

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Laura Xavier da Costa

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
POR DANOS DECORRENTES DA SUA OMISSÃO

Porto Alegre
2013

LAURA XAVIER DA COSTA

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR DANOS
DECORRENTES DA SUA OMISSÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do
grau de bacharela em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientador: Prof.Dr. Sérgio Viana Severo

Porto Alegre
2013

LAURA XAVIER DA COSTA

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR DANOS
DECORRENTES DA SUA OMISSÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharela em Ciências
Jurídicas e Sociais de Curso na Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Aprovada em 16 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo (Orientador)

Prof. Dr. Juarez Freitas

Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha família por todo apoio, incentivo e amparo ao longo destes cinco anos de Faculdade de Direito. Dedico a conquista da colação de grau aos meus pais por compartilharem os meus anseios, aflições e dúvidas ao longo de todos estes anos. Do vestibular a colação de grau. Por serem meu porto seguro, meus ídolos e heróis. Esta conquista é nossa!

Estendo os agradecimentos às amigas de escola que se mantiveram híginas mesmo com o término da convivência diária e desde já desculpo-me pelas ausências nestes últimos meses, foram por uma boa causa. Às amigas de faculdade pelas risadas nos intervalos, pelos desesperos coletivos antes das provas e pelos churrascos comemorativos nos finais de semestre. Em especial, ao amigo Dante pela essencial ajuda na organização deste trabalho e pelas infinitas discussões a respeito do tema.

Por fim, ao meu orientador, prof. Sérgio Severo, pela confiança depositada na elaboração desta pesquisa e pela relação de amizade e respeito construída ao longo destes cinco anos de faculdade.

A todos, meu MUITO OBRIGADA!

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer 'isto é meu' e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não poupou ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: 'Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém'(Rousseau)

RESUMO

A responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão é questão bastante controvertida e de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro. O presente estudo tem por escopo apresentar as teorias existentes no nosso ordenamento jurídico a respeito deste assunto. No primeiro capítulo será feito um estudo da evolução histórica e normativa da responsabilidade civil do Estado. No segundo capítulo serão apreciadas as teorias existentes na doutrina nacional sobre a responsabilidade estatal por omissão. Neste ponto, dar-se-á especial ênfase à análise dos elementos diferenciadores fundamentais de cada segmento doutrinário, buscando-se, sempre, o confronto entre as ideias.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado, omissão, atos omissivos, objetiva, subjetiva, teoria variante, natureza da intervenção, art. 37, §6º CRFB, culpa, Administração, Poder Público.

ABSTRACT

Holding the State civilly liable in tort due to failure to act is a very controversial subject and one of significant relevance in the Brazilian legal system. This study has the purpose of presenting the theories existing in our legal system on the matter. The first chapter features a study of the historical and legislative evolution of the civil liability of the State. The second chapter assesses the theories existing in domestic doctrine on the liability of the State due to failure to act. As to this point, special emphasis is given to the analysis of the fundamental elements differentiating each doctrinal segment, seeking throughout to compare ideas.

Key words: civil liability of the State, failure to act, omissions, strict liability, negligent torts, intentional torts, comparative fault, nature of State action or omission, art. 37, §6 of the Brazilian Federal Constitution, negligence, Government, Public Authority.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - ANÁLISE HISTÓRICA		
2	ASPECTOS GERAIS DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	12
2.1	CONCEITO.....	12
2.1.1	A Responsabilidade Civil do Estado.....	13
2.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	15
2.2.1	A Irresponsabilidade do Estado	16
2.2.2	A Responsabilidade Civil condicionada a culpa.....	16
2.2.3	A Teoria da Culpa Administrativa	18
2.2.4	A Teoria da Responsabilidade Objetiva	19
2.2.4.1	Teoria do Risco Administrativo	20
2.2.4.2	Teoria do Risco Integral.....	21
2.3	A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO	22
CAPÍTULO II - ANÁLISE DOURINÁRIA		
3	A RESPONSABILIDADE ESTATAL OBJETIVA POR OMISSÃO	26
3.1	FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO.....	26
3.1.1	Princípio da Igualdade de Todos Perante os Encargos Sociais.....	26
3.1.2	Princípio da Legalidade	27
3.1.3	Princípio da Proporcionalidade.....	27
3.1.4	Atos Lícitos versus Atos Ilícitos	28
3.2	ANÁLISE DOS ELEMENTOS CENTRAIS CONSTITUCIONAIS.....	31
3.2.1	A Responsabilidade das Prestadoras de Serviços Públicos.....	31
3.2.2	O Direito dos Terceiros Vitimados	32
3.2.3	Conceito de agente do Estado	33
3.2.4	A Duplicidade das Relações Jurídicas	35
3.3	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	35
3.3.1	Fato Administrativo	35
3.3.2	Dano.....	36
3.3.2.1	Teoria do dano direto e imediato	37
3.3.3	Nexo Causal	39
3.3.3.1	Hipóteses excludentes ou atenuantes da responsabilidade estatal pelo rompimento do nexo de causalidade.....	41
3.4	TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO.....	48
3.5	TEORIA VARIANTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO.....	53
4	A RESPONSABILIDADE ESTATAL SUBJETIVA POR OMISSÃO	56
4.1	OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL	56
4.1.1	Faute du Service.....	56
4.1.1.1	A culpa lato sensu	57
4.2	A OMISSÃO COMO CAUSA DO DANO	58
4.3	A OMISSÃO COMO DESCUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL.....	59

4.4	TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA	62
5	A RESPONSABILIDADE ESTATAL CONFORME A NATUREZA DA INTERVENÇÃO	64
5.1.	TEÓRIA DA NATUREZA DA INTERVENÇÃO	64
5.1.1	Os seguros e o fundo de reparação integral como mecanismos de garantia da efetivação da responsabilidade pública	66
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76
	REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	79
	REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS	81

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso foi elaborado com a finalidade de retratar a forma como o ordenamento jurídico brasileiro vem abordando o tema da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes da sua omissão. Limitou-se o objeto do presente estudo a responsabilidade por atos omissivos, visto que a redação constitucional é clara ao dispor que nos casos em que o dano tenha decorrido da ação estatal, a responsabilidade estatal será objetiva.

Sem desmerecer a importância dos debates doutrinários a respeito da responsabilidade civil por omissão do Estado-legislador e do Estado-juiz, a presente pesquisa foi limitada a verificação da forma de responsabilização do Estado-administração pelos danos que a sua omissão causa ao particular.

Será feita uma análise das principais doutrinas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre este tema. Para tanto, buscou-se, no direito comparado, as principais influências ao nosso ordenamento jurídico, muito rico em construções acadêmicas a respeito do tema.

Esta pesquisa será estruturada em dois capítulos com a finalidade de tornar a leitura mais organizada e didática, propiciando uma correta compreensão dos institutos que influenciam as brilhantes doutrinas elaboradas sobre a forma de responsabilização do ente público por atos danosos omissivos.

No primeiro capítulo serão apresentados aspectos gerais da responsabilidade civil estatal, ditos assim porque comuns a qualquer posicionamento doutrinário que se filie. Primeiramente, será feita uma análise terminológica da designação “responsabilidade civil do Estado”, com a finalidade de esclarecer certas divergências doutrinárias existentes já neste ponto. Previamente, cumpre esclarecer que o entendimento adotado neste trabalho foi de que, independente da terminologia empregada, está-se referindo ao dever estatal de reparar economicamente os danos que causa a esfera jurídica de outrem. Conforme lições de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 239), por se tratar de designação que não tem sentido técnico, mas apenas prático (de referir este dever estatal), não haverá preferência por um ou outro termo.

Após, será feita uma análise da origem da responsabilidade civil do Estado, partindo-se do modelo de Estado irresponsável, vigente no século XIX, até o modelo de Estado integralmente responsável pelos riscos da sua atividade.

Por fim, encerrando este capítulo, será apresentada a evolução normativa da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro, destacando as legislações que abordaram o tema e a absorção da matéria pelo direito público.

No segundo capítulo estudaremos as formas de responsabilização do Poder Público por omissão e as teorias existentes no nosso ordenamento jurídico que se propõem a resolver a questão.

A primeira forma de responsabilização a ser estudada será a da responsabilidade estatal objetiva por omissão. Serão analisados os fundamentos desta forma de responsabilização, os elementos centrais do art. 37, §6º da CRFB/1988, alicerce legislativo da responsabilidade objetiva, e os seus pressupostos.

Após, serão analisadas as teorias que se propõem a solucionar a questão da responsabilidade estatal por omissão segundo critérios objetivos.

A segunda forma de responsabilização a ser estudada será a da responsabilidade estatal subjetiva por omissão. Serão analisados os elementos da responsabilidade estatal subjetiva e confrontados os argumentos desta teoria com as demais. Ao fim, será estudada a teoria da Culpa Administrativa.

Na terceira parte será analisada a Teoria da Natureza da Intervenção, que se caracteriza por utilizar outros critérios, que não a divisão entre responsabilidade objetiva/subjetiva para verificar a existência do dever estatal de indenizar. No estudo desta teoria será dada especial ênfase à problemática questão da efetividade das condenações em matéria de responsabilidade pública.

Ao longo dos capítulos, junto da análise das teorias, será feita referência à alguns julgados dos tribunais nacionais (especialmente à decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em razão do caráter uniformizador das suas jurisprudências), para que o leitor seja informado sobre o modo como estas teorias estão sendo compreendidas e aplicadas pelos magistrados brasileiros.

Com isso, espera-se informar o leitor das razões que enveredam um ou outro entendimento a respeito da forma de responsabilização do Poder Público nos casos de omissão, considerando-se que de uma ou outra forma, o Estado sempre será responsabilizado pelos danos que, nesta condição, causar.

CAPÍTULO I - ANÁLISE HISTÓRICA

Neste ponto serão analisados os aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado, chamados assim porque referentes ao seu desenvolvimento histórico.

Primeiramente será feita uma abordagem conceitual do tema. Após serão retratadas as alterações que a ideia de responsabilidade estatal sofreu ao longo dos séculos. Inicialmente será feita uma abordagem histórica da responsabilidade civil, desde o modelo de Estado irresponsável até os modelos concebidos pelo direito moderno. Por fim, será analisada a evolução normativa da responsabilidade do Poder Público nas legislações brasileiras.

2 ASPECTOS GERAIS DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 CONCEITO

Existe certa diferença entre as terminologias empregadas para designar a responsabilidade civil estatal. Alguns, como Helly Lopes Meireles, preferem a designação “responsabilidade da Administração Pública”, pois os atos que geram responsabilidade são da Administração Pública, não do Estado, que é mera entidade política:

Em regra, essa responsabilidade surge de atos da administração, não de atos de Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil [...]. Mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da Administração Pública do que em responsabilidade do Estado, vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar. (LOPES MEIRELLES, 2012, p. 712)

Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende ser mais apropriado o uso da designação “responsabilidade extracontratual do Estado”, conforme a seguir transcrito:

Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso, é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou

privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil. Ou seja, de ordem pecuniária. (DI PIETRO, 2012, p. 697)

Já autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que empreguem o termo “responsabilidade extracontratual do Estado”, não fazem ressalvas quanto ao uso da terminologia. O referido autor define este instituto da seguinte forma:

É a obrigação que lhe incumbe [ao Estado] de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídico. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 993)

Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 239), por sua vez, afirma que por se tratar de designação prática, carente de sentido técnico, deve-se entender que independente do termo empregado, quem responde é a pessoa jurídica pública ou privada que integra a administração.

A responsabilidade do Estado é também chamada de *responsabilidade da Administração Pública*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica, com razão, esta última expressão [...]. A expressão, todavia, passou a ser usual para indicar não só a responsabilidade do Estado propriamente dita (pessoa jurídica de direito público), mas também da Administração Indireta. Isto porque, como veremos, a Constituição de 1988 estendeu aos prestadores de serviço público (pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da chamada Administração Indireta), responsabilidade objetiva, tal qual a do Estado. A designação, portanto, não tem um sentido técnico, apenas prático. Quem responde é sempre a pessoa jurídica pública ou privada que integra a Administração Pública. (CAVALIEIRI FILHO, 2010, p. 239)

Ficaremos com o entendimento esposado por Cavalieri Filho, de modo que não será feita opção por um ou outro termo, visto que todos referem à obrigação estatal de reparar economicamente os danos que causa a outrem em decorrência da sua atividade.

2.1.1 A Responsabilidade Civil do Estado

A ideia de responsabilidade civil tem origem no direito privado. Conforme lições de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 02), o uso do termo responsabilidade remete à noção de existência de um dever de contraprestação. Juridicamente é utilizado para designar o dever jurídico sucessivo que incumbe àquele que lesionou

o dever jurídico originário de outrem de reparar o dano. Não há que ser confundido com obrigação, visto que esta é um dever jurídico originário e responsabilidade é consequência da violação de uma obrigação; logo, dever jurídico sucessivo:

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 02)

A diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual reside na qualidade da violação. Se a obrigação deriva de um vínculo obrigacional e o dever de indenizar deriva do inadimplemento daquela obrigação temos a responsabilidade contratual. “Se, por outro lado, o dever de indenizar surge em virtude de lesão a um direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, teremos a responsabilidade extracontratual.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 15).

Assim, em matéria de responsabilidade estatal, podemos dizer que a primeira trata de um inadimplemento ou ilícito contratual. Em matéria de responsabilidade civil do Estado, corresponderia aos contratos administrativos. Já a segunda trata de violação a um dever jurídico imposto pela lei ou pela Constituição. Sobre esta debruça-se o presente estudo.

A responsabilidade do Estado na esfera cível não repercute, necessariamente, na esfera penal ou administrativa. Conforme leciona Helly Lopes Meirelles

[...] responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização. Como obrigação meramente patrimonial a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa com as quais pode coexistir sem, todavia, se confundir. (LOPES MEIRELLES, 2012, p. 712)

Logo, as sanções correspondentes podem ser aplicadas cumulativa ou separadamente em acordo com as circunstâncias de cada caso.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é conduzida por princípios próprios, compatíveis com a sua posição jurídica. Trata-se da mais extensa responsabilidade que pode ser atribuída às pessoas privadas. A função estatal, por estar direcionada a toda a coletividade, indiscriminadamente, pode produzir danos muito mais intensos do que os entes privados podem ocasionar.

Há que se ter sempre em mente que é o próprio poder público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social. Logo, “o poder público, por ter ingerência muito maior que qualquer outro ente privado, deve estar submetido a um regime de responsabilidade muito mais rígido, porém proporcional ao tamanho do seu poder de ingerência sobre o particular.” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 996/997) Por esta razão a necessidade de transpor a responsabilidade do Estado do âmbito privado para o regime de direito público.

Afora isso, há também que se observar que os danos provocados pelo Estado, ao menos os provocados por conduta comissiva, são sempre produzidos em vista da realização de um benefício em favor de todos. Logo, “se os benéficos serão fruídos por todos, os ônus da atividade estatal também devem ser repartidos por todos.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 242)

O reconhecimento do Estado como ente dotado de personalidade jurídica, direitos e obrigações, contudo, não foi sempre assim entendido. Através de um processo contínuo de transformações sociais foi possível que evoluíssemos de um estágio inicial em que não se admitia a responsabilidade do Estado até uma responsabilização objetiva no âmbito do direito público.

Por este motivo, cumpre dar início a este estudo com uma breve passagem histórica pela evolução do conceito de responsabilidade estatal ao longo dos tempos, para que, ao fim, possamos compreender como foi construída a noção de responsabilidade civil do Estado que temos hoje e aplicá-la ao nosso ordenamento jurídico atual.

Ressalvo que as teorias a seguir analisadas foram adotadas no direito europeu-continental, em razão da influência da construção jurisprudencial do Conselho de Estado Francês nesta região. Nos direitos filiados ao sistema anglo-saxão a orientação é diversa e, por não exercer influência sobre o direito brasileiro,

não será analisada mais profundamente. Cabe, apenas, fazer a ressalva de que naquele ordenamento prevalecem os princípios de direito privado, em que a responsabilidade do Estado está vinculada a aspectos subjetivos vinculados à culpa.

