efeito, além da administração direta e indireta, os particulares prestadores de serviço público, nos casos de concessão, permissão ou autorização, também são

⁴³ MELLO, op.cit., p. 983

⁴⁴ Art. 37, § 6º, CF - 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.

responsabilizados objetivamente por danos causados a terceiros usuários e não-usuários do serviço⁴⁵, e o Estado, por sua vez, tem a responsabilidade subsidiária.

É oportuno mencionar que a responsabilidade subsidiária não pode ser confundida com a responsabilidade solidária. Na responsabilidade solidária todos os obrigados respondem ao mesmo tempo, enquanto, na subsidiária, o Estado só é chamado caso o prestador de serviços não tiver condições financeiras de cumprir com sua obrigação. Portanto, o prejudicado não pode ficar desamparado.

Nesse sentido, Matheus Carvalho⁴⁶ exemplifica:

Ex.: ônibus - transporte público: passageiro sofre acidente dentro do ônibus e morre. A responsabilidade será objetiva da empresa prestadora de serviço público, bem como do ente estatal. Nesses casos, a responsabilidade do Estado é objetiva, porém subsidiária à da empresa prestadora do serviço. Em outras palavras, sendo o dano causado por uma entidade prestadora de serviços públicos, somente é possível a responsabilização do Estado após o esgotamento das tentativas de pagamento por parte da empresa pelos prejuízos causados.

Outrossim, a respeito do direito de regresso, este será na modalidade subjetiva, ou seja, o Estado só poderá reaver do seu agente ou responsável o que pagou ao lesado, quando a conduta do mesmo resultar de dolo (com intenção) ou culpa (imperícia, imprudência ou negligência). Sendo assim, mesmo que o Estado indenize o particular pelo dano sofrido, o agente, em caso de agir dolosamente ou culposamente, não se exime de ressarcir os prejuízos causados ao ente público, por meio dos valores gastos com a indenização.

Portanto, o artigo 37, § 6º, da CF estabelece dois tipos de responsabilidade: a primeira é a do Estado e seus delegados de serviços públicos perante quem sofreu o dano, tendo natureza objetiva; e a segunda é a responsabilidade do agente público perante o Estado ou seus delegados na prestação de serviço, de natureza subjetiva,

⁴⁵ RE 591.874/MS4: I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.

⁴⁶ CARVALHO, op.cit, p. 341

com base no dolo e na culpa⁴⁷. Para tanto, não é necessário a demonstração de culpa da administração no fato danoso, apenas se exige três elementos: a conduta, dano e nexa causal.

4.1.1 Agente causador do dano

A Constituição Federal de 1946, nos termos do art. 194, dispunha que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. De acordo com Sergio Cavalieri Filho⁴⁸, esse termo “funcionários”, em seu sentido técnico, era somente pessoa que ocupava cargo público, sujeito ao regime estatutário.

Nesse sentido, já com nova redação, ao trazer o termo “agente”, a Constituição Federal de 1988 ampliou o seu sentido, incluindo toda pessoa incumbida de algum serviço público, seja permanente ou transitório. Com efeito, Matheus Carvalho⁴⁹ conceitua:

Sendo assim, podem ser considerados agentes públicos aqueles que exercem função pública em virtude de relação trabalhista, em qualquer dos entes da Administração Pública Direta ou Indireta, seja este regime estatutário, mediante a nomeação de servidores que se submetem às regras definidas em estatuto próprio, seja um regime de emprego, por meio de contratação de empregados, sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, para prestarem serviços, mediante regime de emprego público.

Portanto, agente público é toda pessoa que atua em nome do Estado, ainda que temporariamente e sem remuneração, a qualquer título, com cargo, emprego, mandato ou função. Esse conceito abarca os agentes políticos, os servidores estatais (sejam eles temporários, celetistas ou estatutários) e também os particulares que atuam em colaboração com o poder público.

É importante destacar que o agente público causador do dano deve estar agindo na qualidade de agente e não como um particular, ou seja, deve estar exercendo ou a

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, op.cit, p.338.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 266

⁴⁹ CARVALHO, op.cit., p. 770

pretexto de exercer suas atribuições, caso contrário a responsabilidade será pessoal e regida pelo Direito Civil. É o que se pode observar no julgado do STF⁵⁰, na qual um policial militar, não agindo na condição de agente público, dispara contra sua ex-mulher, caso em que a responsabilização do Estado é afastada. Nesse sentido, Hely Lopes⁵¹ leciona:

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. 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, e não como pessoa comum.

4.2 REQUISITOS

A responsabilidade objetiva do Estado exige a presença de alguns requisitos, quais sejam: conduta, dano e nexos causal. Isto posto, para que ocorra a responsabilização do poder público é necessário que a conduta de um agente público, agindo nessa qualidade (ou a pretexto dela), gere um dano a terceiro, tendo, então, um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo causado.

4.2.1 Dano

O dano é o primeiro requisito necessário para a configuração da responsabilidade civil do Estado; entretanto, apesar de ser essencial, somente a presença de um prejuízo sofrido por um particular não é suficiente para requerer indenização ao poder público.

⁵⁰ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO CORPORAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORACÃO. POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA. Caso em que o policial autor do disparo não se encontrava na qualidade de agente público. Nessa contextura, não há falar de responsabilidade civil do Estado. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE: 363423 SP, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 16/11/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-03 PP-00467)

⁵¹ MEIRELLES, op.cit., p. 785;786

Com efeito, o dano deve ser jurídico, não apenas econômico, ou seja, além de uma lesão econômica, o dano deve causar uma lesão a um direito juridicamente tutelado, caso contrário não há que se falar em responsabilidade estatal. Por exemplo, os proprietários de bares e restaurantes não podem pleitear indenização em virtude do Estado ter retirado uma universidade pública próximo ao seu estabelecimento, em virtude de terem danos econômicos por causa da perda de clientes.

Ademais, o dano também pode ser material e/ou moral por força de atuação do poder público, ou seja, o dano deverá ser uma lesão a algum bem jurídico, ainda que seja um dano moral. Ex: erro da Polícia Federal ao citar o nome de Diretor da Petrobrás, que, na verdade, não estava envolvido na operação lava jato, enseja dano moral. O dano moral significa prejuízos experimentados na esfera íntima do indivíduo, atacando diretamente sua honra e sua reputação perante o corpo social. Podem ser cumulados os danos materiais e morais. Essa possibilidade de cumulação é autorizada pelo STJ⁵².

De tal modo, o dano, além de jurídico, necessita ser certo (real), ainda que atual ou futuro. Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³ leciona em sua obra:

Para que se nasça o dever público de indenizar é mister que o dano apresente certas características. (a) A primeira delas é o dano corresponder a lesão a *um direito* da vítima. Quem não fere direito alheio não tem por que indenizar. (...) (b) Para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja *certo*, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real.

Outrossim, em se tratando de comportamentos lícitos do Estado, além do dano ser jurídico e certo, terá que ser especial e anormal. Com efeito, Dirley da Cunha Júnior⁵⁴ elucida: “O dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo um prejuízo genérico. Dano anormal é aquele que excede os agravos normais que as vezes incidem sobre o patrimônio do administrado”.

⁵² Súmula 37 – STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª. Edição, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 1010 e 1012.

⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, op.cit, p. 344.

Portanto, não é cabível a responsabilização do Estado em casos como o de uma obra pública que acarrete poeira aos imóveis locais, ocasionando danos normais, como deterioração mais rápida da sua pintura.

4.2.2 Conduta

Não basta somente a existência de um dano, para reclamar a indenização é necessário a comprovação de que existiu uma conduta de um agente público agindo nessa qualidade, ou seja, é necessário que o agente público esteja no exercício de suas funções ou se aproveite dessa qualidade para causar o dano.

Citada por Matheus Carvalho⁵⁵, Di Pietro define:

"que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos" e, ainda, "que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada."

Nesse sentido, ainda que a conduta do agente seja praticada fora do exercício da função, mas na qualidade dele, o Estado deverá ser responsabilizado. Tem-se como exemplo, o caso em que um soldado, com a utilização de arma da corporação, na condição de policial militar, mas fora o horário de serviço, agride outrem para corrigir um grupo pessoas. Nessas condições, o STF no RE nº 160.410-SP⁵⁶, decidiu no sentido de responsabilizar o estado, uma vez que considerou que, apesar de não estar a serviço, o soldado utilizou-se da condição de militar para agir, causando prejuízos a terceiros por sua conduta.

