

RECEBIDO EM: 22/09/2015

APROVADO EM: 14/12/2015

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: OBJETIVA OU SUBJETIVA?

*CIVIL LIABILITY OF STATE FOR FAILURE: OBJECTIVE OR
SUBJECTIVE?*

*Leonardo Bas Galupe Lagos
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceitos preliminares; 2 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no mundo; 2.1 Irresponsabilidade estatal; 2.2 Responsabilidade subjetiva; 2.3 Responsabilidade objetiva; 2.4 Nova fase: o Estado como garantidor dos direitos fundamentais; 3 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro; 4 Diferença entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva; 4.1 Excludentes da responsabilidade civil do Estado; 4.1.1 Caso fortuito ou força maior; 4.1.2 Culpa exclusiva da vítima; 4.1.3 Fato de terceiro; 5 Responsabilidade civil do Estado por ação; 6 Responsabilidade civil do estado

por omissão: objetiva ou subjetiva?; 6.1 Considerações gerais; 6.2 Primeira corrente: teoria objetiva; 6.3 Segunda corrente: teoria subjetiva; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho visa apresentar a controvérsia existente acerca de qual teoria da responsabilidade se aplica quando por omissão do Estado um terceiro sofre prejuízo. Apresenta a evolução histórica relativa às teorias aplicadas no campo da responsabilidade estatal, passando por uma análise das que foram adotadas pelas constituições brasileiras. Esclarece o debate atualmente travado apontando os fundamentos das correntes doutrinárias que defendem tanto a teoria objetiva, quanto a teoria subjetiva da responsabilidade, relatando qual seria a diferença prática na adoção de uma ou outra. Conclui que não há uma doutrina dominante, mostrando que a divergência doutrinária e jurisprudencial está plenamente aberta.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Omissão. Responsabilidade. Objetiva. Subjetiva.

ABSTRACT: This paper aims to present the current controversy about which theory of liability applies when default state suffers a third loss. Presents the historical evolution on the theories applied in the field of state responsibility, through an analysis of which were adopted by the Brazilian constitutions. Clarifies the debate currently locked pointing out the doctrinal foundations of the current defending both the objective theory, the theory of subjective responsibility, reporting what would be the practical difference in the adoption of one or the other. Concludes that there is no dominant doctrine, showing that the divergence of case law is fully lit.

KEYWORDS: State. Omission. Responsibility. Objective. Subjective.

INTRODUÇÃO

Este trabalho buscará expor os principais argumentos doutrinários sobre qual teoria deve ser aplicada nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão (teoria objetiva ou subjetiva). Para tanto, se fará breve relato acerca da evolução histórica das teorias aplicáveis em caso de responsabilidade civil no mundo e nas constituições brasileiras.

Será demonstrado qual a relevância prática dessa discussão, fazendo uma comparação entre os elementos que devem estar presentes na teoria objetiva e na subjetiva para que o prejudicado faça jus à indenização do Estado. Além disso, será demonstrado em quais hipóteses o poder público estará isento de sua responsabilidade, como, por exemplo, se ocorrer caso fortuito ou força maior.

Em seguida, se demonstrará os fundamentos utilizados pela doutrina para adotar um ou outro posicionamento, além de esclarecer como a jurisprudência nacional vem decidindo atualmente sobre o tema. Será visto que ainda existe intenso debate sobre tal tema, mas que os tribunais vêm aderindo a um dos posicionamentos, aceitando, inclusive, alguns “temperamentos” em sua aplicação prática.

1 CONCEITOS PRELIMINARES

O presente trabalho trata sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, que difere da sua responsabilidade civil contratual, sendo disciplinadas, inclusive, por diplomas legais estranhos. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹:

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

Na seara do direito público, a responsabilidade civil estatal pode advir tanto de conduta ilícita, quanto de conduta lícita, ao contrario do direito privado, onde a responsabilidade civil sempre se origina de um comportamento ilícito. Como se verá adiante, o que justifica a responsabilidade do Estado

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1001.

por atos lícitos é o princípio da isonomia. Corrobora essa afirmativa os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Por fim, cumpre ressaltar que, diante da adoção da Teoria do Órgão Público, mais especificamente na sua “modalidade” Teoria da Imputação, idealizada pelo alemão Otto Friedrich Von Gierke, quando um agente público age dentro de suas funções, na verdade quem está agindo é o Estado. As condutas praticadas pelos agentes públicos são imputadas ao Estado, como se este tivesse agido, sendo aquele não um representante, mas sim um presentante do Estado. Por isso, quando um servidor público, por exemplo, no exercício de suas competências, causa dano a um terceiro, cabe ao Estado indenizar, e não ao agente.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO MUNDO

2.1 Irresponsabilidade Estatal

Até o ano de 1873 vigorava a Teoria da Irresponsabilidade Estatal, ou seja, o Estado não tinha nenhum dever de indenizar danos causados a terceiros por atos praticados por seus agentes. Tal teoria era representada pela expressão “The king can do no wrong”, traduzindo a ideia de que “o rei não erra”. Seu principal fundamento de sustentação era a crença na concepção político-teleológica, onde os súditos acreditavam que os governantes eram representantes de Deus.