2.2.1 A Irresponsabilidade do Estado

Na metade do século XIX, em vista do estado despótico e absolutista que se vivenciava, prevalecia a ideia de que só haveria espaço para a responsabilidade estatal nos casos em que lei específica a previsse explicitamente.

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] de um lado, admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 pluvioso do Ano VIII); de outro lado, também se admitia responsabilidade por danos resultantes de gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 1001)

Tratava-se de situações extremamente pontuais, de modo que, com total tranquilidade pode-se afirmar que, em regra geral, vigorava a irresponsabilidade do Estado.

Com fulcro nas máximas “*L’Étatc’est moi*”, “*The king can do no wrong*” e “O que agrada ao príncipe tem força de lei” prevalecia à ideia de individualização entre Estado e funcionário. Segundo Cavalieri Filho (2010), o primeiro não poderia ser responsabilizado pelos excessos do segundo, ainda que o segundo os cometesse no exercício de funções públicas.

Via de consequência, os administrados só possuíam direito de ação contra o próprio funcionário, nunca contra o Estado.

2.2.2 A Responsabilidade Civil condicionada a culpa

O reconhecimento da responsabilidade do Estado como princípio legislativo teve por marco relevante o famoso arresto Blanco do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873¹. “Por meio desta construção jurisprudencial do

¹ A menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em

Conselho de Estado Francês, foi possível a limitação do poder que delimita os contornos do direito administrativo em que se afirma a responsabilidade do Estado.” (SEVERO, 2009, p. 547)

Abolida a ideia de irresponsabilidade do Estado, passou-se a adotar a concepção civilista de responsabilidade subjetiva calcada na ação culposa ou dolosa do agente estatal. Para tanto, foi necessário segregar os atos estatais em atos de império e atos de gestão.

Com esta divisão, o Estado só poderia ser responsabilizado pelos atos de gestão porque nestes, e somente nestes, age nas mesmas condições de uma empresa privada, equiparando-se ao particular. Portanto, nesta situação, deve responder pelos atos de seus representantes que lesionem o direito de terceiros. Por outro lado, “os atos de império, por ser verdadeiro exercício da soberania estatal, eram incólumes a qualquer julgamento e insuscetíveis de qualquer reparação permanecendo vigente, neste ponto, os ideais absolutistas.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 502/503).

De qualquer sorte, como salienta Sérgio Severo (2009), mesmo com o ordenamento passando a admitir a responsabilidade do Estado pelos atos de gestão que causassem dano aos administrados, era necessário que o lesado fizesse prova da culpa da administração para a configuração do dano. Deste modo, fica evidente que naquele tempo a culpa era elemento determinante da responsabilidade pública:

Ao ser admitida a responsabilidade do Estado, predominou o tratamento sob as regras de direito civil, hipótese em que era indistinta a posição do Estado e dos particulares, na medida em que o fundamento da responsabilidade era a culpa, arcando a vítima com o ônus da prova. (SEVERO, 2009, p. 30)

Assim, percebe-se que apesar dos avanços trazidos por esta teoria, a ideia de responsabilidade civil do Estado condicionada à culpa do agente público não era suficiente para tutelar os direitos dos cidadãos contra a ingerência estatal.

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

2.2.3 A Teoria da Culpa Administrativa

Dentre outros fatores, a difícil diferenciação entre “atos de império” e “atos de gestão” impulsionou a doutrina e a jurisprudência para a evolução da teoria da responsabilidade do Estado.

Passou-se, a afirmar a teoria da *Faute du Service*, também de origem francesa, traduzida pela nossa doutrina como Culpa Administrativa. Nela o lesado fica dispensado de diferenciar a natureza do ato estatal (se de império ou de gestão) bastando que faça prova de que o dano suportado decorreu do inadequado funcionamento do serviço público.

A teoria da Culpa Administrativa prevê que o dever de indenizar deriva da *culpa do serviço* que se traduz pelo não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento tardio do serviço público. O dever de indenizar decorre da falta do serviço, independente da culpa do funcionário.

Para Helly Lopes Meireles (2012), a Teoria da Culpa Administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu. Para este renomado autor, o fato de a teoria da Culpa Administrativa considerar a *falta do serviço* para inferir a responsabilidade da Administração é o primeiro traço de uma objetivação da responsabilidade civil do Estado. Defende que nesta fase evolutiva não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado à terceiro. “Exige-se uma culpa, mas uma culpa especial da administração, que se convencionou chamar de culpa administrativa.” (LOPES MEIRELLES, 2012, p.714)

Também neste sentido é o entendimento dos autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ao afirmarem que “não se trata de perquirir da culpa subjetiva do agente, mas da ocorrência de falta na prestação do serviço, falta essa objetivamente considerada”. (ALEXANDRINO E PAULO, 2006, p. 474)

Este, contudo, não é o entendimento dominante. Em linha contrária vão os ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Aloísio Zimmer Júnior, José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Cavalieri Filho.

Por todos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que entender a teoria da Culpa Administrativa como o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade civil objetiva do Estado é um erro grave. Isso

porque toda a teoria da Culpa Administrativa está baseada na ideia de culpa, portanto fora do conceito de responsabilidade objetiva:

A responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço, falha do serviço ou culpa do serviço, seja qual for a tradução que se dê a formula francesa *faute du service*, não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, mas subjetiva porque baseada na culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima ou impessoal. Responsabilidade com base na culpa e culpa do próprio Estado, do serviço que lhe incumbe prestar, não individualizável em determinado agente público, insuscetível de ser atribuída a certo agente público, porém no funcionamento ou não funcionamento do serviço, por falta na sua organização. Cabe, neste caso, à vítima comprovar a não prestação do serviço ou a sua prestação retardada ou má prestação, a fim de ficar configurada a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do estado, a quem incube prestá-lo. (BANDEIRA DE MELLO, 1989, p. 482/483)

2.2.4 A Teoria da Responsabilidade Objetiva

Na última fase evolutiva a responsabilidade civil do Estado perde os laços havidos com o direito civil. É inteiramente aderida pelo direito público, que se propôs a resolver a questão da responsabilidade civil do Estado por princípios inteiramente objetivos, previstos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundamentados em uma culpa especial do serviço público, quando lesivo a terceiros.

O direito dos povos modernos consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado fundamentada nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e de encargos sociais. Estes princípios têm raízes no art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, segundo a qual “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades” (DI PIETRO, 2012, p. 701). Ressaltando a aplicação destes princípios, Sergio Cavalieri Filho ensina que, “se a atividade administrativa do estado é exercida em prol da coletividade, é justo que todos respondam pelos ônus a serem custeados por meio de impostos.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243)

Trata-se da obrigação de indenizar terceiro em razão de procedimento que lesionou a esfera jurídica de outrem em razão de ato lícito ou ilícito, bastando a mera relação de causalidade para que o dano esteja configurado.

A teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado tem por marca o abandono da indagação a respeito da culpa do funcionário causador do dano e de

todas as questões subjetivas que envolvem a responsabilidade por culpa anônima. Agora, o Estado responde porque causou dano ao seu administrado e sua responsabilidade decorre da mera relação de causalidade entre o dano suportado pelo particular e a atividade administrativa estatal.

Neste ponto, com o intuito de fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado, surge na doutrina a Teoria do Risco, assim chamada porque parte da ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano que lhe é inerente. “Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.” (CRETELA JR., 1970, p. 702)

Esta Teoria do Risco se desdobra em risco integral e do risco administrativo, diferenciadas pela admissão (ou não) das causas excludentes da responsabilidade do Estado.

2.2.4.1 Teoria do Risco Administrativo

“De uma adaptação da teoria do risco para a atividade pública, teve origem a teoria do risco administrativo.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 242) Única recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico, a teoria do risco administrativo, idealizada por Léon Duguit, importa em atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa, admitindo-se, portanto, a exclusão da sua responsabilidade quando não configurado o nexo causal.

Enquanto que na teoria do risco integral o Estado responde por todo e qualquer dano suportado pelo particular, não havendo hipótese de exclusão da sua responsabilidade, na teoria do risco administrativo o Estado não poderá ser responsabilizado pelo dano que resultar de: a) culpa exclusiva da vítima; b) fato exclusivo de terceiro; c) caso fortuito; d) força maior em razão do rompimento da relação de causalidade entre a conduta do agente público e o dano. Por esta teoria, o Estado só será responsabilizado quando por sua conduta ativa ou omissiva, lícita ou ilícita, causar dano ao particular.

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa em atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Essa teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É forma democrática de repartir os ônus e

os encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independente de culpa do agente público que a causou. “O que se tem que verificar é a existência da relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 243)

A teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade objetiva integral do ente público para indenizar todo e qualquer dano; apenas dispensa a vítima de provar a culpa do agente administrativo para a ocorrência da lesão ao seu patrimônio jurídico, deixando a cargo da própria Administração a demonstração da culpa total ou parcial do lesado para a ocorrência do dano. Conforme lições de Yussef Cahali (2007), provada a inexistência total ou parcial da relação de causa e efeito entre a atividade estatal e a lesão, o Estado responderá pela sua parcela de responsabilidade para a ocorrência do dano.

2.2.4.2 Teoria do Risco Integral

Trata-se de modalidade extremada da teoria do risco porque impõe ao Estado a função de segurador universal. Por esta teoria, o Estado tem o dever de indenizar todo e qualquer dano suportado pelo particular, não lhe sendo permitido invocar qualquer causa de exclusão do nexa causal (a saber: culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, caso fortuito ou força maior). “A responsabilidade do Estado é genérica e indeterminada.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 501)

Ainda que alguns doutrinadores sustentem sua admissibilidade nos textos das Constituições da República, o entendimento majoritário é de que, ressalvadas as hipóteses recentemente incluídas no nosso ordenamento jurídico a respeito de acidente nuclear, atos terroristas, atos de guerra e correlatos praticados contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras², essa teoria jamais foi acolhida entre nós.

Sérgio Cavalieri Filho (2010), por fim, entende que o nosso ordenamento jurídico não adotou a teoria do risco integral como regra, mas faz uma importante ressalva quanto aos casos de acidente de trabalho. Nessas situações a indenização

² A aplicação da teoria do risco integral nesses casos ocorre por expressa disposição legal, prevista no art. 21, XXIII, da CRFB/88, incluído pela Emenda Constitucional n.º 49 de 2006 e das Leis n.º 10.309/2001 e 10.744/2003.

pelo empregador é devida mesmo em caso de culpa exclusiva da vítima ou de caso fortuito.³

2.3 A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

A ideia de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro seguiu uma evolução coerente com a dos demais países da família romano-germânica.

“O certo é que jamais se pôs em dúvida, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica.” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1027) Com o advento da primeira Constituição Republicana, já se pode ver os traços iniciais da formação de uma sólida construção doutrinária e jurisprudencial favorável à responsabilização do Estado.

Segundo Sérgio Severo (2009, p. 39), assim como no direito comparado, a afirmação da responsabilidade civil do Estado teve início no âmbito do direito privado, sob o regime civilista, que com o tempo foi galgando *status* constitucional e tornando-se merecedora de um regime eminentemente público, consolidando posição pioneira no direito comparado.

A Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179, XXIX, já garantia a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, responsabilizando os empregados públicos pelos abusos e omissões praticadas no exercício das suas funções ou por seus subalternos.

Contudo, como anota Sérgio Severo (2009), nos incisos do artigo 179 da Constituição Imperial⁴, estão previstas três situações excepcionais de responsabilidade do Estado que, hoje, são facilmente identificáveis com a noção atual de responsabilidade estatal. São elas:

- a) indenização pela privação do direito de propriedade – inc. XXII;
- b) indenização pela vulgarização da propriedade intelectual – inc. XXVI;
- c) responsabilização pela violação de correspondência – inc. XXVII.

³ Sérgio Cavalieri Filho disserta sobre a aplicação da Teoria do Risco Integral aos casos de acidente de trabalho nas páginas 244 e seguintes da obra “*Programa de Responsabilidade Civil*”.

⁴ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

Como exemplo de casos que ensejaram indenização estatal ao particular, as desapropriações decorrentes da transferência da Corte portuguesa para o Brasil, nos termos da Constituição do Império, e as indenizações pagas aos donos de escravos com a abolição da escravatura⁵.

Com base nestes incisos, é possível afirmar que durante o constitucionalismo monárquico adotava-se como regra a irresponsabilidade do imperador (art. 99 da Constituição do Império⁶) e a responsabilidade do funcionário (art. 179, XXIX, Constituição do Império⁷), admitindo-se, excepcionalmente, quando expressamente previsto na Constituição, casos de indenização pública.

Ainda que a Constituição Republicana de 1891, em seu art. 82, tenha permanecido responsabilizando os funcionários públicos pelos abusos e omissões cometidos no exercício dos seus cargos⁸, a tendência dos três poderes estatais já era no voltada a responsabilização do Estado pelos danos sofridos pelos particulares em decorrência da sua ação⁹.

Neste sentido são as lições de Amaro Cavalcanti (1905) ao referir que a responsabilidade do ente estatal sempre foi reconhecida em nossos hábitos jurisprudenciais no início da República.

Conforme lições de Pimenta Bueno (1857), os preceitos constitucionais de 1891 não foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores da responsabilidade pessoal do agente. Mesmo naquela época, o entendimento já era no sentido de haver responsabilidade solidária entre o Estado e

⁵ O assunto é detalhadamente estudado pelo prof. Sérgio Severo na obra *Tratado da Responsabilidade Pública*, Título I.

⁶Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

⁷ XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

⁸ Art. 82 – Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente seus subalternos.

⁹ Exemplificando, Sérgio Severo cita, em sua obra *Tratado da Responsabilidade Pública*, p. 54, que além de o *leading case* Marechal José de Almeida Barreto vs. Fazenda Nacional, em que o STF indenizou o Marechal José de Almeida Barreto e, no exercício da função administrativa, concedeu anistia aos então reformados, também são exemplos de reparação civil estatal, naquela época, a indenização concedida ao Imperador deposto e a família de Benjamim Constant Botelho de Magalhães, pelo poder constituinte originário. Conclui observando que os três Poderes estatais afirmavam então a mesma tese: o Estado responde pelos danos sofridos pelo particular em razão da sua ação.

os atos de seus agentes. Com o advento do Código Civil de 1916, não restou espaço para dúvidas.

A responsabilidade pública, como regra geral, ocorreu pelo regime civilista a partir do art. 15 do Código Civil de 1916¹⁰. O referido artigo fez menção expressa à licitude e à culpa do agente estatal, deixando claro o caráter subjetivo da responsabilidade pública.

Inobstante o teor deste dispositivo, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 1028), a tese da responsabilidade objetiva não tardou a ser arguida por seus adeptos. Dentre os quais figuravam Ruy Barbosa, Pedro Lessa, Amaro Cavalcanti e alguns ministros do STF como Filadelfo Azevedo.

Ato contínuo, as Constituições de 1934 (em seu art. 171¹¹) e de 1937 (em seu art. 158¹²) atribuíram a responsabilidade solidária entre a Fazenda e funcionário por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos, mantendo, portanto, o caráter subjetivo da responsabilidade pública.

Com a Constituição de 1946 houve a grande alteração legislativa no que concerne a responsabilidade do Estado.

Dispondo que “as pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, o art. 194 da Constituição de 1946 introduziu no nosso ordenamento jurídico a teoria da responsabilidade objetiva, configurando a publicização do regime da responsabilidade pública.

A partir daí, o Estado passou a responder por danos oriundos de atos lesivos, mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular do funcionário público, colocando-se à margem de qualquer culpa ou falta de serviço, sendo resguardado, no parágrafo único do referido artigo, o direito de regresso caso tenha havido culpa¹³.

¹⁰ Art. 15. As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.