De acordo com os ensinamentos de Lucas Rocha Furtado⁵⁷:

⁵⁵ CARVALHO, op.cit, p. 343

⁵⁶ Constitucional. Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. C.F., art. 37, §6º. I - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, §6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II - R.E. não conhecido. (STF. RE nº 160.401-SP, 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. Julg. 20.4.1999. DJ, 04 jun. 1999)

⁵⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 836

É possível concluir que restará caracterizada a oficialidade da conduta do agente quando este:

- Estiver no exercício das funções públicas;
- Ainda que não esteja no exercício da função pública, proceda como se estivesse a exercê-la;
- Quando o agente se tenha valido da qualidade de agente público para agir.

O requisito da oficialidade é igualmente discutido em razão da atuação do denominado agente de fato.

4.2.3 Nexo causal

O nexu causal é a relação de causalidade entre o fato administrativo (conduta do agente) e o dano causado a terceiro. Assim, significa dizer que o nexu causal é o elo que liga o dano a uma atividade do Estado. Para Cavalieri Filho⁵⁸, nexu causal é o “é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. Um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”.

Nesse contexto, cabe ao lesado demonstrar que o dano sofrido foi resultado de uma conduta de um agente público, não considerando nesse caso dolo ou culpa. “Afirmar que a responsabilidade civil do poder público é objetiva exonera a vítima do ônus de provar que houve, por parte daquele contra quem se demanda, culpa, mas não a libera do dever de provar que sofreu o dano e o nexu de causalidade”, é o que leciona Lucas Furtado⁵⁹.

Por conseguinte, para configurar a responsabilidade civil do Estado torna-se irrelevante a licitude ou ilicitude do ato lesivo, bastando tão somente a existência do dano, conduta e nexu causal. Nesse sentido, a 2ª Turma do STF, no RE 113.587/SP, julgou:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F. , 1967, art. 107. C.F./88, art. 37, par-6..

I. 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: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexu causal entre o dano e a

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, op.cit., p.49

⁵⁹ FURTADO, op.cit, p. 833.

ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa e irrelevante, pois o que interessa, e isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, e devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

II. Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação.

III. R.E. conhecido e provido. (STF - RE: 113587 SP, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 18/02/1992, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 03-04-1992 PP-04292 EMENT VOL-01656-02 PP-00382 RTJ VOL-00140-02 PP-00636) (grifos nossos)

Destarte, se o dano não puder ser imputado ao Estado, não haverá a responsabilização do mesmo, vez que não existindo o fato administrativo, não haverá o nexos causal. É por essa razão que não cabe indenização em casos de culpa da vítima e fato de terceiros.

4.3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Segundo a Teoria do Risco Administrativo, o Estado assume os riscos de suas atividades, indenizando, objetivamente, eventuais vítimas. Entretanto, no momento em que há uma quebra do seu nexos causal, admite-se hipóteses de exclusão de responsabilidade como é o caso da culpa exclusiva da vítima, do caso fortuito ou da força maior e do fato exclusivo de terceiro.

E é sobre ambos que trataremos a seguir.

4.3.1 Culpa exclusiva da vítima

Na hipótese em que a vítima cause o próprio dano, o nexos causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido é rompido, afastando, conseqüentemente, o dever de responsabilização do Estado. De tal modo, o cuidado que se deve ter é quanto à culpa concorrente, prevista no artigo 945 do CC⁶⁰, pois ela não exclui o dever de

⁶⁰ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

indenizar a vítima, apenas mitiga o valor do dano que a conduta do Estado causou à vítima. É o que doutrina Silvio Venosa⁶¹:

Quando ocorre culpa exclusiva da vítima, não podemos falar em indenização, pois o agente não contribuiu para o evento. Quando a culpa é concorrente da vítima e do agente, isto é, a vítima também concorreu para o evento danoso, com sua própria conduta, o julgador, geralmente, fixará a indenização mitigadamente, em montante inferior ao prejuízo.

Assim, quando o dano é provocado por uma pluralidade de causas, ou seja, quando o agente público e a vítima concomitantemente colaboram para o resultado lesivo, ocorre uma culpa concorrente e, por essa razão, a pena do Poder Público deve ser atenuada. A respeito de tal questão, Cavalieri Filho⁶² ainda leciona:

Cumpra, ainda, observar que, se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, de tal sorte que todas concorram adequada e eficientemente para o resultado, devem ser consideradas na determinação da responsabilidade ressarcitória do Estado. Em outras palavras, havendo concorrência de causas, a responsabilidade do Poder Público deverá ser atenuada ou circunscrita ao dano efetivamente causado pela atividade administrativa. Há quem não admita a atenuação da responsabilidade do Estado por entender que, sendo ela objetiva, inadmissível falar em culpa concorrente.

Nesse particular, registra-se jurisprudências acerca da irresponsabilidade do Estado. No primeiro caso o TJ-PR decidiu pela irresponsabilidade estatal, uma vez que o acidente foi ocasionado por culpa exclusiva da vítima, rompendo assim o nexo causal. Vejamos:

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE AÇÃO OU OMISSÃO DO ESTADO MATERIALMENTE VINCULADA AO ACIDENTE. IRRESPONSABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. De acordo com a teoria do risco administrativo, adotada pela CF/88 (art. 37, § 6º), a administração pública tem o dever de indenizar a vítima que demonstre o nexo de causalidade entre o prejuízo e o fato danoso ocasionado por ação ou omissão do poder público. Restando comprovado, através do conjunto probatório dos autos, que o acidente foi ocasionado por culpa exclusiva da vítima, não há como responsabilizar o município pelo evento. (TJ-PR - AC: 2790227 PR Apelação Cível - 0279022-7,

⁶¹ VENOSA, Silvio Salvo de. **Direito Civil – parte geral**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 560

⁶² CAVARIERI FILHO, op.cit., p. 264

Relator: Macedo Pacheco, Data de Julgamento: 14/07/2005, 19ª Câmara Cível, Data de Publicação: 09/09/2005 DJ: 6950) (grifo nosso)

O segundo caso foi julgado pelo TRF-1, decidindo pela culpa concorrente, uma vez que, apesar de ser obrigação da Administração manter a pavimentação da rodovia em condições adequadas de tráfego, a vítima encontrava-se em velocidade acima da permitida, dando ensejo a uma pluralidade de causa, resultando em uma mitigação dos valores arbitrados a título de indenização.

RESPONSABILIDADE CIVIL. BURACO EM MALHA RODOVIÁRIA FEDERAL. DEVER DO ESTADO DE GARANTIR CONDIÇÕES ADEQUADAS DE TRÁFEGO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. JURISPRUDÊNCIA HODIERNA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. ÔNUS DO ENTE PÚBLICO. NÃO COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE. COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

I. Comprovado que o acidente com veículo carreta se deu por causa de buraco na malha viária federal, ocasionando prejuízos à vítima, passível é a responsabilização civil do Estado, na modalidade objetiva, consoante a jurisprudência recente.

II. É dever da Administração manter a pavimentação da rodovia em condições adequadas de tráfego.

III. Prescindível o elemento culpa, nesse contexto, há de se imputar ao ente público o ônus da prova da causa excludente da responsabilidade civil, do qual não se desincumbiu.

IV. Entretanto, não se pode descuidar da culpa concorrente do autor, que trafegava pela via em velocidade acima da permitida, dando ensejo à mitigação dos valores arbitrados a título de danos materiais e morais. Precedente.

V. Apelo a que se nega provimento. (TRF-1 - AC: 00010762420054013200 0001076-24.2005.4.01.3200, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 16/11/2015, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 24/11/2015 e-DJF1 P. 591) (grifo nosso)

4.3.2 Caso fortuito ou força maior

Apesar das divergências doutrinárias a respeito dos seus conceitos, tanto o caso fortuito, quanto a força maior são considerados fatos inevitáveis e, por essa razão, ao romper o nexos causal entre a ação estatal e o dano, torna-se causas de excludente de

responsabilidade. O Código Civil⁶³ disciplina acerca dessas excludentes, entretanto não as diferencia, o que gera margem a vários conceitos.