Isso ocorreu na época dos Estados Absolutistas, onde o Estado dispunha de autoridade incontestável perante seus súditos, de forma que a atribuição de responsabilidade ao ente público seria uma inaceitável equiparação deste aos particulares.

Por trazer inúmeras injustiças, essa fase de irresponsabilidade estatal foi sendo superada. Isso ocorreu, sobretudo, na França, onde em

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 703.

1800 foi editada uma lei regulamentando a forma pela qual o Estado deveria ressarcir os particulares por danos resultantes de obras públicas.

Porém, a doutrina costuma delimitar como marco histórico para o fim desta teoria a data de 1873, mais precisamente no dia 8 de fevereiro, onde o Tribunal de Conflitos Francês deu decisão inédita entendendo ter o Estado responsabilidade civil por danos causados a terceiros em razão da prestação de serviços públicos, no caso conhecido como *Aresto Blanco*. Conforme as lições de Alexandre Mazza³:

O Tribunal de Conflitos é o órgão da estrutura francesa que decide se uma causa vai ser julgada pelo Conselho de Estado ou pelo Poder Judiciário. Em 8 de fevereiro de 1873, sob relatoria do conselheiro David, o Tribunal de Conflitos analisou o caso da menina Agnes Blanco que, brincando nas ruas da cidade de Bordeaux, foi atingida por um pequeno vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da criança entrou com ação de indenização fundada na ideia de que o Estado é civilmente responsável pelo prejuízo causado a terceiros na prestação de serviços públicos. O *Aresto Blanco* foi o primeiro posicionamento definitivo favorável à condenação do Estado por danos decorrentes do exercício das atividades administrativas. Por isso o ano de 1873 pode ser considerado o divisor de águas entre o período da irresponsabilidade estatal e a fase da responsabilidade subjetiva.

Os últimos países ocidentais a utilizarem a Teoria da Irresponsabilidade do Estado foram Estados Unidos e Inglaterra, até os anos de 1946 e 1947, respectivamente. Atualmente, essa teoria está totalmente superada.

2.2 Responsabilidade Subjetiva

A partir do final do século XIX, o Estado passou a ter responsabilidade em situações específicas, mas não era ainda uma responsabilidade “completa” como a de atualmente. Chegou-se, então, à Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado.

Em primeiro lugar, nessa fase, tentou-se dividir a personalidade do Estado a fim de apurar se havia ou não responsabilidade civil. Entendia-se que quando o Estado praticasse atos de gestão haveria sua responsabilidade,

3 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 277.

mas quando praticasse atos de império, continuava irresponsável. De acordo com Odete Medauar⁴:

Um segundo momento na evolução levou a reconhecer a responsabilidade do Estado pelos chamados atos de gestão, em contraponto aos atos de império, insuscetíveis de gerar responsabilização. Na época se afirmava que, ao praticar atos de gestão, o Estado teria atuação equivalente à dos particulares em relação aos seus empregados ou prepostos: como para os particulares vigorava a regra da responsabilidade, nesse plano o Estado também seria responsabilizado, desde que houvesse culpa do agente. Ao editar atos de império, estreitamente vinculados à soberania, o Estado estaria isento de responsabilidade.

Ocorre que a divisão da personalidade do Estado não foi aceita pela doutrina. Pedeu-se vênia para esclarecer a referida oposição dos juristas através das palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵:

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de serviços.

Ainda nessa teoria, o posicionamento dos estudiosos evoluiu. Superou-se a ideia de divisão da personalidade estatal e passou-se a afirmar que para haver responsabilidade do Estado a vítima deveria apontar quem era o agente culpado pelo seu dano, sendo isso denominado de “Culpa do Agente”.

Posteriormente, isso foi sendo superado, passando a existir a responsabilidade estatal em caso de “Culpa do Serviço” (também chamada de Culpa Anônima/ Culpa Administrativa/ “Faute du Service”). Por esse entendimento, a vítima não precisava mais apontar o agente causador do seu dano, mas deveria demonstrar que seu prejuízo adveio devido ao serviço público não ter funcionado, ter funcionado atrasado ou ter funcionado mal.

Nesse passo, deveria o particular comprovar quatro requisitos para ter direito à indenização, quais sejam, o ato, o dano, onexo causal e a culpa/dolo do Estado. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,

4 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 376.

5 DI PIETRO, op. cit., p. 706.

pode-se perceber que a Culpa do Serviço, é, portanto, de responsabilidade subjetiva do Estado⁶:

É mister acentuar que a responsabilidade por “falha do serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

Todavia, em que pese tenha havido significativo avanço em relação à Teoria da Irresponsabilidade do Estado, a Teoria da Responsabilidade Subjetiva carrega um grave defeito, visto que há elevada dificuldade para a vítima conseguir demonstrar em juízo a existência da culpa ou dolo da conduta estatal. Apesar disso, esta teoria era a regra geral utilizada pela doutrina até meados do século XX.

Atualmente, a Teoria da Responsabilidade Subjetiva ainda é utilizada no direito brasileiro no que tange à ação regressiva do Estado contra seu agente. Há quem sustente, ainda, que nos casos de danos por omissão estatal também é esta teoria que incide, mas há relevantes controvérsias travadas tanto no âmbito doutrinário, quanto na seara jurisprudencial sobre o tema, que será esmiuçado em capítulo adequado.