¹¹ Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

¹² Manteve a redação do art. 171 da Constituição de 1934.

¹³ Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

A Carta de 1967 inovou, em relação à de 1946, ao referir expressamente o cabimento de ação regressiva em caso de dolo do funcionário, confirmando, no resto, a interpretação do art. 194 da carta de 1946. O diploma de 1969 manteve o disposto no anterior.

Hodiernamente, a Constituição de 1988 consagra no seu art. 37, §6º que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. O exame desse artigo revela que o legislador constituinte estabeleceu a responsabilidade objetiva, pela teoria do risco administrativo, para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos, pelo emprego do vocábulo agente em seu sentido mais genérico.

Outro avanço normativo em matéria de responsabilidade estatal é o art. 5º, X, da CF/88¹⁴, pois além de prever a individualização do dano moral, compreende, na sua redação, tanto a pessoa física quanto a jurídica.

“A responsabilidade pública importa que o comportamento derive de um agente público, sendo irrelevante o título jurídico da investidura do agente.” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1030) Assim, basta que o dano tenha sido produzido por alguém investido na qualidade de agente público para que, ainda que tenha agido impulsionado por sentimentos estranhos a finalidade do serviço, esteja caracterizada a responsabilidade.

¹⁴ Art. 5º, X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

CAPÍTULO II - ANÁLISE DOURINÁRIA

Neste capítulo será feita uma análise das principais doutrinas existentes no nosso ordenamento jurídico que se propõem a resolver a questão da responsabilidade estatal por omissão.

A divisão capitular foi feita segundo a forma de responsabilização defendida (objetiva, subjetiva, pela natureza da intervenção). Assim, primeiramente serão analisados e contrapostos os argumentos que embasam a forma de responsabilização e, após, apresentadas as teorias estruturadas segundo aquele fundamento.

3 A RESPONSABILIDADE ESTATAL OBJETIVA POR OMISSÃO

3.1 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

A doutrina nacional é uníssona ao proclamar que a responsabilidade civil objetiva do Estado está fundamentada no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e no princípio da legalidade. Veremos, também, a aplicação do princípio da proporcionalidade à responsabilidade civil do Estado, conforme doutrina do prof. Juarez Freitas. Por fim, veremos a discussão doutrinária a respeito da licitude/ ilicitude da conduta danosa estatal.

3.1.1 Princípio da Igualdade de Todos Perante os Encargos Sociais

Por este princípio, busca-se atingir, de forma democrática, a repartição dos ônus da atividade administrativa. As atividades estatais são sempre exercidas em benefício de todos. Quando o Estado, por exemplo, realiza obra de pavimentação, todos os cidadãos serão beneficiados por esta atividade. Contudo, não se pode olvidar daqueles que em razão desta atividade serão excessivamente onerados pelo poder público.

Conforme lições de Sérgio Cavalieri Filho (2010), não seria justo cogitar que a sociedade fosse beneficiada em detrimento do direito de um ou um grupo de cidadãos. O Estado, que representa a todos, deve sempre primar pelo princípio da igualdade de modo que, aquele cidadão que suportou dano excessivo em razão da

atividade estatal deve ser indenizado pelos cofres públicos que, por serem custeados por meio dos impostos, permitem uma aplicação efetiva do princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais.

Conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, “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 para o benefício de todos.” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1011)

3.1.2 Princípio da Legalidade

Já o princípio da legalidade, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, caracteriza-se por vincular a atividade estatal.

Conforme lições de Helly Lopes Meirelles (2012, p. 717/721), por este princípio, o administrador público sujeita-se aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, não podendo deles se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e ser responsabilizado na esfera administrativa (disciplinarmente), civil e criminal, conforme o caso.

Para o professor Juarez Freitas:

[...] deve operar a legalidade, antes de mais, como firme anteparo contra os subjetivismos arbitrários de todos os tipos (toda arbitrariedade, por ação ou omissão, mostra-se autocontraditória e antijurídica). Enfatiza-se: a legalidade é princípio entre os princípios, mas indescartável para observar o direito fundamental à boa administração pública. (FREITAS, 2009, p. 74)

3.1.3 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade foi pensado como forma de reequacionar a responsabilidade extracontratual do Estado.

Conforme Juarez Freitas (2006, p. 170), “trata-se de duplo movimento, que pressupõe assimilar a proporcionalidade como proibição simultânea de excessos e de inoperância”. É natural que, na busca pelo bem comum, a aplicação do direito público cause alguns sacrifícios aos direitos fundamentais de uma parcela dos seus

administrados, mas não é esta situação que enseja a aplicação deste princípio. “O vício ocorrerá somente na instauração do sacrifício iníquo” (FREITAS, 2006, p. 173)

Ainda conforme Freitas (2006, p. 176/177), a aferição da responsabilidade extracontratual pressupõe a não observância, pelo ente público, de três outros subprincípios. Quais sejam: a) **Adequação entre meios e fins**: exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo legislador ou pelo administrador e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo; b) **Necessidade**: determina que, havendo várias alternativas, o Estado opte pela que sacrificar menos os interesses e as liberdades em jogo; c) **Proporcionalidade em sentido estrito**: “decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, mas desproporcionais em relação ao custo-benefício [...] faz a conta do lucro e da perda, ao apurar se os ônus são desmesurados”. (FREITAS, 2006, 177)

Para o professor, a evolução do princípio da proporcionalidade está apenas esboçada, faltando, sobretudo, introjetar a proibição de insuficiência ou inoperância:

Claro, a evolução do princípio da proporcionalidade está apenas esboçada. O que falta? Falta sobretudo efetivar e introjetar a proibição de insuficiência ou inoperância. Sob a pressão e a insegurança derivadas do déficit prestacional em matéria de direitos fundamentais, a aplicação do princípio, nesse ângulo, demanda, sem tardar, o foco prioritário de todos, designadamente de administradores e juízes. (FREITAS, 2006, p. 176)

Ademais, segundo o referido professor (2006, p. 172), as desproporções caracterizam violações ao princípio e, portanto, são antijurídicas e ensejam responsabilidade.

3.1.4 Atos Lícitos *versus* Atos Ilícitos

Existe muita discussão na doutrina quanto à relevância da licitude do ato para a fundamentação da responsabilidade objetiva estatal.

Para que se tenha uma correta compreensão do entrave doutrinário, é interessante dividir as teses em: a) os autores que entendem haver responsabilidade do Estado somente pela prática de atos ilícitos; e b) os autores que entendem que a responsabilidade do Estado se verifica independentemente da ilicitude do ato, bastando que esteja configurado o nexu causal.

Dentre os autores que sustentam a existência de responsabilidade estatal apenas por atos ilícitos está Sérgio Cavalieri Filho:

Não há que se falar em ato lícito se em todos os casos de responsabilidade objetiva - dos transportados, do Estado, do fornecedor etc. – há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a ilicitude. Ora será o dever de incolumidade, ora o dever de segurança – mas, como veremos, haverá sempre o descumprimento de uma obrigação originária. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 09)

Por outro lado Maria Sylvia Di Pietro, Lúcia Valle do Figueiredo, Edmir Netto de Araújo e Celso Antônio Bandeira de Mello entendem que existe responsabilidade estatal tanto quando o dano decorrer de ato lícito ou ilícito, diferenciando-se, nestes casos, apenas a fundamentação desta responsabilidade.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o fundamento se biparte da seguinte forma:

- a) No caso de comportamentos lícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.
- b) No caso de comportamentos ilícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir um 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. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1007)

De outra parte, para Lúcia Valle do Figueiredo (2007, p. 288) “a responsabilidade estatal decorrente de atos ilícitos funda-se, facilmente, no princípio da legalidade, gerando direitos de ressarcimento aos administrados em contrapartida da afronta do Estado ao seu dever de agir sob a lei”. Contudo, se no exercício regular de suas funções a administração lesar o administrado, também responderá por ato lícito, mas sob o fundamento do princípio da igualdade.

Por outro lado, para Maria Sylvia Di Pietro a qualificação entre atos lícitos e ilícitos é irrelevante:

A qualificação entre atos lícitos e ilícitos é irrelevante vez que o fundamento da responsabilidade objetiva estatal, em qualquer dos casos, está no rompimento do preceito da isonomia garantido pelo princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. (DI PIETRO, 2012, 705/706)

Também neste sentido é o entendimento de Edmir Netto de Araújo:

Independe, a responsabilidade, da ilicitude dos atos porque decorre fundamentalmente do dano e do consenso de que o respectivo prejuízo deve ser repartido entre a coletividade (justiça social e equidade), elementos que lastreiam a teoria objetiva “sem culpa” da responsabilidade do Estado. (NETTO DE ARAÚJO, 2010, p.789)

Exemplo típico de atos lícitos do Estado que ensejam reparação, é a situação decorrente da conjugação do art. 188, II com os arts. 929 ou 930, todos do Código Civil.¹⁵

Para Maria Sylvia Di Pietro, no caso de danos decorrentes de prática de atos em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; “a responsabilidade civil objetiva do Estado incide, apesar da ilicitude do ato, cabendo direito de regresso contra aquele em defesa de quem se causou o dano.” (DI PIETRO, 2012, p. 706)

Neste ponto, há que se fazer a ressalva de que, para os autores que entendem inexistir dever de responsabilidade estatal por atos lícitos, as situações descritas no parágrafo anterior são excepcionais e não tratam de responsabilidade em sentido técnico, mas de mera obrigação de indenizar por ato ilícito. Neste sentido são os argumentos de Sérgio Cavalieri Filho:

Ademais, os casos de indenização por ato lícito são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, arts. 188, II c/c arts. 929 e 930, 1.285, 1.289, 1.298, 1.385, §3º etc). Nestes casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação de indenizar por ato lícito. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 09)

¹⁵ Art. 188 - Não constituem atos ilícitos:

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhes o direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

3.2 ANÁLISE DOS ELEMENTOS CENTRAIS CONSTITUCIONAIS

A responsabilidade estatal tem previsão constitucional no art. 37, § 6º da CRFB/88. Contudo, muitas são as questões levantadas a respeito da abrangência deste artigo. Assim, faremos uma análise dos elementos constitucionais a fim de identificar quem são os entes responsabilizáveis, quem tem legitimidade para requerer a responsabilização estatal, quem são os agentes de estado referidos pelo legislador constituinte e em que termos se estabelece esta dupla responsabilização (do Estado e do agente público).

3.2.1 A Responsabilidade das Prestadoras de Serviços Públicos

O art. 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor dispõe, de forma clara, que “o fornecedor de serviços públicos responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. Logo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor imputou responsabilidade sem culpa, portanto objetiva, ao fornecedor pelo fato do produto. Neste sentido são os comentários de Arruda Alvim, Thereza Alvin, Eduardo Arruda Alvim e James Martins:

Um sistema de responsabilização pelo fato do produto deve atender a que o risco seja debatido a quem melhor tenha condições de prevê-lo, a quem, melhor que o outro, possa distribuir, diluir e reduzir o risco, e, finalmente, que o risco recaia sobre quem o origina, sem que isto signifique a imposição de uma responsabilidade absoluta, pois o que colima é a harmônica distribuição do risco (ALVIN *et al*, 1995, p. 94 e 95)

O art. 3º deste diploma legal dispõe que “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, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Logo, pela redação do artigo, está claro que “o Poder Público, seus órgãos e entidades foram, inquestionavelmente, postos na categoria de fornecedor, para fins de responsabilização decorrente das relações de consumo” (NETTO DE ARAUJO, 2010, p. 798).

Neste sentido são os comentários dos autores do anteprojeto Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Néelson Nery Júnior e Zelmo Denari:

Parece razoável concluir que, a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Estado pelo funcionamento dos serviços públicos não decorre da *falta* mas do *fato do serviço público*, ficando evidente que o legislador pátrio acolheu, iniludivelmente, a *teoria do risco administrativo*, defendida com denodo por Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo, Pedro Lessa, e mais recentemente pelo festejado Aguiar Dias” (GRINOVER *et al*, 2011, pag. 111)

Aguiar Dias, em sua clássica *Da Responsabilidade Civil*, reportando-se a Amaro Cavalcanti, assim prelaciona:

“Somos, assim, pela aplicação, entre nós, da doutrina do risco administrativo, como a defendia já o insigne Amaro Cavalcanti, ‘assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos da sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: *quod omnes tangit ab omnibus debet suppostari*”. (AGUIAR DIAS, 1987, p. 629)

Assim, a responsabilidade estatal e daqueles que atuam em serviços públicos de interesse da coletividade é indiscutivelmente objetiva, mesmo nos casos de omissão.

3.2.2 O Direito dos Terceiros Vitimados

O emprego do vocábulo “terceiros” passou por nítida alteração ao longo dos anos. Antigamente entendia-se que a responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviço público só se aplicava aos danos suportados pelo usuário daquele serviço. Isso porque somente os usuários, por comportarem a qualidade de consumidores, eram titulares do direito à adequada prestação daquele serviço.

Trata-se de entendimento superado no nosso ordenamento jurídico que, hoje, entende que “a responsabilidade das prestadoras de serviço público existe perante todos que foram vitimados pelo mau funcionamento, não funcionamento ou

funcionamento tardio do serviço, usuários ou não.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 591.874 RG/MS, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2008).

Conforme lições de José dos Santos Carvalho Filho, uma distinção entre usuários ou não do serviço ocasionaria em absoluta incongruência com a ideia central do dispositivo constitucional, pois “a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, §6º da CFRB tem carga de incidência idêntica para o Estado e para as pessoas privadas prestadoras de serviço público: aplica-se a todos, usuários e terceiros.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 508)

3.2.3 Conceito de agente do Estado

A Constituição prevê que responderão pelos danos causados por seus agentes as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos.

A designação pessoa jurídica de direito público engloba a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios, as autarquias, as fundações e os consórcios públicos. Já o termo pessoa jurídica de direito privado refere às empresas públicas, às sociedades de economia mista que prestam serviço público e às concessionárias e permissionárias.

A doutrina tem conceituado agente como todos aqueles que – em qualquer nível de escalão – “tomam decisões ou realizam atividades de alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo estado como pertinente a si próprio.” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1008)

Conforme magistério de Yussef Cahali:

A palavra ‘agente’, pelo elastério que propicia, compreende aquelas pessoas que de uma forma ou de outra, regular ou irregularmente, se encontram exercendo qualquer atividade inerente ao serviço público, e já reconhecidas, pelo direito anterior, como hábeis à produção de danos, pelos quais deve responder o Estado. (CAHALI, 2007, p. 82)

Como o Estado é um ente abstrato, sem vontade nem ação, convencionou-se, com base na teoria do órgão, que o mesmo não é representado pelos seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam. (CAHALI, 2007, p.

80/88; CAVALIERI FILHO, 2010, p. 240/241; BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1007/1009; LOPES MEIRELLES, 2012, p. 718/719)

A expressão nessa qualidade, adotada pelo legislador, tem razão de ser porque “o Estado só poderá ser responsabilizado se seu preposto estiver no exercício das suas funções ou, ao menos, conduzido a pretexto de exercê-las.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 509). Nas palavras de Themistocles Cavalcanti:

Para que a responsabilidade do Estado cubra o ato do funcionário é preciso estabelecer a *relação entre o ato e o serviço*; em outras palavras, que tenha sido o ato praticado para o serviço, ou pelo menos, durante o serviço; daí a fórmula conhecida – *no exercício de suas funções*. (CAVALCANTI, 1964, p. 384/385)

Daí, que “acarretam a responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos em razão do fato de o agente ter se prevaletido da condição de agente público.” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1009)

Neste sentido são as lições de Caio Mário:

Ter-se-á de apurar se estes agem como representantes do Poder Público, não no sentido de que sejam portadores de um mandato, que os invista em poderes de representação regular, mas se os atos danosos são praticados por alguém que esteja realizando uma atividade inerente a um órgão estatal, ou execute função ou um serviço que seja próprio do Estado, ou lhe compita. (PEREIRA, 1966, p. 393)

Para Helly Lopes Meirelles ensina que “o abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso insta a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída”. (LOPES MEIRELLES, 2012, p. 719)

Este foi o entendimento adotado pela nossa Corte Suprema no julgamento do Recurso Extraordinário 160.401, de relatoria do então Min. Carlos Velloso, em que a agressão com arma de fogo foi praticada por um soldado fora do serviço. Aquela corte entendeu que 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.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 160401, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, 1999).