Para Dirley da Cunha⁶⁴, “foçar maior é um acontecimento imputável ao ser humano, como a greve e o roubo, enquanto o caso fortuito é um evento da natureza, de que são exemplos a tempestades, os trovões e os raios”. Já Cavalieri Filho⁶⁵, acreditando que a imprevisibilidade é a característica do caso fortuito, e a irresistibilidade é o elemento da força maior, em seu livro apresenta outro conceito:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.

Entretanto, atualmente a relevância maior está na diferenciação do caso fortuito interno e o caso fortuito externo. No primeiro caso, o dano sofrido pela vítima tem relação com a atividade desenvolvida pelo agente (defeitos nos freios, estouro nos pneus, problemas de saúde dos motoristas ou pilotos), por isso, o dever de indenizar está mantido. No segundo caso, por sua vez, o dano não tem relação com a atividade desenvolvida pelo agente (assaltos, por exemplo), assim, o dever de indenizar está afastado.⁶⁶ Em sua obra, Rafael Carvalho⁶⁷ conclui:

A caracterização do caso fortuito como causa excludente denexo causal tem sido relativizada pela doutrina e jurisprudência. A partir da distinção entre “fortuito externo” (risco estranho à atividade desenvolvida) e “fortuito” interno” (risco inerente ao exercício da própria atividade), afirma-se que apenas o primeiro rompe o nexo causal. Vale dizer: nos casos de fortuito interno o Estado será responsabilizado.

⁶³ Art. 393: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único: o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, op.cit, p. 345.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, op.cit, p. 71.

⁶⁶ BRAGA NETTO, Felipe. **Novo tratado de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1019

⁶⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 759

Ressalta-se que o ônus da prova nos casos de caso fortuito ou força maior é invertido e cabe ao Estado provar a existência da causa de exclusão de responsabilidade.⁶⁸

4.3.3 Fato exclusivo de terceiro

O fato exclusivo de terceiro também ocasiona um rompimento do nexos causal e torna-se uma espécie de excludente de responsabilidade do Estado. Todavia, para maior compreensão, é necessário entender quem é esse terceiro. Citado por Cavalieri⁶⁹, Aguiar Dias define terceiro como sendo “qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado”.

Nesse sentido, quando um terceiro for efetivamente responsável pela conduta que gera o dano, há que se excluir a responsabilidade do Estado. Desse modo, Gisele Sampaio da Cruz⁷⁰ assinala:

A participação de terceiro na causação do dano pode ocorrer de maneira total ou parcial. Na primeira hipótese, o dano é causado exclusivamente por terceiro; na segunda, o terceiro é apenas co-partícipe, ou elemento concorrente no desfecho prejudicial. Apenas no primeiro caso é que se verifica a eliminação do nexos causal, com a consequente exclusão da responsabilidade do agente. Quando a participação do terceiro é parcial e o agente concorre com ele na produção do evento danoso, o agente também concorrerá na composição das perdas e danos.

⁶⁸ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO - DANOS MATERIAIS E MORAIS. - A responsabilidade do Município é objetiva e, conseqüentemente, independe da prova da culpa, bastando que se demonstre o nexos causal entre o acidente de trânsito e o dano. *Assim, em tais casos, o ônus da prova é invertido, vale dizer, ao Estado compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.* (TJ-MG 101880402420110011 MG 1.0188.04.024201-1/001(1), Relator: EDUARDO ANDRADE, Data de Julgamento: 23/10/2007, Data de Publicação: 14/11/2007)

⁶⁹ *Ibid.*, p. 69

⁷⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 180

Assim, por exemplo, nos casos em que um terceiro arremesse pedras contra concessionária de serviço público de transporte e venha a ferir um passageiro, não há que se falar em responsabilidade por se tratar de fato de terceiro.⁷¹

⁷¹ "CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. Arremesso de pedra, de fora do trem, causando lesões em passageiro, é ato de terceiro, estranho ao contrato de transporte, pelo qual a companhia transportadora não responde. Recurso especial conhecido e provido". (Resp n. 154.311/SP, Relator Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/4/2001, DJ 28/5/2001, p. 158).

5 DA REPARAÇÃO DO DANO

No que tange a indenização, a reparação do dano causado pela Administração ao particular dar-se-á amigavelmente ou por meio de ação de indenização movida contra a pessoa jurídica de direito público o de direito privado prestadora de serviço público. O particular que sofreu o dano praticado pelo agente deverá, pois, intentar a ação de indenização em face da Administração Pública, e não contra o agente causador do dano. A respeito dessa indenização Hely Lopes⁷² leciona:

A indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento. A liquidação desses prejuízos é feita de acordo com os preceitos comuns, seguindo-se a requisição do pagamento devido pela Fazenda Pública, na forma preceituada pelo art. 100 da CF e pelo Código de Processo Civil (v. cap. XI, item 7.3, Execução do julgado).

Nessa ação, bastará ao particular demonstrar a relação de causa e consequência entre o fato lesivo e o dano, bem como o valor patrimonial desse dano. Isso porque a responsabilidade da Administração é do tipo objetiva, bastando os pressupostos de nexo causal e dano para surgir a obrigação de indenizar.

A partir daí, cabe à Administração, para eximir-se da obrigação de indenizar, comprovar, se for o caso, que a vítima concorreu com dolo ou culpa para o evento danoso, podendo resultar três situações: se não conseguir provar, responderá integralmente pelo dano, devendo indenizar o particular; se comprovar que a culpa total foi do particular, ficará eximida da obrigação de reparar; se comprovar que houve culpa recíproca (parcial de ambas as partes), a obrigação será atenuada proporcionalmente.

⁷² MEIRELLES, op.cit., p. 791

5.1 Prazo prescricional

Tradicionalmente, a prescrição para as ações de reparação civil contra o Estado ocorre em 5 anos, conforme o disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32⁷³ e art. 1º-C da Lei 9494/97⁷⁴. Esses diplomas criaram, quando de sua publicação, um benefício ao Estado, porquanto o Código Civil de 1916 estabelecia o prazo de 10 anos, para as reparações civis, em geral. No entanto, o atual Código Civil reduziu o prazo prescricional para 03 anos para a reparação civil.

O entendimento prevalecente é de manutenção do prazo de 5 anos, uma vez que o Código Civil é lei geral e, portanto, não poderia alterar lei especial. Esse posicionamento, inclusive, foi adotado pela jurisprudência Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que, caso seja intenção do legislador alterar o prazo de prescrição das ações de reparação civil contra a fazenda pública, deve expor isso em legislação específica sobre o tema, revogando as disposições anteriores. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FUNÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/1932. ART. 206, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE.

1. Caso em que se discute se o prazo prescricional para o pagamento da indenização por desvio de função seria o trienal previsto no art. 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil, ou o quinquenal estabelecido no Decreto 20.910/1932.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que é quinquenal o prazo prescricional para propositura da ação de qualquer natureza contra a Fazenda Pública, a teor do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, afastada a aplicação do Código Civil. Precedentes: AgRg no REsp n. 969.681/AC, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17/11/2008; AgRg no REsp n. 1.073.796/RJ, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 1/7/2009; AgRg no Ag 1.230.668/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/5/2010. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012) (grifo nosso)

⁷³ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

⁷⁴ Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

6 DO DIREITO DE REGRESSO

O § 6º do art. 37 da CF garante o direito de regresso do Estado contra o agente público, nos casos em que, por dolo ou culpa, causar prejuízos a terceiro. A respeito desse direito, Carvalho Filho⁷⁵ leciona:

Ao dizer que o Estado pode exercer seu direito de regresso contra o agente responsável nos casos de culpa ou dolo, a Constituição vinculou as partes à teoria da responsabilidade subjetiva ou com culpa. Significa dizer que o Estado só pode ressarcir-se do montante com que indenizou o lesado se comprovar a atuação culposa de seu agente, o que, aliás, constitui a regra geral no direito privado.