2.3 Responsabilidade Objetiva

Atualmente, a teoria que tem sido adotada como regra da responsabilidade civil do Estado é a objetiva. Esta teoria dispensa a necessidade de comprovação de culpa ou dolo da administração pública, baseando-se apenas no risco (Teoria do Risco). Conforme aduz Alexandre Mazza⁷, “quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo”.

6 BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 102.

7 MAZZA, op. cit., p. 278.

Para que haja responsabilidade civil do Estado, de acordo com a Teoria Objetiva, basta comprovar a existência do ato, do dano e do nexo de causalidade, para que a vítima seja indenizada pelo poder público. A discussão acerca da culpa ou do dolo foi transferida para a ação regressiva a ser ajuizada pelo Estado contra seu agente público após a efetiva indenização à vítima.

Segundo o mesmo doutrinador acima mencionado “a teoria objetiva baseia-se na ideia de solidariedade social, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes dos prejuízos especiais que oneram determinados particulares”⁸.

Por fim, cumpre apenas ressaltar que no campo da responsabilidade objetiva, existem duas principais correntes que disputam seu modo de aplicação, quais sejam, Teoria do Risco Integral e Teoria do Risco Administrativo (que será oportunamente analisadas quando do estudo comparativo entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva).

Hodiernamente, essa teoria é a regra geral no Brasil, expressamente prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Entretanto, há quem sustente que ela só é aplicável aos casos de ação estatal, não servindo, todavia, para os casos de omissão, que continuaria sendo necessária a responsabilidade subjetiva. Este debate é o cerne do presente trabalho, e será aprofundado nos capítulos a seguir.

2.4 Nova Fase: O Estado Como Garantidor dos Direitos Fundamentais

No decorrer do século XXI, há doutrina passando a afirmar que estamos numa quarta fase da responsabilidade civil do Estado, tendo este o dever de garantir os direitos fundamentais. Felipe Peixoto Braga Netto citando Daniel Sarmiento, esclarece esse posicionamento¹⁰:

Destaque-se que na ordem constitucional brasileira, os direitos fundamentais não são concebidos como meros direitos de defesa em face do Estado. Tais direitos, por um lado, exigem também comportamento ativo dos poderes públicos, voltados à sua proteção e promoção.

8 MAZZA, op. cit., p. 279.

9 Art. 37, §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

10 Apud BRAGA NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 66.

Este mesmo autor segue sua linha de raciocínio ao mencionar Helena Elias Pinto¹¹:

A nova dimensão dos direitos fundamentais, enquanto direito de proteção pelo Estado, caso não seja efetiva no caso concreto, pode ensejar a ocorrência de dano indenizável, desaguando na responsabilidade civil do Estado por omissão.

Dessa forma, conclui-se que, ainda que timidamente, vem surgindo interessante corrente defendendo estarmos numa quarta etapa da evolução da responsabilidade civil do Estado. Este posicionamento é deveras relevante em virtude da máxima eficácia dos direitos fundamentais, da aplicação horizontal dos direitos fundamentais e do direito ao mínimo existencial. Caso isso seja violado, não é absurdo imaginar eventual responsabilização estatal como consequência.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

Primeiramente, cumpre ressaltar que o Brasil nunca adotou a Teoria da Irresponsabilidade. As Constituições de 1824 e 1891 não continham dispositivos que tratassem acerca da responsabilidade civil do Estado, fazendo somente menção à responsabilidade do funcionário público em caso de abuso ou omissão.

A partir da vigência do Código Civil de 1916, passou a ser adotada a Teoria Subjetiva, também chamada de Teoria Civilista para os danos causados pelo Estado. As Constituições de 1934 e 1937 não alteraram a teoria a ser utilizada na responsabilidade civil do Estado, apenas inserindo dispositivo que tornou solidária a responsabilidade entre o poder público e seu funcionário pelos danos causados por este em caso de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

Entretanto, com a Constituição de 1946, houve alteração na teoria adotada pelo Brasil a respeito da responsabilidade civil do Estado. A partir de então passou a valer a Teoria Objetiva, momento no qual foi descolada para a ação de regresso a discussão acerca da culpa. No mesmo sentido caminhou a Constituição de 1967.

11 apud BRAGA NETTO, p. 67.

Atualmente, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, segue sendo a Teoria Objetiva como regra geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado, seja para danos morais, seja para danos materiais. Hoje em dia, a Teoria Subjetiva subsiste apenas para a ação regressiva. Quanto a sua aplicação para os casos de responsabilidade civil do Estado por omissão, há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial que será analisada em tópico próprio no decorrer deste trabalho.

4 DIFERENÇA ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E A OBJETIVA

Tendo em vista que este trabalho tem o objetivo de trazer à baila a controvérsia existente acerca de ser objetiva ou subjetiva a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, conveniente se faz abordar qual é a principal diferença entre uma ou outra modalidade de responsabilidade.