3.2.4 A Duplicidade das Relações Jurídicas

O art. 37, §6º da CF mostra a existência de duas relações jurídicas distintas em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado.

A primeira trata da ação de indenização que pode ser movida pelo lesado contra o Estado. A segunda, da ação regressiva do Estado contra o causador direto do dano. Para o êxito da segunda, é necessário que “o Estado já tenha sido condenado a indenizar o lesado e que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso.” (LOPES MEIRELLES, 2012, p. 725)

Assim, conforme redação constitucional, na aferição da responsabilidade estatal pelos danos decorrentes da sua ação a responsabilidade é objetiva. Já para a responsabilização do servidor é essencial que este tenha incorrido com culpa para a ocorrência do dano.

Enquanto que para a responsabilização do Estado há margem para questionamentos a respeito da forma de responsabilização nos casos de omissão, a responsabilização do agente público sempre será subjetiva e apurada pelos critérios gerais do Código Civil.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A principal característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. Dispensado o fator culpa, para configurar a responsabilidade estatal bastam três pressupostos: a) Fato administrativo; b) Dano; c) Nexo Causal.

3.3.1 Fato Administrativo

O primeiro pressuposto da responsabilidade objetiva é a existência do fato administrativo, que é a conduta, de qualquer espécie, atribuída ao poder público.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 247), é essencial que “o cargo/ função/ atividade administrativa tenha dado oportunidade para a prática do ato ilícito”. Do contrário, não há como atribuir responsabilidade ao Poder Público.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 511), “mesmo que o agente estatal tenha atuado fora das suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é

tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má escolha fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*)”.

Neste sentido, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

Sempre que a condição do agente tiver contribuindo de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a exigência de uma relação entre a função pública exercida pela agente e o fato gerador do dano. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 247)

Assim, para que haja responsabilidade estatal, é necessário que o dano suportado pelo lesado tenha sido provocado por um agente estatal, ainda que este esteja fora das suas funções, mas a pretexto de exercê-las.

3.3.2 Dano

O segundo pressuposto para a responsabilização do Estado é o *dano*. Este dano, contudo precisa ser certo, não havendo responsabilidade estatal por danos futuros ou hipotéticos. Neste sentido são as lições de Santiago Muñoz Machado (1994, p. 108) “encuanto al requisito *daño* se exige que sea *cierto*, no admitiéndose los daños futuros o hipotéticos, aunque sí una lesión que, em el momento de presentar el recurso, es previsible e inminente.”

Também neste sentido são as lições de Juarez Freitas:

Assim, o dano juridicamente injusto, que prejudica direito ou interesse legítimo (individual e transindividual), caracteriza-se por ser: (i) certo, (ii) especial (não-eventual), ainda que reflexo e (iii) discrepante dos parâmetros do normalmente aceitável. Numa palavra: desproporcional. (FREITAS, 2006, p. 178)

Logo, se a conduta do Estado não provocou um dano no dito lesado, não há falar em responsabilidade estatal. Segundo Edmir Netto de Araújo (2010), independente da natureza (se material, moral ou pessoal), incumbe ao lesado provar a existência do dano.

3.3.2.1 Teoria do dano direto e imediato

Pela teoria do dano direto e imediato, só há existência de nexo de causalidade quando o dano for efeito necessário da causa. Abarcará, também, o dano indireto e remoto quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Ou seja, a interrupção do curso causal retira a responsabilidade do Estado.

Exemplo típico observado na jurisprudência do nosso ordenamento jurídico são os delitos praticados por apenado foragido do sistema prisional. Transcorrido considerável lapso temporal, as Cortes Superiores entendem desconfigurado o nexo de causalidade entre a omissão do Poder Público e os delitos praticados pelo apenado foragido.¹⁶

Há, contudo, muita dificuldade para estabelecer a medida exata do tempo capaz de desconfigurar a relação de causalidade entre o dano e a omissão.

No entanto, os julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal mostram uma superação deste entendimento. No julgamento do RE 409.203, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, considerou-se a omissão do Estado em cumprir a Lei de Execução Penal como causa suficiente para sua responsabilização pelo crime de estupro cometido por fugitivo de penitenciária contra menor de idade.

Para aquela corte, a omissão do Estado foi fator determinante para propiciar ao infrator a oportunidade para a prática do crime, pois quando do cometimento do delito o infrator deveria estar recolhido à prisão.

Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Carlos Velloso, Relator para acórdão: Min. Joaquim Barbosa, 2006)

¹⁶ Esta questão foi debatida nos julgamentos do RE 395942/RS e RE 395942 AgR/RS, por exemplo.

Em suas razões de decidir, o i. Min. Barbosa entendeu existente o nexo de causalidade, pois a omissão estatal em aplicar corretamente a lei de execução penal tornou possível a evasão do apenado para cometimento de novo delito.

A mesma relativização da teoria do dano direito e imediato pôde ser observada no julgamento da STA 223¹⁷.

Discutia-se, naquele recurso a antecipação de tutela conferida pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco obrigando aquele Estado de custear cirurgia para a reparação de lesões graves sofridas pelo cidadão em decorrência de assalto ocorrido em via pública¹⁸.

No que tange a responsabilidade do Estado, cumpre referir os argumentos trazidos pelo Min. Celso de Mello, para quem o cidadão tem o direito de exigir do Estado o cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, pois “o que não tem sentido é que o Estado permaneça simplesmente se omitindo no dever constitucional de prover segurança pública ao cidadão e, depois, demitindo-se das conseqüências que resultam do cumprimento desse mesmo dever” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 223, Relatora: Min. Ellen Greice, Divergência: Min. Celso de Mello, 2008).

Entendeu, o Min., estar configurado no caso todos os elementos que compõe a responsabilidade objetiva do Poder Público, considerando o dever de prestação do Estado, o nexo de causalidade, a omissão administrativa e o dano sofrido:

A mim me parece que todos os elementos que compõem a estrutura da responsabilidade civil objetiva do poder público estariam presentes nesse caso. A situação de dano gravíssimo, risco inaceitável à vida, ocorre em relação a esse paciente e muito menos em relação ao poder público. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 223, Relatora: Min. Ellen Greice, Divergência: Min. Celso de Mello, 2008)

Ainda conforme aquele julgamento, situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público se, além dos elementos que compõem a estrutura da responsabilidade estatal, estiver

¹⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87122>. Acesso em 22/11/2013, às 12h14min.

¹⁸ Neste caso, a antecipação de tutela concedida pelo Tribunal de Justiça Estadual foi para obrigar o Estado de Pernambuco a custear cirurgia de implante Marcapasso Diafragmático Muscular – MDM, com profissional escolhido pelo cidadão, que ficou tetraplégico após assalto sofrido em via pública. Alega que a realização desta cirurgia devolveria ao lesado condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico.

configurada i) a existência do dever de prestação pelo Estado, ii) a omissão administrativa e iii) o dano sofrido pela vítima.

Afora isso, foi reconhecido que entre o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último.

Tenho a impressão que a realidade da vida tão pulsante nesse caso impõe que se dê provimento a este recurso e que se reconheça a essa pessoa o direito de buscar autonomia existencial desvinculando-se de um respirador artificial que a mantém ligada a um leito hospitalar depois de meses de estado comatoso [...] deve ser reconhecido a todos o direito referente à busca da felicidade, resultado do princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 223, Relatora: Min. Ellen Greice, Divergência: Min. Celso de Mello, 2008)

Deste modo, no julgamento daquele recuso o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, garantiu o custeio, por parte do estado de Pernambuco, do tratamento médico.

3.3.3 Nexo Causal

Para que se possa falar em responsabilidade pública é necessário que se verifique a existência de uma relação de causalidade entre o serviço público e o dano sofrido pelo particular. (SEVERO, 2009, p. 203)

O nexos causal é base diferenciadora da teoria do risco integral (não adotada no nosso ordenamento¹⁹) e a teoria do risco administrativo. É requisito essencial para atribuição de responsabilidade ao Estado. Conforme Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 47), “o nexos de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil”.

É o nexos causal quem vai estabelecer a relação de causalidade entre a omissão estatal e o dano. Na ausência desta relação de causalidade, torna-se impossível atribuir ao Estado responsabilidade pelo sinistro eximindo-se, o ente público de qualquer indenização.

Conforme lições de Edmir Netto de Araújo:

O prejuízo reclamado pelo administrado deve ser decorrência direta ou indireta da atividade ou omissão do Poder Público, tanto atividade lícita ou

¹⁹ Afirmação feita com a devida ressalva aos situações descritas no ponto 2.2.4.2

normal da Administração quanto ato ilícito ou anormal de seu agente, surgindo daí a obrigação de indenizar. (NETTO DE ARAÚJO, 2010, p. 791)

Os casos de responsabilidade por atos omissivos possuem a característica de não evidenciar o nexos de causalidade, dificultando a comprovação da sua existência. Conforme Yussef Cahali:

[...] impende reconhecer que o nexos de causalidade, erigido à condição de pressuposto bastante para a determinação da responsabilidade objetiva do Estado, nem sempre aparece com a necessária precisão e clareza; e isto transparece especialmente naqueles casos de atos omissivos da Administração, substancialmente identificados como falha anônima do serviço, quando então se examina se o ato omitido seria razoavelmente exigível, para se deduzir da sua omissão ou falta a causa primária do prejuízo reclamado. (CAHALI, 2007, p. 45)

Também neste sentido é a lição de Silvio de Salvo Venosa e Gisela Sampaio da Cruz:

O conceito de nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que uni-se a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito. (VENOSA, 2007, p. 45)

No campo da responsabilidade civil, o nexos causal cumpre uma dupla função: por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização (SAMPAIO DA CRUZ, 2005, p. 20/21)

Apesar da dificuldade apresentada, a demonstração do nexos de causalidade é essencial para a atribuição de responsabilidade ao Poder Público. Não havendo relação de causalidade entre a conduta estatal e o dano suportado pelo particular, não há falar em responsabilidade estatal. Neste sentido, Almiro do Couto e Silva:

Compreende-se, pois, que a responsabilidade do Estado, quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de um dos seus agentes ou por culpa anônima ou por falha do serviço, para que o dano se produzisse. Em tais circunstâncias a conduta do Estado só se qualificará como concausa do evento, se existir violação, por parte do Poder Público, de um dever jurídico preexistente, porquanto os deveres que tem com relação aos particulares são limitados, como já se deixou entrever. (COUTO E SILVA, 2003, p. 16)

Ou seja, o rompimento do nexo causal exime o Estado de qualquer responsabilidade pelo dano.

3.3.3.1 Hipóteses excludentes ou atenuantes da responsabilidade estatal pelo rompimento do nexo de causalidade

Como visto anteriormente, quando o serviço público não for a causa do dano ou junto da ação estatal concorrerem outras circunstâncias, a responsabilidade do Estado ou deixará de existir ou será reduzida²⁰. Deste modo, cumpre analisarmos as causas de rompimento do nexo causal ou de atenuação do *quantum* indenizatório.

a. **Culpa Exclusiva da Vítima**

Sempre que a vítima houver contribuído para a ocorrência do dano há que se verificar em que proporção ocorreu esta contribuição. Isso porque, havendo participação do lesado, a responsabilidade do Estado será atenuada.

Em determinadas situações, fatores externos concorrem com a omissão estatal para a ocorrência do dano. É a situação exemplificativa, referida por José dos Santos Carvalho Filho (2011), de abalroamento em razão do não funcionamento de semáforo em cruzamento. Nesta situação, a responsabilidade pelos danos poderá ser atribuída ao Estado, porque é do ente público a responsabilidade pela fiscalização e funcionamento dos semáforos de trânsito. Contudo, a situação muda se, ao verificar as circunstâncias do acidente, percebe-se que um ou ambos os motoristas trafegavam acima da velocidade máxima permitida na via. Nesta nova situação, a imprudência das vítimas contribuiu diretamente para concretização do dano. Nada mais justo que o Estado seja responsabilizado na parcela em que a sua omissão contribuiu para a ocorrência do dano.

Na situação descrita fica clara a redução da responsabilidade do poder público frente a participação do lesado. Se a culpa pelo dano puder ser inteiramente

²⁰ Neste sentido REsp 1136885/SP. Relator: Nancy Andrigh. Julgamento em: 28/02/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1125696&sReg=200900789227&sData=20120307&formato=PDF Acesso em: 22/11/2012, às 12h43min.

atribuída à vítima, o Estado se desincumbe da responsabilidade. Neste sentido é a lição de Muñoz Machado:

La existencia de *nexo causal* se exige siempre por el Tribunal. Acepta, com normalidad, la jurisprudencia, la minoración de la indemnización solicitada en caso de concurrencia de culpa de la víctima (assunto *Grifoni*, Sentencia de 27 de marzo de 1990). El caso *fortuito*, en cambio, no matiza ni rompe la relación causal. No es que el Tribunal lo haya dicho expresamente, pero es evidente que el accidente que sufrió el señor *Leussink* fue um supuesto de caso fortuito: estalló um neumático del automóvil de la Comisión que le conducía en un viaje oficial. Y no por ello quedó eximida, la institución demandada, de abonar una cuantiosa indemnización al accidentado (Sentencia de 8 de octubre de 1986). (MACHADO, 1994, p. 109)

Se a vítima concorreu com a omissão estatal, o ente público será proporcionalmente responsabilizado em acordo com a sua contribuição para a ocorrência do dano.

Mesmo dentre os adeptos da teoria da responsabilidade objetiva por omissão, a participação do lesado é fato importante a ser sopesado. Conforme lições de Carvalho Filho:

O fato de ser o Estado sujeito a responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social. [...] se o lesado, juntamente com a conduta estatal, participou do resultado danoso, não seria justo que o Poder Público arcasse sozinho com a reparação dos prejuízos. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 513).

Justamente em razão destes excessos, o nosso ordenamento jurídico repudia a teoria do risco integral. Também neste sentido é a lição de Marçal Justen Filho:

Se o dano foi acarretado por conduta antijurídica alheia, não cabe a responsabilização civil do Estado pela inexistência da infração do dever de diligência – exceto quando a ele incumbia um dever de diligência especial, destinado a impedir a concretização de danos. Ou seja, pode-se cogitar de responsabilização civil do Estado por omissão a depender da circunstância. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1214)

Neste mesmo sentido Maria Sylvia Di Pietro (2012, p. 706) afirma: “a indenização devida pelo Estado deverá sofrer redução proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o resultado danoso.” (DI PIETRO, 2012, p. 706). O mesmo fazem os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Na hipótese da redução proporcional da responsabilidade civil objetiva, quando há culpa concorrente do Estado e do particular, não é tão clara a relação entre a excludente parcial e o nexo de causalidade. Mesmo nestes casos, entretanto, há autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que defendem residir no nexo causal a explicação para a redução do dever de indenizar, por parte do Estado. (ALEXANDRINO E PAULO, 2006, p. 480)

Importante referir que a ideia de redução da responsabilidade estatal encontra guarida no direito privado. Trata-se da aplicação do sistema da compensação das culpas do direito privado. Considerando a existência de diversos fatos desta natureza, o Código Civil Brasileiro, no art. 945, prevê a distribuição proporcional da indenização em razão da gravidade da culpa do agente em confronto com a culpa do autor do dano²¹.