Com efeito, segundo posicionamento recente do STF, o servidor somente responderá mediante ação regressiva, perante a Fazenda Pública, sendo esta imprescritível⁷⁶. Entretanto, não é possível acionar diretamente o servidor, ou o Estado e o servidor conjuntamente, por meio de litisconsórcio passivo facultativo. Observemos o referido julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição 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. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT

⁷⁵ CARVALHO FILHO, op.cit., p. 581-582

⁷⁶ CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 669069, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016)

VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78) (grifo nosso)

Tal entendimento e posicionamento jurisprudencial tem amparo no princípio da impessoalidade. Nesse viés, em sua obra, Matheus Carvalho⁷⁷ leciona no sentido de que “a conduta do agente público não deve ser imputada à pessoa do agente, mas sim ao Estado que está atuando por meio dele. Essa faceta do princípio da impessoalidade nada mais é do que a aplicação da teoria do órgão, ou teoria da imputação volitiva”.

Nesse seguimento, a segunda turma do STF julgou, em Recurso Extraordinário, que a autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados; entretanto, nas hipóteses em que agir com culpa ou dolo, e causar prejuízos a terceiros, poderá o Estado exercer seu direito de regresso.

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva.

2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica.

3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa.

4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88.

5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 228977, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, STF, julgado em 05/03/2002, DJ 12-04-2002 PP-00066 EMENT VOL-02064-04 PP-00829) (grifo nosso)

Assim, o Estado tem o direito de regresso quando o agente público pratica um ato com dolo ou culpa. A respeito da conceituação de ambos, Hely Lopes⁷⁸ leciona:

⁷⁷ CARVALHO, op.cit, p. 353

⁷⁸ MEIRELLES, op.cit., p. 616-617

Culpa e dolo são conceitos diversos. A culpa verifica-se na ação ou omissão lesiva, resultante de imprudência, negligência ou imperícia do agente; o dolo ocorre quando o agente deseja a ação ou omissão lesivo ou assume o risco de produzi-la. Um exemplo distinguirá bem as duas situações: se um motorista propositadamente atropelar um transeunte, desejando matar ou ferir cometerá um crime doloso; se o mesmo motorista atropelar um mesmo transeunte sem o querer, mas com imprudência, imperícia ou negligência, terá cometido um crime culposo. A diferença entre os dois ilícitos é subjetiva: varia segundo a conduta do agente. Assim, se o servidor causar prejuízo à Administração por negligência, imprudência ou imperícia na sua conduta, ficará sujeito à responsabilização civil e administrativa, mas pode não ficar sujeito à responsabilização penal, se não cometeu nenhum ilícito criminal.

Diante disso, quanto à ação regressiva, seus efeitos, por tratar-se de uma ação de natureza civil, transmitem-se aos herdeiros e sucessores do culpado. Portanto, mesmo após a morte do agente, podem seus sucessores e herdeiros ficarem com a obrigação da reparação do dano, sempre respeitado o limite do valor do patrimônio transferido – CF, art. 5º, XLV⁷⁹.

Pelo mesmo motivo, pode tal ação ser intentada mesmo depois de terminado o vínculo entre o servidor e a Administração, ou seja, nada impede, pois, que seja o agente responsabilizado ainda que aposentado, em disponibilidade, dentre outros. Nesse diapasão, o Estatuto dos Servidores Públicos⁸⁰, disciplina igualmente sobre essa ação regressiva.

Art. 46. § 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.

Art. 122. § 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

⁷⁹ Art. 5º, XLV, CF: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a condenação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido.

⁸⁰ Lei 8112/90.

O agente público ainda pode vir a responder em outras esferas, sobre isso Hely Lopes⁸¹ doutrina:

O ato lesivo do agente pode revestir ao mesmo tempo aspecto civil, administrativo e criminal, como é comum nos atropelamentos ocasionados por veículos da Administração. Em tais infrações, o servidor público responsável pelo desastre sujeita-se a ação penal e a ação civil regressiva da Administração para haver a indenização paga à vítima, nos termos, já analisados, do art. 37, § 6º, da CF, e ao processo interno da Administração, para fins disciplinares.

⁸¹ MEIRELLES, op.cit., p. 792

7 RESPONSABILIDADE POR ATO COMISSIVO

Conforme exposto anteriormente, toda conduta do Estado que ocasione prejuízo a outrem, tendo o dano origem direta com a ação estatal, gera dever de indenizar. Assim, o ato comissivo do Estado está caracterizado nos casos em que o Poder Público age, lícita ou ilicitamente.

Nesse sentido, a respeito dos comportamentos ilícitos, Dirley Cunha⁸² leciona que eles ocorrerão “em face da prática de a) atos jurídicos - como, v.g., a determinação de apreensão de determinado material, sem as formalidades legais. b) atos materiais - Como o fato de um carcereiro espancar um preso.” Já os comportamentos lícitos, por sua vez, ocorrem em face da prática de

a) Atos jurídicos – Como, v.g., a interrupção do fluxo de veículos em determinado local, causando significativos danos aos proprietários de edifícios-garage, devidamente licenciados.

b) Atos materiais – Como uma construção que desvaloriza o imóvel do administrado (ex.: o elevador Costa e Silva, conhecida como “minhocão”, em São Paulo, causou grande desvalorização imobiliária nos apartamentos de prédios próximos).

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸³ complementa que sobre os danos causados diante de uma conduta comissiva legítima, ou seja, lícita. Vejamos:

Com efeito, o Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, mediante conduta *comissiva legítima* e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria cogitar de culpa, dolo, culpa de serviço ou qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que supõe sempre ilicitude). Contudo, a toda evidencia, o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade. Quem aufere os cômodos deve suportar os correlatos ônus se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns benefícios a todos.

⁸² CUNHA JÚNIOR, op.cit., p. 338-339

⁸³ MELLO, op.cit., p. 1001

Desse modo, nos atos comissivos fica evidente a infração de certo dever e, sendo provado a conduta, onexo causal e o dano, a responsabilização será objetiva. É o que se observa no julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXCESSO COMETIDO POR POLICIAIS MILITARES NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO COMISSIVO DE SEUS AGENTES. **Cediço que a responsabilidade da administração pública, em se tratando de ato comissivo imputado aos seus agentes, é objetiva, bastando à vítima a comprovação do evento lesivo e do nexo etiológico entre este e a conduta do agente estatal, independentemente de culpa, nos termos do art. 37, § 6º, da CF.** INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Não restou verificado nos autos que os policiais militares tenham utilizado da condição de agente público para ameaçar os autores. Além do que ausente prova da ocorrência das ameaças. Hipótese em que evidenciado ser a pretensão indenizatória decorrente de conflitos de vizinhança entre um dos policiais militares e a parte demandante, não estando o agente investido em sua função pública, mas sim conduta decorrente de problemas particulares dissociados da qualidade de agente estatal. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058093170, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 27/02/2014) (TJ-RS - AC: 70058093170 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 27/02/2014, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/03/2014) (grifo nosso)

Assim, o caso de um agente público que provoca um acidente de transito, ao invadir a contramão de uma das vias, configura-se uma pratica uma conduta comissiva, ou seja, a ação desse agente que gerou o dano. Do mesmo modo, para Marçal Justen Filho⁸⁴:

O ato *comissivo* importa incompatibilidade material como dever 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 sua atuação será reprovável, sem necessidade de investigar profundamente os aspectos relacionados com a formação de sua vontade.

Destarte, tem-se que ação do agente público é uma forma de exteriorização da conduta humana, sendo considerada uma conduta positiva; enquanto a omissão pode ser considerada uma conduta negativa, ou seja, uma abstenção, um não fazer. Nesse

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1210

sentido, Hely Lopes⁸⁵ conclui que “daí a distinção entre o ato comissivo e o ato omissivo: o primeiro contém uma manifestação de vontade da Administração; o omissivo resulta de um não decidir, do silêncio da Administração”.

E é sobre essa conduta omissiva que trataremos a seguir.

⁸⁵ MEIRELLES, op.cit., p. 125

8 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Evidentemente que não é somente por ações que o Estado causa danos a particulares. Em inúmeros casos, a sua omissão, ou seja, o seu não agir ou o seu agir de modo insuficiente pode resultar também em prejuízos a outrem, suscitando o dever de indenizar por parte da administração pública. Por exemplo, o Estado como é responsável pela integridade física e moral do preso, responde por danos ocorridos na prisão, ainda que causados por detentos e não por agentes estatais. Outrossim, poderá ser responsabilizado também em caso de omissão de cuidar das vias públicas, quando essa omissão esteja ligada ao dano.⁸⁶

Citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁷, José Cretella Júnior leciona:

A omissão configura a culpa in *omittendo* ou in vigilando. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o *agente público omite-se*, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como o *bonus administrador*. Foi negligente. Às vezes imprudentes ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental.