No que tange à responsabilidade subjetiva, seu principal elemento é a culpa. Para que ela seja configurada é preciso que estejam presentes quatro elementos, quais sejam, o ato, o dano, o nexó causal e a culpa (em sentido amplo). Isto significa que o aspecto subjetivo ou psíquico do agente deverá ser investigado a fim de se determinar se haverá ou não responsabilidade civil.

A culpa em sentido amplo se subdivide na culpa propriamente dita (caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia) e no dolo (que significa a real vontade do agente em causar o dano). Esta discussão acerca da culpa existente na responsabilidade subjetiva, que não se faz presente na responsabilidade objetiva como se verá adiante, é o elemento central que diferencia uma de outra modalidade. Além disso, é a necessidade de se comprovar a culpa que torna, teoricamente, a responsabilidade subjetiva mais difícil de ser demonstrada em juízo do que a objetiva.

Nas sábias palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹²:

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de

¹² BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1013.

empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em um ou outra hipótese resulta transgredido.

Em relação a responsabilidade objetiva, conforme já mencionado, não é necessário a demonstração de culpa para que haja a indenização pelos prejuízos causados pelo Estado, sendo preciso apenas comprovar o ato, o dano e o nexos causal. Essa forma de responsabilidade, em que pese não seja calcada na culpa, baseia-se na Teoria do Risco e na solidariedade social. Mais uma vez as palavras de Alexandre Mazza¹³, esclarecem qual o fundamento da Teoria do Risco afirmando que “quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo”. Além disso, neste mesmo sentido, interessante demonstrar o posicionamento de Hely Lopes Meirelles¹⁴:

Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administradores e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF/46.

A maior parte da doutrina e da jurisprudência defende existirem duas modalidades da teoria do risco, quais sejam, Risco Administrativo e Risco Integral. Novamente as claras lições de Alexandre Mazza nos ensinam que “a teoria do risco integral é uma variação radical da responsabilidade objetiva, que sustenta ser devida a indenização sempre que o Estado causar prejuízo a particulares, sem qualquer excludente”. E segue o referido autor afirmando que¹⁵:

Não há notícia de nenhum país moderno cujo direito positivo tenha adotado o risco integral como regra geral aplicável à responsabilidade

13 MAZZA, op. cit., p. 278.

14 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 726.

15 MAZZA, op. cit., p. 284.

do Estado, jamais tendo sido adotada entre nós. Sua admissibilidade transformaria o Estado em verdadeiro indenizador universal.

A Teoria do Risco Integral, como dito, não foi adotada como regra no direito pátrio, sendo, entretanto, aceito em alguns casos, tais como, “[...] danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII da CF) e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas contra aeronaves [...]”¹⁶.

Por outro lado, a Teoria do Risco Administrativo, que é a regra geral adotada pela nossa Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, §6º admite várias hipóteses de excludentes, conforme será estudado no item a seguir.

Todavia, em que pese a maioria da doutrina concordar com essa subdivisão da Teoria do Risco para fundamentar a responsabilidade objetiva, há doutrinadores que a criticam. Segundo Odete Medauar os próprios¹⁷:

autores que mencionam em suas obras a teoria do risco integral, para adotá-la, admitem a isenção da Administração em caso de força maior ou culpa da vítima, pois em tais hipóteses deixaria de haver o nexo de causalidade ensejador da responsabilização.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita um dos principais críticos dessa subdivisão, o jurista Yussef Said Cahali¹⁸:

[...] a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das conseqüências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção. [...] deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto.

16 DI PIETRO, op. cit., p. 708/709.

17 MEDAUAR, op. cit., p. 378.

18 apud DI PIETRO, op. cit., p. 708.

O nexu causal, por sua vez, elemento que, juntamente com o ato e o dano, deve estar presente tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva, nos dizeres de Flávio Tartuce “constitui a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém” (TARTUCE, 2011, p. 419). Há várias teorias justificadoras do nexu de causalidade, sendo que atualmente a doutrina altera entendimentos ora aplicando a Teoria da Causalidade Adequada, ora sustentando a Teoria do Dano Direto e Imediato. Há, inclusive, julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça afirmando ser as duas teorias sinônimas:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRESA DE ESTACIONAMENTO QUE PERMITE A RETIRADA DE VEÍCULO PELO FILHO DA PROPRIETÁRIA DO MESMO, SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE ESTACIONAMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO HORAS MAIS TARDE EM CIDADE DIVERSA. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. À luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente códex, sobre nexu causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato (STJ, Resp 325622, Rel. Min. Fernando Mathias, 4 T, DJ 10/11/08). (grifo nosso)

Como o presente trabalho não tem pretensão de aprofundar o referido tema, cabe aqui apenas uma menção acerca de uma atual confusão no âmbito jurisprudencial acerca do nexu de causalidade.

4.1 Excludentes da Responsabilidade Civil do Estado

As hipóteses de exclusão de responsabilidade a seguir mencionadas servem, em regra, tanto para a modalidade objetiva (nos casos em que admitir excludentes), quanto para a subjetiva. Considerando que o nexu de causalidade é elemento essencial da responsabilização do Estado, quando ele não for a causa do dano, ou não for a única causa, não pode haver obrigação do poder público em indenizar o prejuízo.