Já nas situações em que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, nada mais razoável do que eximir o Estado de qualquer responsabilidade sobre os danos. Neste sentido são as lições de Aguiar Dias (1960, p. 727), “a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos”.

b. Fato Imputável à Terceiro

Em regra, quando o fato danoso for imputável à terceiro, estará rompido o nexo de causalidade e o Estado eximir-se-á da responsabilidade. Neste sentido são os ensinamentos de Gisela Sampaio da Cruz:

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 nexo 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. (CRUZ, 2005, p. 180)

Assim, quando o dano reclamado tenha sido causado por terceiro, o Estado estará eximido de responsabilidade. Cumpre referir, ainda, que o agente público que causa danos fora da sua atividade funcional é considerado terceiro e não implica em responsabilidade do Poder Público.

²¹ 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.

[...] designar o agente da pessoa jurídica pública ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos, in officio, isto é, quando se encontra 'em serviço', ou propter officium, ou seja, quando não estando na sede ou qualquer local da entidade, praticar ato danoso, 'em razão das funções que normalmente desempenhar'. Se, entretanto, o agente praticar qualquer ato 'na qualidade' de cidadão comum. Mesmo estando nas dependências da pessoa jurídica pública, ou privada prestadora de serviços, estará fora da incidência da regra jurídica constitucional. (CRETELLA JR., 2002, p. 145)

Por fim, importa referir que a Súmula 187 do STJ fixa entendimento daquela Corte Superior no sentido de que “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tenha ação de regresso”.

c. Força Maior e Caso Fortuito

Ainda que o Código Civil, no art. 393, não estabeleça nenhuma diferenciação entre os conceitos de força maior e caso fortuito, uma parcela da doutrina entende que a mesma se impõe, visto que caso fortuito não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado.

É que o caso fortuito ocorre quando o dano decorre de ato humano ou falha da Administração, não havendo rompimento do nexo de causalidade nem exclusão da responsabilidade estatal. Para Maria Sylvia Di Pietro:

Já o caso fortuito – que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado. (DI PIETRO, 2012, p. 707)

Neste mesmo sentido é a lição de Edmir Netto de Araújo:

A característica da força maior é possuir uma causa conhecida, mas impossível de ser contida pela potencialidade humana, é irresistível, inelutável. Geralmente é exemplificada pelos fatos da natureza, como raios, terremotos, erupções vulcânicas. Já no caso fortuito, a causa do acidente danoso permanece desconhecida, ignorando-se como foi produzido o evento. No caso do Estado, refere-se ao próprio funcionamento do serviço, em especial ao que se chama de acidente mecânico, culpa ignorada do serviço (NETTO DE ARAÚJO, 2010, p. 781)

Já no caso de força maior, que caracteriza-se por, além de ser um acontecimento imprevisível e inevitável, é estranho à vontade das partes, há rompimento do nexo causal. Por conseguinte, o Estado é eximido de responsabilidade pelo dano suportado pelo particular.

Sobre a imprevisibilidade e a inevitabilidade de eventos, Themistocles Brandão Cavalcanti ensina:

A ideia de irresistibilidade é função da violência do fato, da força excepcional dos elementos de destruição, violência que sobrepuja todas as precauções tomadas. Assim a queda de uma árvore causando dano, somente será atribuída a uma força irresistível, quando ela estivesse em condições de suportar um temporal comum, dessem que periodicamente assolam quase todas as regiões.

Mas se a árvore estava apodrecida, não oferecia as necessárias condições de segurança, não há como atribuir-se caráter irresistível, à força dos elementos, porque ela teria sucumbido em consequência de suas próprias condições precárias.

.....
O que é irresistível também é inevitável. São expressões semelhantes, idênticas em seu conteúdo, em sua significação.

Mas o que é imprevisível também é geralmente inevitável, porque a força humana e a técnica, não podem sobrepor-se ao evento. (CAVALCANTI, 1964, p. 419)

Para Cavalcanti (1964, p. 420), Força Maior, em razão da exterioridade, é causa excludente de responsabilidade. Caso Fortuito, contudo, por estabelecer uma relação mais íntima entre o fato e o responsável pela execução do serviço público, permite a existência de culpa pela falta de medidas necessárias para evitar o fato danoso. A segunda, portanto, não é causa excludente da responsabilidade.

Neste mesmo sentido são as lições de Sérgio Severo (2009, p. 217), para quem “a força maior representa hipótese excepcional, raramente considerada no plano da responsabilidade, na medida em que é, por definição, regida por critérios restritivos, v.g., irresistibilidade, imprevisibilidade e exterioridade”.

Nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro:

Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da administração. (DI PIETRO, 2012, p. 707)

Logo, para os autores que defendem esta diferenciação, a base diferenciadora destas situações é a exterioridade da conduta. Por todos, transcreve-se a doutrina de Sérgio Severo:

A força maior, uma vez reunidas as condições de sua configuração, pode implicar exoneração total ou parcial da responsabilidade. Uma vez atribuído o fato danoso tão-somente ao evento configurador da força maior, a exclusão total da responsabilidade se impõe. No entanto, casos há em que, mesmo configurada a força maior, ele não implica a totalidade do resultado danoso, na medida em que o funcionamento anormal do serviço também concorre com o resultado, o que determina a responsabilidade proporcional à contribuição para a concorrência do resultado danoso. (SEVERO, 2009, p. 219)

Enquanto no caso fortuito o dano decorreu de um ato humano, na força maior o dano decorreu de força da natureza (imprevisível e inevitável). Apenas a última exclui a responsabilidade estatal, na proporção em que tenha contribuído para a ocorrência do dano. Neste sentido são as esclarecedoras lições de Themistocles Cavalcanti:

A força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço.

Admite-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso fortuito, por estar incluído este último no risco administrativo.

Na força maior nenhuma interferência tem a vontade humana nem próxima nem remotamente, enquanto que no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e funcionamento do serviço. (CAVALCANTI, 1964, p. 415)

Por outro lado, autores como Marçal Justen Filho, que não diferenciam caso fortuito de força maior, entendem que também o caso fortuito trata de hipótese de rompimento do nexo de causalidade.

O caso fortuito ou a força maior afasta, em todos os setores do direito, a responsabilização civil. Envolve hipóteses em que o dano é produzido por causas alheias à vontade ou ao controle de alguém, insuscetíveis de impedimento. Dito em outras palavras, o Estado não é responsabilizável, porque o dano se produziu não obstante tivesse ele observado todas as cautelas derivadas do dever de diligência a ele imposto. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1215)

Ou seja, uma vez que o Estado tomou todas as cautelas derivadas do dever de diligência, não pode ser responsabilizado pelo fato do dano ter se produzido. “Portanto, o Estado não é responsável, pois, ainda que tivesse observado todas as

cauteladas relativas ao seu dever de diligência, o dano seria produzido de igual forma.” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 818)

d. Reserva do Possível

Esta hipótese de exclusão de responsabilidade caracteriza-se pelo forte ônus atribuído ao Poder Público de provar que era inviável o cumprimento do dever.

Deveras, não seria razoável admitir o liame causal – eis aspecto significativo da presente abordagem – no caso de inviabilidade motivada do cumprimento das diligências públicas, afastada a erronia dos que enveredam para a teoria do risco integral. (FREITAS, 2006, p. 178)

Conforme lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2007), a teoria da reserva do possível envolve três elementos essenciais: disponibilidade de recursos financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais, disponibilidade de recursos materiais e humanos para a distribuição de receitas e competência tributária, orçamentária, legislativa e administrativa, e proporcionalidade da medida, no tocante a exigibilidade e razoabilidade das prestações sociais.

Deste modo, a reserva do possível deve ser entendida como limite jurídico e fático, sendo necessária a observância dos critérios de proporcionalidade e de garantia do mínimo existencial.

A reserva o possível constitui, em verdade (consideradas toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET; TIMM, 2010, p. 30)

Trata-se excludente muito debatida em matéria de exclusão da responsabilidade estatal pelo não programa de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais. Conforme lições de Ingo Wolfgang Sarlet, sempre que invocada esta excludente deve ser sopesada com a ideia do mínimo existencial, de modo que o Estado deve prestar o mínimo necessário para garantir a sobrevivência dos seus administrados.

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo juridicamente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna, não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação de poderes. (SARLET, 2007, p. 454)

Contudo, conforme pontua Gustavo Amaral em obra organizada por Ricardo Lobo Torres (2001, p. 116), para arguir a reserva do possível o Estado teria que “demonstrar, juridicamente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas”. Provada tal situação, há exclusão da responsabilidade estatal.

3.4 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO

A teoria da responsabilidade estatal objetiva ganhou força após sua internalização no direito espanhol pela Lei de Expropriação Forçosa. Idealizada por Eduardo Garcia de Enterría (2007), esta forma de responsabilização caracteriza-se pela desnecessidade de se perquirir culpa na conduta do lesante.

Conforme lições de Juárez Freitas (2006), basta que exista nexo de causalidade entre o dano desproporcional sofrido pela vítima da atividade estatal e a conduta administrativa *lato senso* praticada por agente público nesta qualidade para que se presuma a existência da responsabilidade estatal. Contudo, trata-se de uma presunção *júris tantum* da existência do nexo de causalidade, cabendo ao Poder Público comprovar a existência de alguma excludente da responsabilidade para eximir-se do dever de indenizar.

Contudo, a adoção desta forma de responsabilização no direito espanhol teve serias consequências para as finanças estatais, pois ocasionou em excessiva e insustentável ampliação do sistema de responsabilidade patrimonial do Estado.

Conforme relato de Eduardo Garcia de Enterría feito no prólogo da obra de Oriol Mir Puigpelat, ainda que na exposição de motivos da Lei de Expropriação Forçosa esteja previsto que a causa da responsabilidade será sempre um prejuízo

antijurídico, a responsabilidade estatal foi ampliada de tal forma que mesmo quando não havia intervenção de um agente público o Estado era responsabilizado.

Nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización em cuanto hubiese intervenido un agente público.

.....
 Quizás convenga aclarar que com el epígrafe << La configuración directa y objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración>> no se está aludiendo en el citado Curso al carácter << objetivo>> de esta responsabilidad, em el sentido general con el que suele distinguirse de la responsabilidad por culpa, nino a esa nota de la antijuridicidade del daño que se entiende fundamentada em el principio << de protección y garantía Del patrimônio de la victima... frente a todo daño no buscado, no querido ni merecido por la por la persona lesionada que, sin embargo, resulte de la acción administrativa. [...] El carácter objetivo se predica de la antijuridicidade del daño, pues em um sentido análogo al que los penalistas califican de objetiva (y no coincide necesariamente com la conducta del agente) la antijuridicidade penal. (ENTERRIA in PUGPELAT, 2002, p. 20/21)

Desta forma, convencido pela crítica ao sistema de responsabilidade patrimonial da Administração elaborada por Oriol Mir Puigpelat, Enterría reviu seu posicionamento sobre o tema, colocando-se favorável ao sistema de seguros de reparação sugerido por Oriol Mir Puigpelat, conforme abaixo transcrito:

Acredita y justifica que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como está siendo aplicado, no es objetivamente sostenible y precisa de uns urgente rectificación.

.....
 [...] me creo obligado a dar uma justificación de esse juicio positivo em favor de una rectificación del sistema, que este libro pretende. Fui miembro, enefecto, de la Comisión que redactó el Anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa, que pasó a ser la Ley de 16 de diciembre de 1954, que es el lugar donde esa responsabilidad patrimonial de la Administración tuvo entrada por vez primeira em nuestro Derecho (em el número 156 de Revista de Administración Pública, diciembre de 2001, publico com el título << La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después>>, una referencia al trabajo de esa Comisión). (ENTERRIA in PUGPELAT, p. 19)

Segundo Garcia de Enterría, existem três causas específicas de imputação da responsabilidade estatal:

Primeira, la real ización directa y legítima del daño por la Administración cuando incide sobre un patrimônio que no estaba previamente obligado a soportarlo en sus consecuencias económicas (y aqui se citan: daños derivados de la construcción de obras públicas y los causados por la represión de desordenes o calamidades públicas, em los dos supuestos si que se haya producido ninguna falta de la Administración, así como por actos no fiscalizables em la via contencioso-administrativa, como recogió

más tarde la Ley Jurisdiccional de 1956, art. 2.b). Segunda causa de imputación: la actuación ilícita de la Administración, aunque fuese imputable subjetivamente al agente (cuya culpa assume la Administración como organización responsable ad exte): es el supuesto típico del <<funcionamiento anormal de los servicios>>. Y, finalmente, em tercer lugar, los casos de <<riesgo creado por la Administración>>, que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de esse riesgo a que la Administración ha sometido, em beneficio propio, a los ciudadanos.” (ENTERRIA *in* PUIGPELAT, 2002, p.23)

Defende, ainda, a existência de uma quarta forma de responsabilização: *“la del enriquecimiento sin causa”*.

Poderán fomularse, sin duda, objeciones a esos cuatro supuestos de imputación, pero no creo que de ellos pueda inferirse una generalización de la técnica de la responsabilidad hacia resultados de uns objetivcion general de ésta. (ENTERRIA *in* PUIGPELAT, 2002, p. 23)

Esta, contudo, ainda encontra resistência na doutrina. Ciente destas razões, as lições dos doutrinadores brasileiros que defendem a adoção da responsabilidade objetiva estão fundamentadas na teoria do risco administrativo.

Juarez Freitas (2006), a exemplo, defende que, dentre outros fatores, a vulnerabilidade da vítima frente ao aparelho estatal faz com que a adoção da teoria da responsabilidade objetiva mostre-se a mais justa:

O Estado e os prestadores de serviço público devem arcar com os riscos inerentes à conduta comissiva ou omissiva. Vai daí que a vítima, em razão de sua presumida vulnerabilidade (por força da Constituição, art. 37, §6º), não tem jamais o ônus de provar a culpa ou o dolo do agente. Suficiente que nada exclua, no curso do processo, a formação do nexu causal direto e “imediate” entre a ação ou a inatividade e o evento danoso. (FREITAS, 2006, p. 180)

Isso porque, segundo Juarez Freitas (2006, p. 170) “a doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reequacionada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas”.

Trata-se de duplo movimento, que pressupõe assimilar a proporcionalidade como proibição simultânea de excessos e de inoperância. É em sintonia com este princípio, e para além das disputas semânticas, que o Estado deve ser objetivamente responsabilizado, admitidas tão-só as excludentes do nexu causal, a saber, a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente (excludente parcial), o ato ou fato exclusivo de terceiro (excludente, no geral das vezes), a força maior (irresistível), o caso fortuito (não atribuível a razões internas) e a impossibilidade motivada do cumprimento de dever

(reserva do possível, defendida no presente estudo). (FREITAS, 2006, p. 170)

O mesmo entendimento é compartilhado pelo autor Gustavo Tepedino, que afirma: “ao introduzir a responsabilidade objetiva do Estado, no art. 37, §6º, a Constituição Federal não fez qualquer diferença entre as ações e as omissões, sendo inadequado ao interprete restringir onde o legislador não restringiu.” (TEPEDINO, 1999, p. 192/193)

Neste sentido, são os ensinamentos de Juarez Freitas:

Não há nada de substancial, no sistema jurídico brasileiro, que justifique um tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões: a *responsabilidade é proporcional*. Sem diferença de fundo, a omissão consome o dano pelo não-cumprimento de incontornável dever do Estado tratamento radicalmente distinto. (FREITAS, 2006, p. 171)

Contudo, por esta mesma linha de pensamento, pode-se inferir que, uma vez que a regra geral do Código Civil Brasileiro é pela responsabilização subjetiva, a situação excepcional prevista art. 37, §6º da Constituição Federal refere somente aos casos em que o dano decorra de ação estatal. Não cabe ao aplicador do direito dar interpretação extensiva a exceção constitucional.