A responsabilidade civil do Estado no caso de omissão é um tema polêmico, uma vez que a doutrina ainda não está pacificada, existindo dois tipos de correntes, a mais tradicional acredita na responsabilização subjetiva, enquanto a contemporânea se baseia na responsabilização objetiva. Acerca disso, Di Pietro⁸⁸ ainda acrescenta que “a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar”.

Entretanto, sabe-se que a questão de toda controvérsia se concentra na dúvida: o art. 37, § 6º, da CF, refere só à conduta comissiva do Estado ou também à omissiva? E é sobre essas divergências que trataremos a seguir.

⁸⁶ BRAGA NETTO, op.cit., p. 1043

⁸⁷ DI PIETRO, op.cit., p. 885

⁸⁸ Idem. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 709

8.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

8.1.1 Corrente Subjetiva

Grande parte da doutrina administrativa, entendendo que o artigo 37, § 6º da CF, se refere apenas a atividade comissiva do Estado, acredita que a responsabilização em casos de omissão será exclusivamente subjetiva, ou seja, para que gere o dever de indenizar deve estar caracterizada a culpa (negligência, imprudência ou imperícia). A Responsabilidade subjetiva aplicável, neste caso, não é aquela defendida pela Teoria civilista, que depende da demonstração de dolo ou culpa do agente público. Essa corrente acredita que basta a presença da culpa anônima, ou seja, a culpa da má prestação do serviço (*faute du service*).

A respeito da não inclusão da conduta omissiva no texto do artigo 37, § 6º, da CF, o renomado doutrinador Carvalho Filho⁸⁹, também defende a tese da responsabilização subjetiva nos casos de omissões estatais. Vejamos a opinião do referido autor:

Há mais um dado que merece realce na exigência do elemento culpa para a responsabilização do Estado por condutas omissivas. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei*”, o que indica que a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, pressupõe menção expressa em norma legal. Não obstante, o art. 43, do Código Civil, que, como vimos, se dirige às pessoas jurídicas de direito público, não incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, § 6º, da CF. Desse modo, é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos comissivos e que os omissivos só podem ser objeto de responsabilidade estatal se houver culpa.

Outro defensor da corrente subjetiva, Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁰ afirma que não basta somente a relação entre a ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Para se configurar a responsabilidade do estado é necessário existir uma obrigação legal de impedir o evento danoso. De tal modo, o doutrinador também informa que “é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido

⁸⁹ CARVALHO FILHO, op.cit., p. 590

⁹⁰ MELLO, op.cit., p. 1003

para impedir o dano ou não haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível”.

Nesse sentido, Dirley Cunha⁹¹ leciona:

Só existe a responsabilidade do Estado, insista-se, quando houver uma correlativa obrigação de agir (há, em contrapartida, um dever de agir do Estado) para evitar o dano). A omissão do Estado gera uma *responsabilidade subjetiva por culpa anônima*, caracterizada pela *faute du service*. Deve-se, portanto, demonstrar a culpa administrativa ou do serviço (mas não é a culpa ou dolo individual do agente). Assim, ocorre, por exemplo, quando o Estado não desentope as galerias pluviais e os bueiros de escoamento de águas, de modo que, em razão de chuva torrencial, se provoca uma enchente que alaga toda área, causando danos a proprietários de veículos e de imóveis; neste caso o Estado será responsável pelos danos, por culpa de serviço (o serviço não funcionou), respondendo, entretanto, subjetivamente.

Assim, na corrente subjetiva, a responsabilização do Estado depende da ocorrência omissão ilícita, ou seja, uma omissão que se caracteriza por não cumprimento do que estabelecido em lei. Nesse sentido, o Estado não responde por fatos da natureza como enchentes, raios, e também não responde por atos de terceiros ou atos de multidões, como passeatas e tumultos organizados, desde que tenha tomado as medidas possíveis a impedir o dano causado. Citada por Matheus Carvalho⁹², a doutrinadora e professora Fernanda Marinela complementa:

Apresenta-se mais uma exigência da responsabilidade por omissão a questão do dano evitável, quando era possível para o ente público impedir o prejuízo, mas ele não o fez. Aqui também cabe a discussão sobre assaltos em vias públicas, nos quais normalmente não há o dever de indenizar, por ser ato de terceiro, mas, se os guardas assistiam à ação do bandido e tinham como impedi-lo, mas não o fizeram, há descumprimento do dever legal e, por ser um dano evitável, reconhece-se a responsabilidade."

Com efeito, são diversos os julgados que entendem que nos casos de omissão estatal que gere danos a terceiros, o Poder Público responde subjetivamente por esses prejuízos causados. Nesse seguimento, o TJ do Distrito Federal, julgou também com base no entendimento da corrente subjetiva, o caso em que a omissão da administração pública, ao negligenciar a conservação de via pública, causou danos a

⁹¹ CUNHA JÚNIOR, op.cit., p. 339; 340

⁹² CARVALHO, op.cit., p. 348

um particular, no momento em que o mesmo teve o seu automóvel danificado. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUBJETIVA. OMISSÃO. VEÍCULO. BURACO. VIA PÚBLICA. NEGLIGÊNCIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS.

I - A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, por isso exige prova da culpa.

II - Demonstrada a negligência do Estado, pela ausência de conservação da via pública, assim como o nexo de causalidade entre a avaria no veículo e o buraco na pista, é procedente o pedido de indenização por dano material representado pela compra de um pneu novo e desempenho de roda.

III - O dano moral não ficou configurado, pois o fato de a autora estar sozinha, à noite, em via pública com pouca iluminação, embora tenha sido desagradável e gerado aflição e angústia, não violou os seus direitos de personalidade.

IV - Apelação parcialmente provida. (TJ-DF 20130110792905 0004408-57.2013.8.07.0018, Relator: VERA LUCIA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/06/2016, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/07/2016 . Pág.: 799/857) (grifo nosso)

Outrossim, o egrégio TJ de Minas Gerais, seguindo essa mesma linha, também responsabilizou subjetivamente o Estado pela omissão em não realizar a vedação de um bueiro localizado em via pública, omissão pela qual resultou em prejuízos a particulares.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DOLO OU CULPA. COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO.

Tratando-se de ato omissivo, a responsabilidade estatal é subjetiva, pelo que exige comprovação de dolo ou culpa, numa das três vertentes - negligência, imperícia ou imprudência - para gerar direito à indenização. Evidenciado o dano, o nexo de causalidade e a culpa administrativa, está representada pela desídia em efetuar a vedação de bueiro localizado em via pública municipal, mostra-se devida a indenização pelo ente público. (TJ-MG - AC: 10313100258208001 MG, Relator: Antônio Sérvulo, Data de Julgamento: 22/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/02/2013) (grifo nosso)

Diversos são as decisões jurisprudenciais que defendem a responsabilização subjetiva do Estado nos casos de que decorra com omissão. Entretanto, ainda nos Tribunais essa corrente não está pacificada, existindo outros inúmeros julgados em que a responsabilização objetiva é adotada. Outrossim, foi no STJ que a corrente subjetiva ganhou força e tantos outros doutrinadores passaram a adotar essa linha teórica.

8.1.2 Corrente Objetiva

Alguns doutrinadores entendem que não existem regimes diferentes para a responsabilidade civil do Estado e, para tal, tanto os atos comissivos, quanto os atos omissivos que causarem danos a terceiros serão analisados sob a perspectiva da tese objetiva. Nesse diapasão, Hely Lopes de Meirelles⁹³, grande doutrinador defensor dessa corrente, leciona:

Por isso, 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.

Com efeito, o jurista Rafael Oliveira⁹⁴ defende essa tese e afirma “ser objetiva a responsabilidade civil do Estado em virtude de suas omissões juridicamente relevantes, pois o art. 37, § 6º, da CFRB e o art. 43 do CC, que consagram a teoria do risco administro, não fazem distinção entre ação e omissão estatal”. Assim, seguindo essa corrente, o egrégio TJ de São Paulo⁹⁵, julgou a omissão estatal, em decorrência da falha na prestação de serviço que acarretou no em ferimentos e posterior óbito de um particular. Nesse caso, considerando presentes o nexos causal, a conduta do agente público e o dano, foi caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado.