4.1.1 Caso Fortuito ou Força Maior

Durante muitos anos a doutrina tentou identificar o que seria caso fortuito e o que seria força maior, qual deles seria um evento imprevisível ou qual seria uma força intransponível. Ainda hoje subsiste tal divergência

conceitual onde o que para alguns é caso fortuito, para outros é força maior. Para Felipe Peixoto Braga Netto¹⁹, todavia, “não há, no direito brasileiro, relevância na distinção entre caso fortuito e força maior”.

Deixando de lado a controvérsia conceitual, interessante é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao entender que²⁰:

[...] mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.

Por esse posicionamento, o caso fortuito e a força maior devem ser analisados em cada caso concreto a fim de se verificar se podem ou não excluir a responsabilidade do Estado.

4.1.2 Culpa exclusiva da Vítima

Caso o dano tenha ocorrido exclusivamente por conduta da vítima, não poderá haver responsabilidade do Estado. Isso ocorre, por exemplo, quando uma pessoa se joga na frente de uma viatura policial para se suicidar, não havendo, neste caso, dever do Estado em indenizar a família.

Convém mencionar que a culpa exclusiva da vítima não se confunde com a culpa concorrente, pois neste caso não se trata de uma excludente de responsabilidade, mas sim de uma causa atenuante. São os casos em que a vítima e o agente causam, por culpa recíproca, os prejuízos, havendo uma compensação de culpas. A culpa concorrente não rompe o nexo de causalidade, gerando apenas uma mitigação no valor da indenização.

4.1.3 Fato de Terceiro

O fato de terceiro acontece quando alguém que não faz parte dos quadros de agentes do poder público causa o prejuízo. Ocorre que nem sempre

19 BRAGA NETTO, op. cit., p. 111.

20 DI PIETRO, op. cit., p. 713.

o fato de um terceiro causar prejuízo ao particular sem o Estado ter dado causa diretamente ao dano excluirá a responsabilidade do poder público.

Como se verá no capítulo referente à responsabilidade civil do Estado por omissão, caso fosse hipótese em que a Administração devesse ter agido para evitar que o terceiro causasse o dano, mas fica inerte, poderá sim ocorrer o dever de o Estado indenizar um dano causado pelo particular.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR AÇÃO

Em que pese este trabalho tenha a intenção de explorar as divergências existentes sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão, considerando que um ato omissivo é exatamente o inverso da conduta comissiva, convém neste tópico apenas traçar linhas gerais sobre esta modalidade de responsabilidade estatal.

A doutrina é unânime em informar que o art. 37, § 6º da Constituição Federal²¹ (BRASIL, 1988) trouxe, nos casos de ação estatal, a responsabilidade objetiva na sua modalidade risco administrativo, ou seja, admitindo a incidência de excludentes. Felipe Braga Netto²², a citar Helena Elias Pinto afirma que “[...] a responsabilidade por ação é disciplinada de forma peremptória no Texto Constitucional, com a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado por atos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causem a terceiros”.

De acordo com ilustre Hely Lopes Meirelles²³:

O §6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoriasubjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral.

Além disso, importante destacar que nos casos de ação estatal, cuja teoria aplicada é a objetiva, pode haver a responsabilidade civil com a prática

21 Art. 37, §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

22 apud BRAGA NETTO, op. cit., p. 157.

23 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 729.

de atos ilícitos ou lícitos, como, por exemplo, uma obra pública que causa danos a um particular. Nesse passo, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴:

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

Por fim, cabe ressaltar que a doutrina entende que no caso de atos lícitos, o que fundamenta a responsabilidade civil do Estado devendo indenizar o prejudicado é o Princípio da Isonomia. Por sua vez, praticando atos ilícitos que causem danos a um terceiro, o Estado tem o dever de indenizar com base no Princípio da Legalidade. Tais fundamentos da responsabilidade civil do Estado são esclarecidos por Alexandre Mazza²⁵:

Quando o ato lesivo for ilícito, o fundamento do dever de indenizar é o princípio da legalidade, violado pela conduta praticada em desconformidade com a legislação.

No caso, porém, de ato lícito causar prejuízo especial a particular, o fundamento para o dever de indenizar é a igual repartição dos encargos sociais, ideia derivada do princípio da isonomia.

Como se pôde verificar, no campo dos atos comissivos praticados pelo Estado é pacífico o entendimento da doutrina pela aplicação da teoria objetiva. Dessa forma, pode-se, enfim, adentrar no tema que nomeia o presente trabalho, ou seja, passa-se a detalhar as controvérsias acerca de qual teoria se aplica no caso de responsabilização estatal por atos omissivos.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: OBJETIVA OU SUBJETIVA?

6.1 Considerações Gerais

A divergência travada na doutrina e jurisprudência que se põe neste capítulo é deveras importante, tendo em vista que, em sendo adotada a teoria subjetiva o prejudicado terá o dever de demonstrar a culpa do Estado na ocorrência de seus danos para fazer jus à indenização almejada, o que não é necessário para a teoria objetiva.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1014.

²⁵ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 282.

Além disso, segundo Helena Elias Pinto, citada por Felipe Braga Netto²⁶:

A responsabilidade por ação é disciplinada de forma peremptória no Texto Constitucional, com a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado por atos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causem a terceiros. [...] o direito positivo não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão.