Também nas lições de Odete Medauar, a responsabilidade do Estado por omissão é objetiva:

Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexos de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexos de causalidade, o Estado deve ressarcir. (MEDAUAR, 2004, p. 435)

Na lição de Helly Lopes Meireles (2012), no momento em que o Estado defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa assume o risco da sua execução e responde civilmente pelos danos que este agente venha a causar injustamente a terceiro. Defende que a responsabilidade da Administração é sempre objetiva porque se trata de responsabilidade genérica, assumida pelo Estado, que cobre o risco da sua ação ou omissão:

Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da *responsabilidade objetiva* da Administração, vale dizer, *da responsabilidade sem culpa*, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. (LOPES MEIRELES, 2012, p. 719)

Neste mesmo sentido é a lição de Yuseff Cahali:

Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional – concordes todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal – se basta com a verificação do *nexo de causalidade* entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência. (CAHALI, 2007, p. 40)

No que tange a tendência de se transformar o Estado em segurador ilimitado ao se estender a responsabilidade objetiva também para os casos de omissão, Lopes Meirelles (2012, p. 719) afirma que “a aplicação desta teoria não implicaria numa panresponsabilização do Estado (ou no Estado sendo segurador universal, como preferem outros autores), porquanto a teoria objetiva comporta excludentes de responsabilidade”. Também neste sentido é a doutrina de Juarez Freitas:

Em contraste, a tendência europeia de tecer críticas à teoria da responsabilidade objetiva da Administração Pública repousa na ideia de que o Estado não deve ser conduzido às raias do papel de segurador ilimitado. Trata-se de preocupação mais do que salutar. No entanto, a responsabilidade do Estado bem pode ser objetiva, sem que, pra isso, tenha-se de acolher a indenização de qualquer dano que não se enquadre como antijurídico e desproporcional. Por esta via, afasta-se por inteiro a conversão absurda e bizarra do Estado em segurador universal.

Entendido o nexo causal em novas bases, não se vislumbra motivo plausível para a vítima ter de provar culpa ou dolo dos agentes públicos por omissão. À vítima incumbe alegar a antijuridicidade, mais ou menos grave, ora pelo cometimento de excessos, ora pela não menos nociva inatividade formal e material. Numa hipótese e noutra, ocorrida a violação, cristaliza-se o dano indenizável. (FRETAS, 2006, p. 171)

Marçal Justen Filho também defende tratamento jurídico único e equivalente aos atos comissivos e omissivos, conforme abaixo transcrito:

Em todos os casos, é necessário avaliar a conduta estatal e verificar se houve infração a um dever de diligência. A conduta, considerada em si mesma, é insuficiente para autorizar uma qualificação jurídica. Portanto, o tratamento jurídico dos atos omissivos e comissivos é único e equivalente. A responsabilidade civil dependerá da infração a um dever

jurídico de diligência. Essa infração se presumirá reprovável, uma vez que o dever jurídico de diligência, imposto ao Estado, importa a objetivação do elemento subjetivo da conduta. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1210)

Utilizando-se de terminologias advindas da esfera penal, o referido autor defende a presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial:

Defende-se concepção, então, da objetivação do elemento subjetivo, não de sua ausência. A afirmativa da existência da responsabilidade objetiva deve ser interpretada em termos. Não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas há presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial. Como consequência, se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, o valor de uma eventual condenação será minorado. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1212)

Ocorre que esta presunção de culpabilidade derivada do dever de diligência especial, proposta por Marçal, encontra resistência mesmo dentre os adeptos da teoria da responsabilidade objetiva. Isso porque tal presunção ocasionaria na objetivação tanto da responsabilidade Estado quanto da responsabilidade do agente público causador do dano, na ação de regresso movida pelo ente público. Por todos, Juarez Freitas, criticando estes ensinamentos, salienta a importância de manter intacto o caráter subjetivo da responsabilidade do agente:

Em nosso estudo, no entanto, defende-se mais propriamente a presunção da existência do nexo causal, tanto nas ações como nas omissões, subordinadas as excludentes, com inversão do ônus da prova. O resultado é semelhante, com a diferença importante de que se mantém intacto o caráter subjetivo da responsabilidade do agente, isto é, sem objetivação da culpa, a diferença do que faz o estimado colega. (FREITAS, 2006, p. 181)

3.5 TEORIA VARIANTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Como uma variação da teoria da responsabilidade objetiva surge a teoria variante da responsabilidade civil do Estado por omissão. Conforme lições de Sérgio Cavalieri Filho (2010), o maior defensor desta teoria, a responsabilidade civil do Estado será objetiva tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos:

Em nosso entender, o art. 37, §6º da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva.

.....
 O ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no art. 186 do Código Civil. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 251)

Contudo, esta teoria possui a característica peculiar de mesclar as formas de responsabilização do Poder Público por omissão, conciliando a teoria da responsabilidade objetiva com a teoria da responsabilidade subjetiva.

Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, “não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.” (COUTO DE CASTRO *apud* CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252)

Com isso, Cavalieri Filho (2010, p. 252) defende que “haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento, em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo.”

Se o Estado estava obrigado a agir e se omitiu, haverá omissão específica, e a responsabilidade será objetiva. Por outro lado, haverá omissão genérica quando o Estado não possuir o dever de agir, mas houver se omitido no dever de evitar o resultado. Neste caso, quando a omissão residir em omissão no dever de evitar o resultado danoso, a responsabilidade do Estado será subjetiva, logo, condicionada a culpa do agente estatal.

Sérgio Cavalieri Filho clareia sua doutrina com os seguintes exemplos:

Se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado. Outro exemplo: veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz traseira. A Administração não pode ser responsabilizada pelo fato de esse veículo ainda estar circulando. Isso seria responsabilidade por omissão genérica. Mas se esse veículo foi liberado numa vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, aí já teremos omissão específica. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252/256)

Aloísio Zimmer Júnior compartilha deste entendimento:

Os danos decorrentes de omissão sempre produzirão dúvida em relação à teoria a ser aplicada: a teoria da responsabilidade objetiva (teoria do risco administrativo) ou responsabilidade subjetiva (teoria da culpa administrativa ou *faute du service*). Para o Supremo Tribunal Federal, também se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omitiu no cumprimento da ordem judicial que pedia a sua intervenção. Desenha-se aqui a chamada omissão específica, porque concretamente o Estado tinha todos os elementos para entender a importância de agir no caso. Danos daí decorrentes induziriam a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, porque representam omissão específica. (ZIMMER JUNIOR, 2008, p. 300)

Portanto, para esta vertente doutrinária, “a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva sempre exigirá análise do caso concreto, pois tudo depende das circunstâncias que surgem no estudo de cada caso.” (ZIMMER JÚNIOR, 2008, p. 229)

Segundo Cavalieri Filho (2010), no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá *omissão específica* e a responsabilidade será objetiva.

4 A RESPONSABILIDADE ESTATAL SUBJETIVA POR OMISSÃO

Neste ponto será analisada a responsabilidade subjetiva do Estado por omissão. Inicialmente serão analisando os elementos subjetivos da responsabilidade estatal. Após, será feita análise das razões empregadas pelos principais autores na defesa por esta forma de responsabilização.

4.1 OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

4.1.1 *Faute du Service*

A omissão estatal está configurada tanto nas situações em que o Estado não agiu (contrariando um dever legal e específico) quanto nas situações em que o Estado agiu de forma insuficiente para prevenir o dano (falha ou tardiamente), em comportamento manifestamente inferior ao padrão legal exigível.

O conceito de *faute du service* tem origem na ideia da Culpa Administrativa, segundo a qual “para que haja a responsabilidade do Estado é preciso que haja *culpa* do funcionário, culpa que pode ser *in eligiendo* ou *in vigilando*.” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 71)

Para os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, “não se trata de perquirir a culpa subjetiva do agente, mas da ocorrência de falta na prestação do serviço, falta essa objetivamente considerada.” (ALEXANDRINO E PAULO, 2006, p.474)

A priori, não existe resposta para o que seria o padrão normal legal tipificador da obrigação de guarda e vigilância a qual o Poder Público está vinculado. Como pontua Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 1013), “trata-se de um conceito traduzido pelas possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se reproduziu o fato danoso.”:

Como indício destas possibilidades há que levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da Sociedade (não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço inepulado de omissão, insuficiente ou inadequado. Este último nível de expectativa é sugerido, entre outros fatos, pelos parâmetros da lei que o instituiu e regula, pelas normas internas que o disciplinam e até mesmo por outras normas das quais se possa

deduzir que o Poder público, por força delas, obrigou-se, indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1014)

Na doutrina de Santiago Muñoz Machado:

Enel sistema jurídico francés, la responsabilidad por falta lo es por falta *probada*, correspondiendo a la víctima la prueba de su existencia. Existen, sin embargo, ciertos casos en que la jurisprudencia admite la «*présomption de faute*», cuyo efecto primordial consiste em invertir la carga de la prueba. Estos casos son, principalmente, los de accidentes de que pueden ser víctimas los usuarios de obras públicas en que se presume um defecto de mantenimiento de la obra, los sufridos por personas que se hallen entratamiento em hospitales públicos, y, en general, todos aquellos casos en que el juez no exige la prueba de la falta dada la dificultad de esa prueba y la verosimilitud de su existencia. (MACHADO, 1994, p. 110)

4.1.1.1 A Culpa Lato Sensu

A doutrina majoritária compreende que em matéria de responsabilidade subjetiva, o conceito de culpa é empregado de forma genérica. Conforme ensinamentos de Rui Stoco, “a culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável.” (STOCO, 1999, p. 66)

No mesmo sentido é o ensinamento de José de Aguiar Dias:

Culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. (DIAS, 1979, p. 136)

Ou seja, se a conduta culposa é passível de punição, também será a dolosa porque tanto no dolo quanto na culpa há conduta voluntária do agente. Ocorre que, segundo Cavalieri Filho (2010, p. 31) enquanto no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico, no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.

Portanto, o nosso ordenamento jurídico emprega o conceito de culpa em sentido lato, de modo a abranger também o conceito de dolo.

4.2 A OMISSÃO COMO CAUSA DO DANO

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 1014/1015), *causa* é fator que positivamente gera um resultado enquanto *condição* é evento que não ocorreu, mas que se houvesse ocorrido teria impedido o resultado danoso.

Entende que nos casos de omissão não é possível definir a existência de responsabilidade estatal pelo ângulo passivo da relação. Para que se atribua responsabilidade ao Estado é necessário que esta omissão estatal seja censurada pelo direito. Nas palavras de Bandeira de Mello (2011, p. 1112): “é necessário que embora estivesse juridicamente obrigado a obstar o dano, não agiu ou, tendo agido, atuou de forma insuficiente”.

Deste modo, sustenta o referido autor que diferente do que ocorre com a ação estatal, “a omissão apenas cria situação propícia para a ocorrência do evento danoso. Não se pode desconsiderar a possibilidade de o evento danoso simplesmente não ocorrer, ainda que estejam presentes todas as condições propícias para tanto”. (2011, p. 1016) A omissão estatal jamais poderá ser entendida como causa para a ocorrência do dano, mas, tão somente, como criadora de condição favorável para a ocorrência deste e, por conseguinte, visto que o art. 37, §6º da CRFB/88 refere explicitamente aos danos causados pelos agentes estatais, o dispositivo constitucional não tem aplicação aos casos de omissão.

Em sentido oposto, é a lição de Juarez Freitas, para quem a omissão é causa de dano injusto:

Em outras palavras, a omissão é causa de dano anômalo e injusto. Desaconselhável enquadrá-la, com vênias de eminentes pares, como simples condição para o evento danoso, tampouco concebê-la como mera situação propiciatória. A omissão, em termos mediatos, carrega, por assim dizer, o frustrado “princípio ativo” do dever estatal não-cumprido. (FREITAS, 2006, p. 181)

Também neste sentido são os ensinamentos de Toshio Mukai:

Causa, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo o fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer) (MUKAI apud LAZZARINI, 1991, P. 136)

Álvaro Lazzarini (1991) complementa a doutrina de Toshio Mukai afirmando que as obrigações em direito comportam causas. Estas podem ser a lei, o contrato ou o ato ilícito. A partir da análise do caso concreto, o aplicador da lei deverá averiguar se a omissão estatal deu, ou não, causa ao dano. Se sim, tratar-se-á de omissão grave, por culpa *in omittendo* e o Estado será responsabilizado (responsabilidade subjetiva vez que inevitavelmente, adentrar-se-á na análise da culpa). Se não, o Estado não poderá ser responsabilizado.

O comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso; portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave do representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa *in omittendo*) aparece; se não teve, isto é, se o dano ocorreu por omissão do funcionário, incapaz de ser caracterizado como causa daquele, tal omissão não gerará responsabilidade do Estado.' (LAZZARINI, 1991 P. 136)

Yussef Cahali (2007) defende que tais manifestações não são conflitantes, em especial quando se considera que a própria filosofia jurídica está longe de uma discriminação conceitual entre 'causa' e 'condição'.

A questão da responsabilidade estatal se desloca para a o âmbito da exigibilidade da conduta omitida, invocada como causa do dano reparável; mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em sede de exigibilidade da obra não executada ou do serviço não prestado. (CAHALI, 2007, p. 220/221)

Ou seja, para este autor, a questão da responsabilidade estatal está mais bem voltada para uma análise da exigibilidade da obra ou do serviço.

4.3 A OMISSÃO COMO DESCUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL

O primeiro ponto a se observar em matéria de responsabilidade estatal decorrente de omissão, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 517), é se “esta omissão constitui o fato gerador da responsabilidade, pois nem toda a conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal”.

Salienta, Lúcia Valle Figueiredo (2007, p. 281) que, ao tratar de responsabilidade civil do Estado por omissão, “não se pode olvidar que somente quando o Estado se omitir diante de um dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsabilizado pela ocorrência deste e obrigado a reparar os

prejuízos”. Para a autora, se o Estado não está obrigado a impedir a ocorrência de um evento danoso, não há razão para lhe impor o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Também neste sentido é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar o evento lesivo. (C. A. BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1013)

Neste mesmo sentido, é a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

A responsabilidade por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona, funciona mal ou funciona em atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados. (O. A. BANDEIRA DE MELLO, 1989, p. 487)

Em conformidade é a conclusão de João Donizeti Gandine e Diana Silva Salomão:

Não é necessário transmudar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que a administração se desvincule do dever de indenizar; basta que esta demonstre que ela não tinha o dever de agir e que, portanto, a sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso. (GANDINE E SALOMÃO *apud* CAHALI, 2007, p. 221)

Logo, “a responsabilidade civil do Estado por omissão somente existirá quando o Estado se omitir diante de um dever legal de agir para evitar a ocorrência do dano.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 721.439/RJ, Relator: Min. Eliana Calmon, 2007). Nas palavras de José Cretella Júnior:

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 bônus *pater familiae*, nem como bônus administrador. Foi negligente. Às vezes imprudente 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 a ideia de inação, física ou mental (CRETELLA JR, 1970, p. 210)

Significa dizer que, para que haja responsabilidade por omissão deve haver o dever e a possibilidade de o Estado agir para evitar o dano. Segundo Maria Sylvia Di

Pietro, (2012) a grande dificuldade reside na comprovação de que havia possibilidade do Estado agir para evitar o dano. Trata-se de situação que só poderá ser avaliada diante do caso concreto, sopesando-se, sempre, a aplicação do princípio da razoabilidade por meio da reserva legal do possível.