⁹³ MEIRELLES, op.cit., p. 786-787

⁹⁴ OLIVEIRA, op.cit., p. 764

⁹⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. Transporte de paciente idosa do Hospital Santa Casa de Misericórdia de Sorocaba para sua residência. Ambulância a serviço da Prefeitura Municipal de Sorocaba. Maca desprovida de cinto de segurança. Paciente que caiu da maca pouco antes de ser colocada na ambulância. Ferimentos que resultaram traumatismo crânio encefálico que exigiu a realização de cirurgia. Piora do quadro com evolução para septicemia e óbito em menos de trinta dias. Falha na prestação de serviço público prestado diretamente pelo Município caracterizada. Responsabilidade Objetiva. Precedentes dos E. STF e STJ. Dano e nexos causal. Demonstração. Sentença que julga improcedente o pedido com relação á Santa Casa e parcialmente procedente a ação com relação ao Município, concedendo somente a indenização por danos morais, no importe de R\$ 50.000,00. Manutenção. Necessidade. Reexame necessário e recursos voluntários não providos. (TJ-SP - REEX: 00395177420088260602 SP 0039517-74.2008.8.26.0602, Relator: Paulo Galizia, Data de Julgamento: 12/08/2013, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 14/08/2013)

Sob esse prisma, é oportuno registrar também o que os doutrinadores Felipe Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal⁹⁶ lecionam:

A adoção da tese objetiva não significa, ao contrário do que pensam alguns, uma ampliação desmedida da responsabilidade estatal. O nexo impede que isso aconteça. O dano precisa resultar de uma omissão que esteja ligada a ele. A omissão, em outras palavras, precisa ser a causa do dano. Pensemos num exemplo. A morte de um detento por companheiros de cela – situação absurdamente frequente no Brasil – é um dano ligado a uma omissão estatal, porém, está nitidamente relacionada ao dano (cabe ao Estado sabemos, zelar pela integridade física e moral do preso, à luz do art. 5º, XLIX, da Constituição da República, dever que existiria mesmo que a Constituição nada estatuisse a respeito. A omissão, portanto, no caso, foi a causa direta do dano.

Assim, para uma parte da doutrina que acredita na amplitude do art. 37, § 6º, da CF, o Estado deve ser responsabilizado por danos causados decorrentes de sua omissão, sendo demonstrado o nexo causal, a conduta do agente público e o dano.

8.1.3 Omissão Específica X Omissão Genérica

Existe uma terceira corrente, intermediária, que defende a tese de que existem duas categorias de disciplina jurídica da omissão estatal e que cada uma delas tinha um tratamento jurídico diferente. Nesse diapasão, Marçal Justen Filho⁹⁷ que apresenta e diferencia os tipos de omissão estatal: específica (própria) e a genérica (imprópria).

De acordo com o referido doutrinador, a omissão específica ocorre quando há uma deliberação em lei para que o Estado exerça uma conduta específica, mas o mesmo se omite em fazê-la. Assim, o seu tratamento será equiparado a de um ato comissivo estatal, para efeito de responsabilidade civil. Cavalieri Filho⁹⁸ acrescenta que

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Em outras palavras, a omissão

⁹⁶ BRAGA NETTO, op.cit., p. 1045

⁹⁷ JUSTEN FILHO, op.cit., p. 1211 e 1212

⁹⁸ CAVELIERI FILHO, op.cit., p. 268

específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado.

Como exemplo temos o caso em que um particular cai em um bueiro e se fere. É notório que o Estado tem o dever de tapar os bueiros em vias públicas (dever específico) e a sua omissão, ao causar danos a outrem, deve ser considerada como se fosse ato comissivo, respondendo objetivamente. Foi o que decidiu o egrégio TJ do Rio de Janeiro:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO ESPECÍFICA. BUEIRO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. **É específica a omissão do Município em não dotar os bueiros de suas respectivas tampas.**
2. **Sendo, portanto, objetiva sua responsabilidade, deve indenizar o transeunte que ali cai e que sofre lesões, porquanto provados o evento, o dano e o nexa causal, sendo impertinente a prova da culpa.**
3. A ofensa à integridade corporal causa danos morais, estando adequado o valor indenizatório fixado.
4. Exclusão da condenação do apelante ao pagamento da taxa judiciária ante os termos da Lei Municipal nº. 5.261/11.
5. Apelação a que se dá parcial provimento. (TJ-RJ - APL: 01082247820108190001 RJ 0108224-78.2010.8.19.0001, Relator: DES. HORACIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO, Data de Julgamento: 18/03/2014, DÉCIMA QUINTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 24/04/2014 00:00) (grifo nosso)

Outrossim, a omissão genérica (imprópria) se caracteriza como pela omissão juridicamente reprovável, consistindo na infração de um dever diligência de forma genérica. Nesse caso, o Estado não está na obrigação de agir de maneira específica e, no caso de sua omissão, a responsabilização só ocorrerá na modalidade subjetiva, com a demonstração da culpa estatal. Como exemplo, temos o referido julgado do TJ do Rio de Janeiro, *in verbis*:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO GENÉRICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DA CULPA. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA, PELA IMPOSSIBILIDADE DA ONIPRESENÇA DO ESTADO.

- 1- A responsabilidade da Administração Pública, por descumprimento do seu dever de agir, decorre da sua omissão em evitar a realização do dano.
- 2- **Sendo genérica a omissão do Poder Público, só subsistirá o dever de indenizar quando provados a existência do dano e o nexa de causalidade, além da abstenção culposa.** (TJ-RJ - APL: 01053673520058190001 RIO DE

JANEIRO CAPITAL 9 VARA FAZ PUBLICA, Relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data de Julgamento: 01/12/2010, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/12/2010) (grifo nosso)

É oportuno registrar que nos casos de omissão genérica o ente estatal está seguro pelo princípio da Reserva do Possível, ou seja, o dever que deveria ser prestado deve ser possível. Assim, nos casos de falta de segurança pública, o Poder Público só será responsabilizado nas ocasiões em que for efetivamente possível garantir tal segurança. Nesse sentido, Matheus Carvalho⁹⁹ doutrina:

É cediço que, atualmente, a prestação do serviço público tem um padrão considerado normal, baseado no Princípio da Reserva do Possível, ou seja, tem que haver compatibilidade com o orçamento público e sua estruturação na prestação dos serviços. Se este está sendo realizado dentro do padrão normal esperado, não há que se falar em responsabilizar o Estado. Este, por sua vez não pode eximir-se de suas obrigações em oferecer o mínimo existencial de sobrevivência para os administrados, utilizando-se do princípio da reserva do possível. Neste contexto, para que haja responsabilização do Estado, deve-se analisar se seria possível ao ente estatal impedir a ocorrência do dano, dentro de suas possibilidades orçamentárias.

Nesse diapasão, Matheus Carvalho¹⁰⁰ ainda exemplifica sobre essa diferenciação leciona que nesses casos “o Estado não se responsabiliza por um assalto ocorrido na rua por tratar-se de omissão genérica; por sua vez, se responsabiliza se esse assalto ocorre em frente a uma delegacia, tratando-se, nesse último caso, de omissão específica”.