Devido ao nosso ordenamento jurídico não disciplinar expressamente sobre qual teoria deve ser aplicada em casos de omissão estatal para fins de sua responsabilização, cabe à doutrina e à jurisprudência resolverem tal impasse. Ocorre que ainda hoje não há uma posição pacificada quanto ao tema, havendo, ainda, grande divergência inclusive no Superior Tribunal de Justiça:

Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização se houver culpa do preposto (STJ, Resp 721.439, Rel. Min. Eliana Calmon, 2 T., DJ 31/08/07)

Necessário enfatizar que a doutrina afirma que não se trata de qualquer omissão que gerará a responsabilidade do Estado, pois não se pode transformar o poder público num segurador universal de qualquer acontecimento cotidiano. O Estado só poderá ser compelido a indenizar um dano causado em virtude de sua omissão no caso em que devesse agir naquela situação mas fica inerte, ou, mesmo atuando, o faz de forma insatisfatória.

De acordo com as lições da professora Maria Sylvia “[...] para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano”. E segue a linha de raciocínio da jurista²⁷:

No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu.

Há doutrina mencionando existir a omissão genérica (que não geraria dever de indenizar) e a omissão específica (que atrai a responsabilidade civil

²⁶ apud BRAGA NETTO, op. cit., p. 157.

²⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 716.

do Estado). Como exemplo da genérica, Felipe Braga Netto menciona um motorista bêbado que atropela e mata uma pessoa, não tendo o Estado o dever de indenizar sua família. Já no caso de tal motorista, embriagado, ter sido parado numa blitz, mas indevidamente liberado pela polícia e que logo em seguida mata alguém atropelado, haverá de ser o Estado responsabilizado por tal dano, visto que se trata de hipótese de omissão específica²⁸. Quanto mais específica for a omissão, mais claro restará a obrigação de indenizar do Estado.

Pertinente transcrever as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que de sua maneira, acaba chegando à mesma conclusão acima exposta²⁹:

É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o “serviço não funcionou”. [...] Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitirem-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundo de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estivessem entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo de água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias.

Mas como saber quando o Estado tem o dever legal de agir e não o faz, gerando o dano a ser reparado? Esta não é uma resposta objetiva de ser dada, pois apenas com a análise dos aspectos fáticos do caso concreto é que se extrairá se havia ou não o dever de agir do Estado. Novamente, cabe aqui expor o posicionamento de Celso Antônio³⁰:

Não há resposta a priori quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

28 BRAGA NETTO, op. cit., p.163.

29 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1023.

30 Ibidem, p. 1022.

Das colocações acima pode-se concluir que a omissão estatal não é a causa direta do dano sofrido pelo terceiro, mas sim uma condição necessária para que um outro ato cause o prejuízo. Caso a omissão não tivesse ocorrido, também não haveria a condição que possibilitou o dano, e, com isso, escaparia o Estado da obrigação de indenizar o prejuízo. Esse é o pensamento de Celso Antônio³¹:

De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

Expostas as considerações gerais, se permite adentrar nos fundamentos da doutrina e jurisprudência para acolher a teoria objetiva ou a subjetiva em relação à responsabilidade do Estado quando omissivo no seu dever de agir.

6.2 Primeira Corrente: Teoria Objetiva

Ainda que haja doutrinadores renomados sustentando pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em caso de omissão do poder público, esta corrente é minoritária atualmente. Todavia, nos compete aqui expor os fundamentos desse posicionamento que defende ser dispensável, para fins de recebimento de indenização, a demonstração da culpa do Estado no prejuízo sofrido em razão de uma omissão, bastando a demonstração do dano e do nexo causal.

Um primeiro argumento desta corrente é que o art. 37, §6^o³² da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao tratar acerca da responsabilidade civil do Estado e adotar a teoria objetiva, não faz qualquer distinção entre ela ser aplicada aos atos comissivos ou omissivos, não cabendo ao intérprete fazê-la. Quem destaca este fundamento é Gustavo Tepedino, que afirma ainda que ao adotar a teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado nas suas omissões não se estaria levando a uma “panresponsabilização” do poder público, pois mesmo nesta teoria existem excludentes de responsabilidade³³.

31 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.1022/1023.

32 Art. 37, §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

33 TEPEDINO, Gustavo Mendes. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.192.

Outra justificativa adotada por esta corrente é que na responsabilidade civil estatal por omissão não deve ser analisada a culpa (como afirmam os defensores da teoria subjetiva), mas apenas o nexo causal. Mesmo que o Estado demonstre não ter agido com culpa, se houve o nexo causal entre sua omissão e o dano, deve ser compelido a indenizar o prejuízo. Neste sentido é o entendimento de Felipe Braga Netto³⁴:

Isso evidencia que na omissão estatal a responsabilidade independe do elemento culpa. Basta o nexo causal. Ainda que o Estado prove que não houve, de modo algum, culpa (digamos que o buraco apareceu no dia anterior, impossibilitando qualquer previsão de obra), ainda assim persistirá a responsabilidade estatal, para cuja ocorrência basta o dano aliado ao nexo causal, sendo irrelevante, mesmo nos casos de omissão estatal, a culpa.