Nesse sentido ensina Juan Carlos Cassagne:

A chave para determinar a falta de serviço e, conseqüentemente, a procedência da responsabilidade estatal por um ato omissivo se enquadra na configuração ou não de uma *omissão antijurídica*. Esta última se perfila só quando seja razoável esperar que o Estado atue em determinado sentido para evitar os danos às pessoas ou aos bens dos particulares. Pois bem, a configuração da dita omissão antijurídica requer que o Estado ou suas entidades descumpram uma obrigação expressa ou implícita (art. 1.074 do Cód. Civil) tal como são as vinculadas com o exercício do poder de polícia administrativa, descumprimento que possa achar-se imposto também por outras fontes jurídicas. (CASSAGNE *apud* DI PIETRO, 2012, p. 710)

Significa dizer que, a omissão responsabilizável será sempre ilícita – o descumprimento de um dever legal. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. (C. A. BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1013)

Em sentido oposto vai o ensinamento de Edmir Netto de Araújo, para quem a adoção da teoria objetiva do risco mostra superação deste entendimento:

[...] a necessidade de o dano por omissão decorrer de um comportamento ilícito é entendimento já superado pelo nosso ordenamento, com a adoção da teoria objetiva do risco, que desloca a ideia central da responsabilidade estatal para a solidariedade patrimonial da coletividade diante do dano sofrido pelo particular administrado. (NETTO DE ARAÚJO, 2010, p. 789)

Também neste sentido são as lições de Maria Sylvia Di Pietro (2012, p. 711), para quem, na hipótese de responsabilidade por omissão, existe uma presunção de culpa ou dolo. Ao Estado cabe demonstrar que agiu com diligência, utilizando-se dos meios adequados e disponíveis, e que se não agiu foi porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir. Se o Estado fizer esta demonstração, não incidirá a responsabilidade.

4.4 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

Celso Antônio Bandeira de Mello é quem defende a teoria subjetiva com mais fundamento. Para o autor, “nos casos de omissão o Estado não é causador do dano, apenas da condição para a sua ocorrência e, deste modo, só poderá ser responsabilizado se o comportamento omissivo era censurado pelo Direito.” (C. A. BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1016) Carolina Zancaner Zockun afirma que se a Administração só age adstrita à lei, a omissão do Estado decorrerá sempre de conduta ilícita e “nessas circunstâncias, portanto, a responsabilidade subjetiva terá natureza jurídica de sanção, o que exige, necessariamente, aferição de dolo ou culpa do agente.” (ZOCKUN *in* FREITAS, 2006, p. 78)

Diante do dever estatal de prover os interesses da coletividade, admitir a responsabilidade objetiva também na hipótese de omissão, em uma interpretação extensiva da exceção constitucional, seria o mesmo que erigir o Estado à condição de segurador universal. (FIGUEIREDO, 2007, p. 281; C.A. BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1015; CARVALHO FILHO, 2011, p. 518) Esta, certamente, não foi a vontade do legislador. Como a omissão não está prevista na redação constitucional, deve-se entender que, a ela, se aplica a regra geral do Código Civil. Ou seja, de que a responsabilidade é subjetiva.

Conforme lições de Bandeira de Mello (2011), razoável que o Estado responda pelos danos oriundos destas situações, se houver descumprido com o seu dever legal de prevenção e guarda. Se ocorrer enchente em decorrência do entupimento de bueiros e galerias pluviais a Administração Pública deverá ser responsabilizada, pois tem o dever legal de promover a limpeza destes. O mesmo se policiais relapsos assistiram a ocorrência da agressão ou do assalto sofrido em via pública inertes ou, se alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Em todas estas situações a conduta estatal é ilícita e está maculada pela culpa dos seus agentes traduzida pelo não agir, agir mal ou agir tardiamente para evitar a ocorrência do dano.

“É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver *de direito obrigado a impedi-los.*” (C. A. BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1014) Ademais, a responsabilidade estatal não se configura com a relação de causalidade entre a ausência do serviço e o dano sofrido. Para que haja

responsabilidade estatal é necessário que exista dever legal estatal de impedir a ocorrência do evento danoso, pois “seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada.” (C. A. BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1015).

No mesmo sentido, Lucia Valle Figueiredo (2007) aduz que no tocante a atos ilícitos decorrentes de omissão devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Refere que para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado. Assim, para este autora, se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar a insuficiência da prestação do serviço.

Também neste sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

A responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder público, de impedir a consumação do dano. Resulta que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 518)

Conforme as razões anteriormente expostas, este segmento doutrinário entende que a regra constitucional não se estende aos casos de omissão, de modo que a responsabilidade estatal nestes casos é subjetiva.

5 A RESPONSABILIDADE ESTATAL CONFORME A NATUREZA DA INTERVENÇÃO

Para além das doutrinas que sustentam a divisão da responsabilidade estatal em objetiva ou subjetiva, apresenta-se a Teoria da Natureza da Intervenção, inspirada nos ensinamentos sobre concausalidade de Almiro do Couto e Silva e fortemente influenciada pelas conclusões do direito comparado a respeito de responsabilidade estatal.

5.1 TEORIA DA NATUREZA DA INTERVENÇÃO

Para a teoria da natureza da intervenção, é a definição do concurso de culpas quem vai indicar a existência da responsabilidade estatal. Quando a conduta do agente for totalmente desviante da circunstância do serviço não haverá responsabilidade pública, ainda que o ato ou omissão tenha sido praticado por agente público, durante o serviço. Isso porque, conforme lições de Sérgio Severo, é necessário que o fato atribuível ao agente público esteja diretamente relacionado com o serviço público por ele prestado.

Por seu turno, não é compatível com o estágio atual do direito administrativo determinar que a responsabilidade estará sujeita ao regime publicista tão-somente em função do sujeito responsável (aquele a quem se imputa um dano). Ou seja, a vinculação ao direito administrativo deriva da natureza da relação jurídica em questão e não da participação pura e simples do Estado no polo passivo da relação processual, pois aí o direito subjetivo estaria submetido ao direito adjetivo. (SEVERO, 2009, p. 289)

Por esta teoria só haverá objetividade na verificação da técnica empregada pelo agente público porque está só pode ser estabelecida segundo critérios objetivos. Contudo, mesmo nesta situação a responsabilidade do Estado não é tratada como objetiva. Apenas os parâmetros de exame são objetivados. Por esta razão, Sérgio Severo (2009), entende que a verificação da responsabilidade estatal segundo a natureza da intervenção é modalidade mais aperfeiçoada ao direito comparado.

Por caminhos diferentes chega-se a verificação da responsabilidade estatal segundo critérios objetivos, mas apenas os parâmetros de exame da técnica e do modo de intervenção do agente público serão objetivados. Segundo Severo (2009,

282), adiferenciação entre responsabilidade objetiva ou subjetiva e atos comissivos ou omissivos é irrelevante porque é a natureza da intervenção estatal que cria ou não responsabilidade para o ente público.

A noção de que a responsabilidade sofre influência do curso causal relativo ao dano, tem origem nas lições de Almiro do Couto e Silva; cuja tese é revelada na seguinte passagem

Compreende-se, pois, que a responsabilidade do Estado, quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de um dos seus agentes ou por culpa anônima ou por falha do serviço, para que o dano se produzisse. Em tais circunstâncias a conduta do Estado só se qualificará como concausa do evento, se existir violação, por parte do Poder Público, de um dever jurídico preexistente, porquanto os deveres que tem com relação aos particulares são limitados, como já se deixou entrever. (COUTO E SILVA, 2003, p. 16)

Por conseguinte, “a concausalidade impõe o exame do funcionamento anormal do serviço público, atraindo esta noção de culpa objetivada que, no direito francês, ganha a alcunha de *faute du service*.” (SEVERO, 2009, p. 272)

Assim, nas hipóteses em que a concausalidade se apresenta, Almiro do Couto e Silva considera razoável o exame da influência do funcionamento do serviço sobre o resultado danoso, como forma de aferir o engajamento da responsabilidade do Poder Público. (SEVERO, 2009, p. 273)

É neste detalhe que a teoria da concausa se distingue da teoria da culpa administrativa, pois a omissão que remete ao exame do funcionamento anormal do serviço é consideravelmente influenciada pela concausa.

A presunção desonera a vítima do dano da comprovação da culpa, mas tal presunção não afasta o caráter subjetivo da responsabilidade, na medida em que o Poder Público pode comprovar que despendeu a diligência, a perícia e a prudência necessárias, isentando-se da obrigação de indenizar, realidade que não se observaria se o fator de atribuição fosse objetivo. (SEVERO, 2009, p. 239)

Pela teoria da natureza da intervenção, o exemplo do motorista bêbado apenas demonstra que o poder de polícia não é um dever de resultado, mas de meios. Quando o motorista bêbado é abordado por policiais e não é retirado das ruas, submetido ou não à testes, considera-se que o funcionamento do serviço foi anormal. Diferente será o resultado se adotarmos a teoria da responsabilidade objetiva porque não haverá questionamento a respeito da natureza da intervenção

estatal, visto que, independente da natureza e do funcionamento do serviço, o Estado seria responsabilizado só pela produção do dano.

5.1. Os seguros e o fundo de reparação integral como mecanismos de garantia da efetivação da responsabilidade pública

O Poder Público vive indiscutível crise de Solvibilidade.

São inúteis os mecanismos de intervenção federal voltados a compelir Estados e municípios a saldarem suas dívidas visto que estes entes federativos se encontram em situação de quase insolvência” (GRAU, 2002, p. 89).

Ironicamente, conforme alerta o professor Sérgio Severo (2009, p. 511), o sistema brasileiro, que caminha no sentido de dar maior abrangência às hipóteses de responsabilização estatal, não atenta para o fato de que, em última análise, a efetividade desta reparação esbarrará em um tormentoso regime de precatórios que, em realidade, justamente no plano dos efeitos, garante imunidade ao Poder Público.

[...] de que adianta possuir um dos sistemas mais permissivos do mundo no que tange ao fato de atribuição se não há previsão de recursos para a efetivação da reparação, gerando dívida pública submetida a reiteradas moratórias, como expressão de interesses de governos, mas nunca do Estado e da sociedade? Se o estado vem sendo apresentado como mau-pagador, como se daria a responsabilidade daqueles que venham a ter obrigações perante o estado, seja por deficiente cumprimento ou por descumprimento de deveres contratuais, como também na esfera extracontratual, seriam bons pagadores estes terceiros? Todas as questões teriam condão de desdobrar-se em infundas discussões que poderiam resultar e posições incompletas. Mas nada mais seriam do que sofismas, na medida em que o direito comparado apresenta bastantes exemplos no sentido de que se devem buscar mecanismos voltados à eficácia da responsabilidade, pois é na indenização que se afasta ou ameniza a quebra da ordem social representada pelo dano. (SEVERO, 2009. p. 512)

A realidade atual mostra situação paradoxal em que doutrina e jurisprudência pretendem, com fulcro no art. 37, §6º da CRFB, aumentar a responsabilidade estatal sem fornecer meios de garantir a efetividade desta condenação.

Partindo-se de uma análise do direito comparado, encontramos nos seguros e fundos de reparação meios de tornar efetiva a responsabilidade estatal. Conforme lições de Sílvia Berti:

A partir do início do século XIX, a sociedade, em especial, a francesa, viu no direito da responsabilidade a sucessão e a concorrência recíproca de três grandes paradigmas: o da responsabilidade propriamente dito, com base na culpa e que dominou o século XIX; o da solidariedade com base no risco, que se desenvolveu no curso do século XX, e o da seguridade, cujo nascimento e formação nos são contemporâneos. (BERTI, 2008, p. 357)

Na Espanha, onde, inicialmente, a responsabilidade estatal foi entendida segundo critérios objetivos amplíssimos, rumou-se para uma situação em que os cofres públicos não comportavam as demandas de responsabilidade atribuídas ao Estado, tornando impossível a efetivação dos ideais de solidariedade e redistribuição de renda:

Los recursos públicos son limitados, y su asignación masiva a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración (como ocurre actualmente – mejor: como ocurriría se el sistema se aplicara verdaderamente – en España, donde la responsabilidad de la Administración es tan amplia) solo perjudica a la solidaridad y a la redistribución de renta: destinar gran parte de los recursos públicos a la responsabilidad patrimonial significa no destinarlos a otras instituciones que sí son aptas para realizar las ideas de solidaridad y redistribución; significa, en definitiva, desviar los recursos públicos del flujo de la solidaridad y la redistribución. (PUIGPELAT, 2002, p. 243)

Os fundos de reparação integral, nas lições de Severo (2009, p. 550), não são mais que mecanismos de repartição de riscos sociais que permitem, em um primeiro momento, a absorção da responsabilidade pelo Estado no lugar do lesante. Desta forma, como todos os que contribuem para o Estado são potenciais lesantes, há uma repartição do risco social

Trata-se de um mecanismo em que o Estado age como segurador social de danos, quando o agente lesivo é incerto ou potencialmente insolvente, casos em que o foco se dirige ao agente lesado, invertendo a lógica clássica da responsabilidade e adentrando o plano da assistência. Contudo, ressalta o autor, os deveres derivados de prestações assistenciais, em maior ou menor escala, podem dar ensejo à responsabilidade em caso de não-efetivação ou retardo na prestação. (SEVERO, 2009, p. 513)

Por certo, a adoção dos mecanismos de seguro e fundos de reparação é medida de boa administração. Por meio dele permite-se que a Administração preveja a produção de danos e garanta a cobertura destes pela preservação de recursos orçamentários destinados ao pagamento destas indenizações. Além de ser mais econômico – por não implicar nas custas da aferição de culpa em processo judicial – reduz a produção de danos porque implica a adoção de métodos

preventivos de reparação. Para Algem Yáñez, “os valores aplicados no fundo de reparação podem ser usados para financiar medidas voltadas a evitar danos, mediante tratamento jurídico adequado.” (YÁÑEZ *apud* SEVERO, 2009, p. 514)

A prática dos mecanismos de reparação integral representa garantia suplementar à vítima. Conforme Sérgio Severo (2009, p. 516/517), inspirado na doutrina de Santiago Munhõz Machado, a cobertura do risco, inerente ao regime de responsabilidade com fator de atribuição objetivo, representa, por si, uma noção de seguro.

Nesse mesmo sentido são os ensinamentos de Oriol Mir Puigpelat, com a leve ressalva de que, para este autor, a responsabilidade não é bom instrumento de canalização da solidariedade social.

La institución de la responsabilidad civil no es um buen instrumento de canalización de la solidaridad, no es una buena herramienta redistributiva porque solo tiene em cuenta em daño producido y su magnitud (además, por supuesto, del comportamiento del sujeto a quien pretende trasladarle su coste), no otros factores como la situación sócio-económica de la víctima y de su entorno; se muestra, por ello, insensible – indiferente – ante los más necesitados, no llevando a cabo la discriminación positiva exigida por la Idea misma de solidaridad: beneficia por igual (actúa por igual frente) a ricos y a pobres, a necesitados y a no necesitados. (PUIGPELAT, 2002, p. 244)

Para este doutrinador espanhol, “la responsabilidad civil no efectuá, pues, redistribución alguna de renta. No redistribuye, sino que mantiene a las víctimas em suposición económica inicial.” (PUIGPELAT, 2002, p. 245) Citando a doutrina de Pantaleón, refere que “el sistema patrimonial de la Administración no es outra cosa que *um mecanismo de redistribución ‘perversa’ de renta*: puesto que indemnizar es restituir ‘al rico su riqueza y al pobre su pobreza’”. (PUIGPELAT, 2002, p. 245)

A função redistributiva, então, corresponde a instituição distinta da responsabilidade e é melhor desempenhada pela seguridade social que a pensa como um sistema mantido voluntariamente pelas vítimas potenciais dos danos da atividade estatal.