Outrossim, o egrégio TJ de Pernambuco¹⁰¹, em sua decisão esclarecedora, julgou no sentido de que a responsabilização objetivamente o Estado nos casos de

⁹⁹ CARVALHO, op.cit., p. 348

¹⁰⁰ CARVALHO, op.cit., p. 367

¹⁰¹ PROCESSO CIVIL. DECISÃO TERMINATIVA. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE EM PRESÍDIO. REBELIÃO. RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO. DISTINÇÃO ENTRE OMISSÃO GENÉRICA E OMISSÃO ESPECÍFICA. VERIFICADA OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER ESPECÍFICO DE AGIR. INTEGRIDADE FÍSICA DOS PRESOS. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. RECURSO IMPROVIDO. 1. Inicialmente, há de destacar que o Estado, conforme consignado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX, possui o dever de zelar pela integridade física e moral do preso e de evitar o evento danoso, quando possível. 2. No caso presente, os danos alegados não teriam sido causados por agentes

rebelião que resultou em morte em presídio, com o fundamento de que o Poder Público tinha o dever específico de impedir rebeliões dentro do estabelecimento prisional e manter a integridade física dos presos sob sua custódia.

do Estado, uma vez que oriundo de uma rebelião nas dependências do Presídio Aníbal Bruno. Manifesto, portanto, não se tratar de ato comissivo, ou seja, decorrente de uma conduta positiva, mas sim de um suposto ato omissivo do Estado, por não prestar corretamente o serviço de fiscalização e segurança interna da penitenciária que é de sua responsabilidade. 3. Destaque-se, que a responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão, nem sempre será de natureza subjetiva. A mitigação nestes casos se dá em função da distinção que se faz entre a omissão genérica e a omissão específica. 4. Na precisa lição de Sergio Cavalieri Filho a "omissão é específica quando é motivo direto do dano; [...] e genérica quando é motivo indireto do dano". Deste modo, na omissão específica, "a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento." Nessas hipóteses, "o Estado se omite diante de um dever específico e expressamente consagrado no ordenamento jurídico. Já, na omissão genérica, o Poder Público infringe um dever geral de fiscalização". 5. Feita tais considerações, somente nos casos de omissão genérica permanece a máxima da responsabilidade subjetiva por omissão, nas omissões específicas temos hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, haja vista o dever específico de agir. 6. Assim, in casu, a responsabilidade é objetiva, pois não se trata de omissão estatal genérica, mas específica, em que o Estado tinha o dever de impedir rebeliões dentro do estabelecimento prisional e manter a integridade física dos presos sob sua custódia 7. No tocante ao quantum, tenho que não merece reforma, uma vez que dentro dos parâmetros consagrados em casos similares. 8. Denota-se que não foram acolhidos nem os danos materiais, nem a pensão alimentícia, tendo o apelante sucumbido apenas no tocante aos danos morais. Imperioso, portanto, o reconhecimento por esta relatoria da sucumbência recíproca. 9. À unanimidade de votos, foi negado provimento ao Recurso de Agravo. (TJ-PE - AGV: 2916334 PE, Relator: Antenor Cardoso Soares Junior, Data de Julgamento: 27/02/2014, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/03/2014)

9 POSICIONAMENTO DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça, nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão, segue a corrente subjetiva¹⁰², inclusive, na emenda dos seus acórdãos coloca a afirmação de que essa corrente é pacificada na jurisprudência e doutrina brasileira¹⁰³. Algo que, obviamente, não é verdade. Nesse sentido, é importante destacar a opinião de Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosendal¹⁰⁴, que alegam que “uma afirmação repetidas muitas vezes torna-se verdade, ainda que não seja. Hoje, pela força da repetição, a tendência é que a responsabilidade civil na omissão se firme como sendo subjetiva”.

Nesse diapasão, é importante destacar uma decisão do STJ, no REsp 1040895/MG, na qual o Relator deixa claro o posicionamento da corte e julga no sentido de que, nos casos de omissão, o Estado responde subjetivamente, se provado a sua inercia na prestação de um serviço, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento para que seja configurada a responsabilidade. Assim, nesse caso, como o incêndio na casa de show que causou a morte de duas pessoas não teve

¹⁰² ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. SUBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos. 3. Hipótese em que, conforme se extrai do acórdão recorrido, ficou demonstrado a existência de nexo causal entre a conduta do Estado e o dano, o que caracteriza o ato ilícito, devendo o autor ser indenizado pelos danos suportados. Rever tal posicionamento requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 302747 SE 2013/0070835-8, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 16/04/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2013)

¹⁰³ ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO. QUEDA DE ENTULHOS EM RESIDÊNCIA LOCALIZADA À MARGEM DE RODOVIA. 1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto. 4. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 721439 RJ 2005/0017059-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 21/08/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 31/08/2007 p. 221)

¹⁰⁴ BRAGA NETTO, op.cit., p. 1044

nenhuma relação (nexo de causalidade) com a suposta omissão estatal, não há que se falar em responsabilização do poder público. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INCÊNDIO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO DE CASA DESTINADA A "SHOWS". DESAFIO AO ÔBICE DA SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO ESTATAL E O DANO - INCÊNDIO -. CULPA DE TERCEIROS. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Ação indenizatória por danos morais e materiais, em face de Município, em razão de incêndio em estabelecimento de casa destinada a shows, ocasionando a morte do marido e pai dos autores. (...)

4. A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a responsabilidade é subjetiva e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal. Este entendimento cinge-se no fato de que na hipótese de Responsabilidade Subjetiva do Estado, mais especificamente, por omissão do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade. Diversa é a circunstância em que se configura a responsabilidade objetiva do Estado, em que o dever de indenizar decorre do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, que prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso. Precedentes: (REsp 721439/RJ; DJ 31.08.2007; REsp 471606/SP; DJ 14.08.2007; REsp 647.493/SC; DJ 22.10.2007; REsp 893.441/RJ, DJ 08.03.2007; REsp 549812/CE; DJ 31.05.2004)

5. In casu, o Tribunal de origem entendeu tratar-se da responsabilidade subjetiva do Estado, em face de conduta omissiva, consoante assentado: "(...) insta ressaltar que o direito de polícia da administração pública é indisponível. É obrigação do Estado diligenciar no sentido de fiscalizar os estabelecimentos comerciais, devendo fazer cumprir as determinações legais, sendo de direito o fechamento dos mesmos caso se encontrem em situação irregular. A omissão estatal ocorre quando o ente público deixa de fazer algo que é obrigado em virtude dessa negligência decorre um dano. O incêndio narrado na peça inaugural ocorreu em casa de shows que funcionava irregularmente, mesmo sob o olhar do município, que tinha conhecimento formal da falta de alvará de localização e funcionamento. Caso houvesse ocorrido a devida fiscalização, com conseqüente fechamento do local, o sinistro não teria ocorrido, o que demonstra que a falta de sinalização foi causa eficiente do sinistro. Assim, a tese recursal de que o evento danoso teria acontecido por culpa dos produtores do espetáculo, ou mesmo dos integrantes da banda que se apresentava no local, não têm sustentáculo legal para excluir a responsabilidade do município.(...)" (fls. 550)

6. Desta forma, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a circunstância de que o evento ocorreu por ato exclusivo de terceiro, não havendo nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano ocorrido. (STJ - REsp: 1040895 MG 2008/0058355-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/04/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 20090603 --> DJe 03/06/2009) (grifo nosso)

Ao que se depreende da análise dos julgados, é inegável que a referida Corte tem mantido uma certa uniformidade nas decisões nos casos de omissão estatal, entretanto, em certas situações, a divergência doutrinária ainda é mencionada, admitindo-se, em alguns casos, a responsabilidade objetiva.¹⁰⁵

¹⁰⁵ "Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa; regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorre de expressa previsão legal, em microssistema especial. Segundo, quando as circunstâncias indicam a presença de standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional, precisamente a hipótese da salvaguarda da saúde pública." (REsp 1236863/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/02/2012)

10 POSICIONAMENTO DO STF

Uma parte da doutrina entende que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando em suas jurisprudências no sentido de responsabilizar objetivamente o Estado nos casos de conduta omissiva. Ocorre que, assim como o que acontece no STJ, esse Excelso Pretório não tem definida sua posição, ou seja, seu entendimento não está pacificado, sendo adotando em alguns casos a responsabilidade com base na diferenciação entre omissão genérica e específica

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 109.615-2/RJ, ocorrido em 1996, foi o primeiro caso em que o STF condenou o Estado baseado na responsabilidade objetiva. A referida decisão se baseia na teoria do risco para responsabilizar a Administração Pública por danos causados a um estudante no recinto de um estabelecimento escolar público, com o fundamento de que o poder público se omitiu na obrigação de preservar a integridade física dos alunos.

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 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. - **A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão.** Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - **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 condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).** - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis

que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descharacterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081). (grifo nosso)

São inúmeros os casos em que o STF adota de forma explícita a corrente objetiva nas causas envolvendo omissão estatal. Entretanto, há também casos em que a corrente subjetiva é utilizada, como no julgamento da segunda turma que concluiu que houve omissão do Estado, que tinha o dever de conservação e manutenção de árvore e, aos danos causados por esse ato omissivo, devem ser responsabilizados subjetivamente, ou seja, com a comprovação da culpa estatal.