Seguindo sua linha de pensamento, este mesmo autor afirma que a própria legislação brasileira já caminha nesse sentido, visto que³⁵:

O Código de Trânsito responsabiliza objetivamente – por ações ou omissões – o poder público pelos danos causados aos cidadãos. (Art. 1º, § 3º “Os órgãos e entidades competentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantem o exercício do direito do trânsito seguro.”).

Convém destacar, que no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, já houve decisão no sentido de encampar a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em relação às omissões estatais:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º; DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIÇÃO DA LIDE Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. *Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite*

34 BRAGA NETTO, op. cit., p. 159.

35 *Ibidem*, p. 159.

no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos.(STF, RE 283.989/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1 T., 28/05/2002) (grifo nosso)

Enfim, embora sejam sedutores os argumentos desta corrente doutrinária ela é minoria no cenário nacional, vindo a maioria dos doutrinadores e inclusive a jurisprudência, aceitando como mais adequada, neste caso, a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade.

6.3 Segunda Corrente: Teoria Subjetiva

Neste tópico devem ser explorados os fundamentos utilizados pela corrente que vem predominando na jurisprudência. Segundo este entendimento, para que o prejudicado por uma omissão estatal faça jus à indenização, deverá demonstrar que houve o dano, o nexu causal, bem como que o poder publico tenha concorrido de forma culposa (ou dolosa) para o prejuízo.

Primeiramente, há quem defenda, ao fazer uma interpretação literal do art 37, § 6º da Constituição Federal³⁶ (BRASIL, 1988), (que como se sabe adotou a teoria objetiva), que o mencionado dispositivo legal não pode ser utilizado nos casos de omissão do Estado, em virtude do verbo “causar” ali presente, passar uma ideia de conduta positiva do poder público, de uma ação. Neste sentido, cabe aqui, resumir novamente as afirmações de Celso Antônio Bandeira de Mello, onde, para ele, a omissão não causa dano, mas apenas é uma condição para que o dano ocorra³⁷.

O próximo argumento desta robusta corrente de entendimento é que, conforme mencionado no primeiro tópico deste capítulo, não é qualquer omissão do Estado que gera sua responsabilidade civil, mas só aquela omissão no momento em que era seu dever agir. Desta forma, quando o poder público deixa de realizar uma conduta que era obrigado a fazer, acaba praticando ato ilícito, que, por sua vez, atrai a teoria subjetiva da responsabilidade (e não a teoria objetiva), porquanto não há conduta ilícita que não advenha de culpa ou dolo.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “enquanto no caso dos atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos e ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado”³⁸,

36 Art. 37, §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

37 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.1022/1023.

38 DI PIETRO, op. cit., p. 716.

afirmando a autora que “por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese de responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público”³⁹.

Imprescindível, neste ponto, transcrever os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. [...] 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.

Essa corrente prossegue seu pensamento rebatendo o fundamento da corrente contrária (que defende a responsabilidade objetiva), ao afirmar que não haverá dificuldade para o prejudicado comprovar que houve culpa do Estado em omitir-se e causar o dano. Aduzem que haverá, na verdade, uma presunção de culpa do Estado não necessitando o prejudicado demonstrar o referido elemento subjetivo do poder público. Ocorrerá, no âmbito do poder judiciário, a inversão do ônus probatório recaindo sobre os “ombros” estatais a necessidade de comprovar que agiu de forma diligente naquele caso concreto. Novamente, quem nos esclarece o tema é o professor Celso Antônio⁴¹:

Com efeito, nos casos de “falta do serviço” é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. [...] Razoável, portanto, que nesta hipóteses ocorra a inversão do ônus da prova

39 *Ibidem*, p. 717.

40 BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 1021.

41 *Ibidem*, p. 1023/1024.

Cabe frisar que a jurisprudência pátria vem aceitando com bastante constância a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade, conforme se verifica nos julgados abaixo colacionados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - *Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.* II. - A falta do serviço $\frac{3}{4}$ *faute du service* dos franceses $\frac{3}{4}$ não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, “D.J.” de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270 IV. - RE conhecido e provido (STF, RE 369.820/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2 T., 04/03/2011). (Grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. *OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA DEMONSTRADA NA ESPÉCIE. ACIDENTE DE VEÍCULOS EM CRUZAMENTO. SEMÁFORO DEFEITUOSO. CULPA CONCORRENTE DO MUNICÍPIO E DO MOTORISTA QUE TRAFEGAVA NA VIA EM QUE O SINAL ESTAVA INOPERANTE. AUSÊNCIA DE CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE TRANSITAVA PELA RUA EM QUE O SEMÁFORO ESTAVA VERDE.* (STJ, Resp 716.250/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2 T., 21/06/2005). (Grifo nosso)

Ocorre que esta mesma corrente faz um “temperamento” acerca da aplicação da teoria subjetiva nas omissões estatais, entendendo que em algumas hipóteses caberá a aplicação da teoria objetiva.

São os casos onde o Estado por uma ação sua cria uma situação de risco que a priori não gera danos a ninguém, mas que origina um “ambiente”

suscetível de ocasionar prejuízo não causado pelo poder público. O dano não será causado diretamente pelo Estado, pois este fica inerte, mas por ter criado esta situação deverá responder pela teoria objetiva da responsabilidade.