Quien, desde planteamientos conservadores, abandere el Estado mínimo o, al menos, una reducción de su actual tamaño, y niegue la necesidad de que la colectividad se muestre solidária con las víctimas de la actuación administrativa, no tendrá inconveniente – ideológico – em defender sistemas de responsabilidad administrativa mas modestos (y menos caros; es decir, que requieran una menor presión fiscal para su sostenimiento); o, incluso, la propia supresión de la responsabilidad administrativa y sus sustitución por

um sistema de seguros privados suscritos voluntariamente por las víctimas potenciales (PUIGPELAT, 2002, p. 242)

No entendimento do prof. Clóvis do Couto e Silva, o acréscimo no número de seguros obrigatórios representa uma possibilidade de transformação da responsabilidade, ampliando as hipóteses em que se admite o fator de atribuição objetivo e aumentando o montante das indenizações. (COUTO E SILVA, 1985, p. 194)

Markesinis e Deakin ressaltam as vantagens que os seguros e fundos contemplam às partes envolvidas:

A vítima tem uma garantia razoável e que será compensada, caso sua ação seja julgada procedente. Para o lesante, a garantia de que uma condenação não o conduzirá à ruína econômica é um valor considerável. Por seu turno, os seguradores têm um implemento em seu mercado e não deixam de preservar a possibilidade de reaver danos pela via da sub-rogação. Também o interesse social está contemplado, pois evita hipóteses de danos não indenizados e a utilização de outros mecanismos legais para a composição de tais danos, como as vias de assistência social. (MARKESINIS, DEAKIN *apud* SEVERO, 2009, p. 513)

Por outro lado, a principal crítica ao mecanismo de seguro e fundo de reparação reside na fomentação da imprudência. Como o sistema de seguros e fundos foi concebido como mecanismo de repartição dos riscos sociais que garante a efetividade das condenações estatais em matéria de responsabilidade, isso pode ter implicações prejudiciais do ponto de vista da conscientização social. Visto que a responsabilidade é dividida entre todos os potenciais geradores de dano, esta coletivização dos riscos pode fomentar a imprudência.

Tal desvantagem, no entanto, é afastada pelo correto uso dos mecanismos de gestão de riscos. Neste sentido, Sérgio Severo (2009, p. 520) defende que pelo emprego de sanções-premiais (para estimular condutas desejadas) e sanções (para dissuadir as condutas indesejadas) os seguros e fundos de repartição serão elementos indutores de condutas desejadas. A situação torna-se mais clara com o seguinte exemplo:

Tomemos a hipótese de um seguro de danos causados por servidores públicos; tratar-se-ia de um seguro em favor do próprio segurado (Administração) e de terceiros (lesados). A exemplo do que ocorre com os seguros facultativos de acidentes de circulação, poder-se-iam gerar benefícios econômicos aos agentes públicos que não causassem danos em determinado período, diferenciar o tratamento nos casos em que a atividade envolva um risco mais acentuado e até mesmo adotar sanções dissuasórias

em casos de elevada incidência de danos. É inequívoca a relação entre a gestão de riscos e a possibilidade de incrementar a eficiência administrativa. (SEVERO, 2009, p. 520)

Não se trata de excluir a responsabilidade do lesante, mas de substituir a responsabilidade civil tradicional por uma forma de indenização coletiva de danos que transcende a relação com o particular.

A socialização dos riscos é o único meio que permite a pessoa que sofreu um dano ser automaticamente indenizada. Para possibilitar o estabelecimento desta rede de proteção social, é necessário que se proceda com o máximo de consistência jurídica, definindo-se desde quais os tipos de crime que ensejariam a prestação de assistência pelo Estado e quem seriam os beneficiários desta rede de proteção, até a definição de quais seriam os formatos assumidos por essa assistência e quais seriam os recursos estatais destinados ao custeio de eventuais indenizações.

Esta regra serve tanto para a destinação de recursos públicos para uma finalidade comum quanto para garantir o pagamento das indenizações devidas pelo Estado. De nada adianta ampliar a responsabilidade estatal se não existem mecanismos que garantam o pagamento destas indenizações.

Conforme doutrina do prof. Sérgio Severo (2009), a melhor forma de garantir a efetividade destes pagamentos – visto que o sistema de precatórios carece de eficácia – é por meio da criação de fundos e seguros de reparação. Para tanto, é necessário que se crie uma política pública que destine parte dos recursos públicos para a criação e manutenção de um fundo de reparação. Do contrário, a população lesada apenas acumulará títulos carentes de executividade.

Citando a doutrina de Harmut Maurer, Sérgio Severo defende que os seguros estão limitados às hipóteses em que a ação estatal tenha potencializado os riscos do acidente, com alguma previsibilidade (espetáculos públicos, eventos esportivos e ensino público), bem como os riscos sociais, mantendo-se, no tocante as demais atividades, o auto-seguro ou um seguro público (por meio de um órgão ou um fundo específico) . (SEVERO, 2009, p. 520) O auto-seguro caracteriza-se por ter o risco segurado assumido por uma pessoa jurídica de direito público sem fins lucrativos, a exemplo dos seguros cujo monopólio pertence ao Estado, como Seguro Crédito à Exportação e a Previdência Social.

Também há importante limitação à reparação pelo mecanismo de seguros e fundos. Trata-se da regra do não cúmulo (*ne bis in idem*). Se a vítima recebe de

algum agente prestação decorrente de eventual acidente, este montante deve ser subtraído do total indenizatório. Isso porque a acumulação destes valores configura enriquecimento sem causa em favor da vítima, o que é rechaçado pelo nosso ordenamento.

Para Florence Millet, conforme interpretação de Sergio Severo (2009, p. 521/523), os seguros de responsabilidade representam a verdadeira evolução da noção de responsabilidade pública, de modo que a tendência à objetivação do fator de atribuição é elemento intrinsecamente identificado com os seguros de responsabilidade, muitas vezes obrigatório em razão do risco inerente a certas atividades perigosas. Complementa afirmando que o seguro se alimenta das lacunas de um sistema de responsabilidade fundado na culpa, elemento individualista, para propiciar uma solução coletiva na qual os riscos são repartidos no plano da coletividade.

Oriol Mir Puigpelat posiciona-se da seguinte forma:

Em mi opinión, no hay duda de que la responsabilidad patrimonial debe subsistir. Pero em términos más acotados. Em los términos que verdaderamente correspondan a sus funciones. La responsabilidad civil de la Administración debe ser mantenida, por tanto, solo em la medida en que sirva a la reparación y prevención de daños, al control de la Administración y a la demarcación de sus conductas. La seguridad social repara y redistribuye la renta. Pero nitiene efecto preventivo ni permite controlar ni demarcar las conductas de la Administración.

.....
 Como conclusión y resumen de lo expuesto conviene retener, pues, que contra lo que se há dicho, limitar el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración (y poner fin al régimen tradicional espanhol de responsabilidad objetiva global) contraria los principios de solidaridad y redistribución de la renta. Antes al contrario, será una medida progresista em el caso de que los recursos públicos que libere (esto es, el dinero público que deje de ser canalizado a través de la responsabilidad patrimonial) Sean destinados a ampliar y reforzar la cobertura de la seguridad social y a indemnizar a quienes realmente lo necessiten. La línea divisória del campo que corresponde a uma y outra institución (responsabilidad patrimonial y seguridad social) debe situarse em el funcionamiento anormal de los servicios públicos, em el funcionamiento anormal de la Administración. (PUIGPELAT, 2002, p. 251)

Deste modo, a tendência apresentada no cenário político-jurídico atual é a adoção de seguros de responsabilidade pública, tal qual a Administração fez ao adotar os seguros de danos (contra incêndio, por exemplo) e os seguros multirrisco para cobrir os danos patrimoniais (para proteção do patrimônio público, por ex.),

como forma de afirmação do funcionamento correto e eficiente sob a perspectiva econômica. (SEVERO, 2009, p. 523)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim desta pesquisa, concluímos que o Poder Público possui deveres legais e constitucionais para com os seus administrados, não podendo se omitir no cumprimento destes, sob pena de ser responsabilizado pelos danos que causar. O Estado existe e trabalha na defesa dos interesses comuns, de modo que quando um ou um grupo de administrados suporta ônus excessivo em relação aos demais, é justo que sejam reparados. Na busca deste equilíbrio social, a responsabilidade estatal encontra fundamento.

Em atenção aos princípios que regem a responsabilidade estatal, sobretudo aos princípios da equidade e da igualdade de todos perante os encargos sociais, cabe ao Estado indenizar o particular pelos danos que a sua omissão tenha causado. Preservada a responsabilização subjetiva do agente perante o Estado, discute-se a respeito dos critérios que devem ser observados na aferição da responsabilidade estatal por omissão.

Vimos, neste estudo, que no cenário jurídico nacional existem ao menos três formas de responsabilização estatal por omissão: objetiva, subjetiva e pela natureza da intervenção.

Entendendo que o Estado é objetivamente responsável pelos danos decorrentes da sua omissão, encontram-se a teoria da responsabilidade objetiva por omissão e a teoria variante da responsabilidade estatal por omissão. Ambas caracterizam-se por descartar qualquer indagação a respeito da existência do elemento culpa, atribuindo responsabilidade ao Estado sempre que houver relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular, preservando-se a possibilidade de o Poder Público eximir-se da responsabilidade pelo dano se provar o rompimento do nexo de causalidade. Contudo, a segunda possui a especial peculiaridade de tentar conciliar a teoria da responsabilidade objetiva e a teoria da culpa administrativa ao distinguir omissão genérica de omissão específica. Enquanto nas omissões genéricas a responsabilidade do Estado será subjetiva, nas omissões específicas a responsabilidade será objetiva.

Em sentido oposto é a responsabilização subjetiva do Estado, defendida pela chamada teoria da Culpa Administrativa, pois esta defende a responsabilidade estatal baseada no conceito francês de *faut dusevice* entendido como funcionamento tardio, insuficiente ou não funcionamento do serviço público.

Por fim, a responsabilização estatal segundo natureza da intervenção diferencia-se das demais por desconsiderar os questionamentos a respeito do elemento “culpa”. Inspirada nas discussões sobre responsabilidade estatal no âmbito do direito comparado, a teoria da natureza da intervenção propõe uma análise do conjunto sucessivo de causas que ocasionaram na omissão do Poder Público. Na verificação da técnica empregada e do modo de intervenção do agente público, serão utilizados parâmetros objetivos. Contudo, mesmo nesta situação a responsabilidade do Estado não é tratada como objetiva; apenas os parâmetros de exame são objetivados.

Conforme estudado, não existe um posicionamento majoritário a respeito do tema. Do contrário, vimos que com o passar dos anos o entendimento a respeito da melhor forma de responsabilização estatal por danos decorrentes da sua omissão sofreu muitas alterações. Hoje, a responsabilidade estatal objetiva parece ser a que mais se coaduna com o entendimento dos aplicadores do direito da atualidade. Contudo, existem muitas críticas a esta forma de responsabilização.

A principal delas, arguida tanto pelos defensores da responsabilidade subjetiva quanto pelos que defendem a responsabilização estatal segundo a natureza da intervenção, diz respeito à possível insustentabilidade de um sistema pautado em critérios objetivos e absolutos de responsabilização. A exemplo do ocorrido no direito espanhol, lá a responsabilização estatal pela simples intervenção de um agente público na consecução do dano criou um sistema extremamente injusto, vide os casos de responsabilização hospitalar.

A par das críticas direcionadas a esta forma de responsabilização, a teoria da responsabilidade objetiva trouxe importantes contribuições para o sistema brasileiro de responsabilidade estatal; especialmente no que tange a valorização/ proteção do particular, retirando-lhe o difícil ônus de provar o mau funcionamento do serviço público. Esta forma de responsabilização garante um Estado sólido e provedor das necessidades sociais, conferindo maior efetividade aos direitos fundamentais e sociais que dependam da atuação positiva do Poder Público. De igual forma, manteve-se a possibilidade de o Estado eximir-se de responsabilidade ao provar a inexistência de nexo de causalidade.

Na elaboração deste trabalho também teve importante destaque a reflexão proposta pelo professor Sérgio Severo a respeito da necessidade de o Poder

Público repensar os mecanismos de garantia da efetivação da responsabilidade estatal.

Em brilhante reflexão inspirada nas lições de Oriol Mir Puigpelat, Severo defende que o melhor modo de garantir este retorno aos administrados é por meio da criação de seguros e fundos de reparação; mantidos pelo governo, pela previsão de recursos destinados ao pagamento de indenizações nas áreas que demandam maior responsabilidade. No direito espanhol, por exemplo, a prática foi empregada para as demandas de responsabilidade na área da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marceloe,PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 12e.d. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ALVIN, Arruda. **Código Do Consumidor Comentado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso De Direito Administrativo**. 27e.d.São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v2.

BERTI, Sílvia Mendes, O princípio e a regra da responsabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.º 97, janeiro/junho, 2008, p. 339/359

BUENO, José Antonio Pimenta. [Marquês de São Vicente]. **Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 e.d.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo**. 24e.d. Rio de Janeiro, 2011.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borosoi, 1957.

CAVALCANTI, Themistócles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1964. v.1.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9e.d..São Paulo: Atlas, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José.**Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CRETELLA JÚNIOR, José.**Curso de Direito Administrativo**. 18e.d. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

COUTO E SILVA, Almiro do. "A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro". **Revista da PGE-RS**. Cadernos de Direito Público Almiro do Couto e Silva. Porto Alegre, 2003. v. 27.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. “O seguro no Brasil e a situação jurídica das seguradoras”. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Síntese, 1985.v. 33.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25e.d.São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español**. 2.ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 1e.d. Buenos Aires: La Ley, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução: Arnaldo Setti. Colaboração: AlmudenaMarín Lopez e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FREITAS, Juarez. “Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância” In: FREITAS, Juarez (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FREITAS, Juarez. **O Controle Dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 1995.

GOMES, Fábio Luiz. **Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRAU, Eros. “A emenda Constitucional n. 30/00: pagamento de precatórios judiciais.” **Revista de Direito Administrativo**. n.º 229, jul./set., 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nélon; DENARI, Nélon. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentados pelos autores do Anteprojeto**. 2e.d. Rio de Janeiro: Forense, Universitária, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso De Direito Administrativo**. 6e.d. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. “A responsabilidade do Estado”. In: FREITAS, Juarez (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAZZARINI, Álvaro. “Responsabilidade civil (IV): responsabilidade do Estado por atos omissivos dos seus agentes.” **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Síntese, 1991.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 6e.d. São Paulo: Revista dos tribunais, 1987.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38e.d. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACHADO, Santiago Muñoz. **La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo**. 1994. Disponível em: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=5351&path%5B%5D=5405>>. Acesso em: 26. nov. 2013.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 3ed. São Paulo: Max Limonad, 1959.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?". **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, 2000, V.2. n.º 13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/perplex.htm>. Acesso em 26. nov. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1966.

PUIGPELAT, Oriol Mir. **La Responsabilidad Patrimonial de la Administración – Hacia un nuevo sistema**. Prólogo de Eduardo Garcia de Enterría. 1e.d. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª e.d. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEVERO, Sérgio Viana. **Tratado De Responsabilidade Pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. "A evolução da responsabilidade civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal". In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo, “A dicotomia público-privado ao problema da colisão de princípios” In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 4.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso De Direito Administrativo**. 2e.d. porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. A responsabilidade do Estado na omissão. In: FREITAS, Juarez (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 409.203/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lúcia Terezinha Pereira Iorio. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 07 de março de 2006. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 04/12/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 395942/RS**. Agravante: Tânia machado Pinto e Outro. Agravado: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min.^a Ellen Gracie. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 04/12/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada 223/PE**. Requerente: Estado de Pernambuco. Requerido: Relator do Agravo de Instrumento n.º 0157690-9 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relator: Ministra Presidente (Min. Ellen Gracie). Brasília, DF, 09 de maio de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 04/12/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1136885/SP**. Recorrente: Fernando José dos Santos e Cônjuge. Recorrido: Companhia de seguros do Estado de São Paulo COSESP. Relatora: Min.^a Nancy Andrighi. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 22/11/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 721439/RJ**. Recorrente: Suzana Pfisterer. Recorrido: União. Relatora: Min.^a Eliana Calmon. Brasília, DF, 31 de agosto de 2007. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04/12/2013.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. 25 de março de 1824. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em: 04/12/2013, às 11h40min.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em: 04/12/2013, às 11h40min.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em: 04/12/2013, às 11h40min.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em: 04/12/2013, às 11h40min.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em: 04/12/2013, às 11h41min.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em: 04/12/2013, às 11h41min.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04/12/2013, às 11h41min.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04/12/2013, às 11h42min.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 04/12/2013, às 11h43min.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 04/12/2013, às 11h43min.