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 RÉEXAME 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. (STF - AI: 830461 PA, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 28/06/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-156 DIVULG 15-08-2011 PUBLIC 16-08-2011 EMENT VOL-02566-03 PP-00466) (grifo nosso)

Destarte, é evidente que nem no Superior Tribunal de Justiça, muito menos no Supremo Tribunal Federal está pacificada o entendimento de qual teoria/corrente será adotada nos casos de responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. Pelo contrário, em ambos os órgãos há sim discordância e juízos diferentes

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade Civil do Estado é um tema que sofreu várias transformações ao longo dos anos, saindo de uma teoria da irresponsabilidade estatal, até chegar na responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, que atualmente é a tese adotada no ordenamento jurídico pátrio, no o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, o referido artigo estabelece que tanto as pessoas jurídicas de direito público, quanto as de direito privado prestadoras de serviços públicos irão responder por prejuízos causados a terceiros, decorrentes de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, materiais ou jurídicos, imputados aos agentes públicos, sendo necessário a comprovação da conduta do agente,nexo causal e do dano.

Como foi explano no presente trabalho, a Constituição Federal ao não fazer distinção entre ação e omissão estatal, gera opiniões divergentes no que se refere a responsabilização nos casos conduta omissiva do Estado. Uma parte da doutrina acredita que o referido artigo só se refere a conduta comissiva estatal e, nos casos de omissão, a administração pública deve ser responsabilizada subjetivamente, com base na culpa anônima ou falta do serviço.

Outra parte da doutrina acredita que o art. 37, § 6º, da CF deve ser adotado independentemente do tipo de conduta, ou seja, caso o agente aja com ação ou omissão, o Estado deveria ser responsabilizado objetivamente, baseada na Teoria do Risco Administrativo, considerando presentes o nexo causal, a conduta do agente público e o dano.

Existe um terceiro entendimento doutrinário, considerado intermediário, que nos parece ser o mais adequado, que acredita na determinação do tipo de responsabilização por meio da distinção entre a *omissão genérica* e a *omissão específica*. No primeiro caso o Estado seria responsabilizado subjetivamente, já no segundo caso seria responsabilizado com base na teoria do risco administrativo, ou seja, objetivamente.

Conforme elucidado no presente texto, a omissão genérica está relacionada com a prestação de serviços adequados à coletividade e não a determinado usuário, de

modo que nos casos em que o Estado for omissivo, não cumprindo o seu dever genérico que lhe foi imposto, deve responder somente se for comprovada a sua culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Essa omissão é caracterizada como uma conduta omissiva juridicamente reprovável. Assim, por exemplo, todos sabem que o Estado tem o dever de garantir a segurança, entretanto, nos casos de vandalismo de terceiros a um particular em estádio de futebol, a responsabilização estatal só seria adequada quando comprovado que não houve serviço, o serviço funcionou mal ou foi ineficiente.

Outrossim, a omissão específica, ocorre quando há uma deliberação em lei para que o Estado exerça uma conduta determinada, ou seja, o Poder Público tem uma obrigação legal e específica de agir para impedir o resultado danoso. É o exemplo dos homicídios nas prisões, ocasionados pelos próprios detentos, ou seja, o Estado tem a obrigação específica de garantir a segurança e integridade física de todos presentes no sistema prisional e, caso não o faça, responderá objetivamente por isso.

Destaca-se que o Estado não tem condições de responder por tudo que acontece de errado na sociedade e, por sua vez, não pode ser considerado o garantidor universal, o que ocasionaria prejuízos para a própria coletividade. Entretanto, entendemos que essas questões também devem ser resolvidas e interpretadas da forma favorável à vítima.

Assim, diante de tanta divergência a respeito da responsabilização civil nos casos de omissão estatal, acreditamos que a corrente mais adequada é a intermediária, pois não deixa os terceiros prejudicados desfavorecidos, tampouco determina que o Estado responda por todos os prejuízos que ocorrem na sociedade. Entretanto, como a questão da responsabilidade do Estado é um tema em constante evolução, naturalmente os julgados vão tentando se adaptar à realidade de cada caso e essa divergência doutrinária está longe de ser pacificada.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe. **Novo tratado de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco – **Agravo nº. 2916334 PE**, Relator: Antenor Cardoso Soares Junior, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/03/2014. Disponível em <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159624128/agravo-agv-2916334-pe>> Acesso em: 15 dez 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - **Apelação nº 01053673520058190001** - Rio De Janeiro Capital 9 Vara Faz Publica, Relator: Milton Fernandes De Souza, DJ: 01/12/2010, Quinta Câmara Cível. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359434818/apelacao-apl-1968021720108190001-rio-de-janeiro-capital-2-vara-faz-publica/inteiro-teor-359434825>>. Acesso em: 11 de jan 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - **Apelação nº 01082247820108190001** (RJ 0108224-78.2010.8.19.0001), Relator: DES. HORACIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO, DJ: 18/03/2014. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116618734/apelacao-apl-3810768220118190001-rj-0381076-8220118190001>>. Acesso em 28 jan 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - **Apelação nº 00395177420088260602** (SP 0039517-74.2008.8.26.0602), Relator: Paulo Galizia. DJ: 12/08/2013, 10ª Câmara de Direito Público. Disponível em <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117420657/apelacao-reexame-necessario-reex-395177420088260602-sp-0039517-7420088260602/inteiro-teor-117420667>>. Acesso em: 01 nov 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70058093170 RS**, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. DJ 27/02/2014. Décima Câmara Cível. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114238088/apelacao-civel-ac-70058093170-rs>>. Acesso em: 02 nov 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região - **Apelação Cível nº. 00010762420054013200** (0001076-24.2005.4.01.3200), Relator: DESEMBARGADOR

FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN. DJ nº 16/11/2015, SEXTA TURMA. Disponível em <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/297605716/apelacao-civel-ac-202895120124013400-0020289-5120124013400/relatorio-e-voto-297605734?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 fev 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário: 363423 SP, Relator: Min. CARLOS BRITTO, DJ: 16/11/2004, Primeira Turma. Disponível em <

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Agravo Regimental nº 830461** - PA, Relator: Min. ELLEN GRACIE, DJ: 28/06/2011, Segunda Turma. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000241885&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 10 mar 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Recurso Extraordinário nº 109615**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000117385&base=baseAcordaos>>. Acesso em 10 jan 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- Recurso Especial: 1040895 MG 2008/0058355-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, DJ: 02/04/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: 1040895** (MG 2008/0058355-0) Relator: Ministro LUIZ FUX, SJ: 02/04/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4317867/recurso-especial-resp-1040895-mg-2008-0058355-0>>. Acesso em 21 jan 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **AgRg no AREsp nº: 302747** (SE 2013/0070835-8). Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. DJ 16/04/2013, T2 - SEGUNDA TURMA. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23338036/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-302747-se-2013-0070835-8-stj/relatorio-e-voto-23338038?ref=juris-tabs>>. Acesso em 02 dez 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Recurso Extraordinário: 113587 SP**, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 18/02/1992, SEGUNDA TURMA. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000066934&base=baseAcordaos>>. Acesso em 21 jan 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Recurso Extraordinário nº 669069**, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. DJ 27-04-2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000309233&base=baseAcordaos>>. Acesso em 21 jan 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Recurso Especial nº 154.311/SP**, Relator Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/4/2001, DJ 28/5/2001. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/498359612/recurso-especial-resp-1664959-sp-2017-0006185-9>>. Acesso em 03 dez 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Recurso Extraordinário nº 327904**, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000008024&base=baseAcordaos>>. Acesso em 03 jan 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Recurso Extraordinário nº 228977**, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma. DJ 12-04-2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018408&base=baseAcordaos>>. Acesso em 10 mar 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas>. Acesso em 25 nov 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo** - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. – São Paulo: Atlas, 2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. – Salvador: JusPODIVM, 2011.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 7 v.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 4 v.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes de. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26^a. Edição, São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 27a ed., 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- VENOSA, Silvio Salvo de. **Direito Civil – parte geral**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.