A doutrina cita, por exemplo, a situação onde a administração pública permite que uma casa que vende explosivos seja instalada no centro de uma cidade, sendo esta loja atingida por um raio, explodindo e causando danos à vizinhança. Em que pese o ato causador do incidente não tenha partido do Estado, a sua atitude de permitir sua instalação num local habitado gera sua responsabilidade objetiva. Celso Antônio nos elucida a questão⁴²:

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

Os juristas mencionam também que haverá responsabilidade objetiva do Estado por suas omissões nos casos em que há relação de custódia, ou seja, sujeição especial de pessoas ou bens à administração pública. Vale citar como exemplo os casos em que um preso mata outro dentro da penitenciária, e as agressões sofridas por alunos de escola pública em horário e ambiente de aula. Nesses casos, o Estado assumiu uma responsabilidade mais acentuada em relação a essas pessoas, por isso sua responsabilidade em caso de eventual omissão deve ser pautada pela teoria objetiva. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles⁴³:

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

42 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1026.

43 MEIRELLES, op. cit., p. 731.

comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal.

Segundo Alexandre Mazza, nesses casos de relação de custódia “a responsabilidade estatal é objetiva inclusive quanto a atos de terceiros”⁴⁴.

Cabe ressaltar, que há muito tempo a jurisprudência já vem aceitado esse “temperamento” da teoria subjetiva da responsabilidade em caso de omissão estatal para aplicar a teoria objetiva:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. *RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO*. MORTE DE DETENTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO CARACTERIZADA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Na hipótese dos autos, as recorridas ajuizaram ação ordinária visando à condenação do Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização pelos danos que suportaram com o suicídio de um parente em uma cela de presidiária. 2. O Tribunal de origem não condenou o Poder Público, em razão da ausência de nexo de causalidade entre eventual omissão estatal e o falecimento do preso. 3. *Contudo, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública em situações como a dos autos, já que a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado.* 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1305259/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2 T., DJ 09/04/2013) (Grifo Nosso)

Dessa forma, ficam demonstrados os principais argumentos desta corrente que vem “contaminando” os julgadores e sendo adotada na maior parte das vezes pelos tribunais brasileiros nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão. Todavia, conforme se percebeu, ainda não se pode dizer que é tema pacificado na jurisprudência e na doutrina, pois ainda existe acesa e instigante divergência de sedutores argumentos.

44 MAZZA, op. cit., p. 290.

7 CONCLUSÃO

Primeiramente, o presente trabalho apresentou a evolução histórica acerca da responsabilidade civil do Estado e quais teorias foram adotadas pelas constituições brasileiras. Mostrou que o Brasil nunca adotou a teoria da irresponsabilidade estatal e que atualmente não se tem conhecimento de nenhum Estado que a adote. Além disso, ficou claro que hoje em dia a teoria objetiva da responsabilidade é a regra geral adota pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, §6º, quanto aos atos comissivos do Estado.

Em seguida, ficou demonstrado que nosso ordenamento jurídico não trata expressamente sobre a responsabilidade do Estado em caso de omissão, gerando intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre qual teoria deve ser aplicada nesse caso (objetiva ou subjetiva). No quarto capítulo, demonstrou-se a importância prática desta divergência, tendo em vista que se for adotada a teoria subjetiva o prejudicado deverá demonstrar a culpa *latu sensu* que o Estado teve ao causar seu prejuízo, ou seja, comprovar a culpa *strictu sensu* (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo na inércia do poder público.

Restou esclarecido que, independentemente da teoria adotada, seja ela a objetiva ou a subjetiva, (salvo, a teoria objetiva pelo risco integral), existem hipóteses que excluem a responsabilidade do Estado, tais como culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou força maior.

Por fim, ficou claro que em que pese haja robustos argumentos para ambas as correntes doutrinárias, vem prevalecendo na jurisprudência que em caso de omissão do Estado deve ser aplicada a teoria subjetiva (ao contrário da regra geral que impõe a adoção da teoria objetiva em caso de ato comissivo do poder público).

Porém, a própria doutrina que defende o posicionamento dominante faz “temperamentos” em relação à aplicação da teoria subjetiva. Considerando a dificuldade do prejudicado em conseguir angariar elementos para demonstrar a culpa do Estado, aduzem que nesse caso há uma presunção de culpa da administração pública, havendo a inversão do ônus probatório. Com isso, caberá ao poder público quando demandando em ação judicial de responsabilidade civil por omissão comprovar que agiu de forma diligente no caso concreto. Finalmente, essa mesma corrente doutrinária afirma ainda que há casos em que mesmo que haja omissão estatal deverá ser aplicada não a teoria subjetiva, mas sim a objetiva, tais como nos casos em que o próprio Estado cria a situação de risco ou nos casos em que haja uma relação de custódia entre ele e a pessoa ou bem lesado.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- BRASIL. *Código Civil; Código de Processo Civil; Código Comercial; Constituição Federal*. Organizado por Youssef Said Cahali. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da república federativa do Brasil, 1988. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FURASTE, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Explicações das Normas da ABNT*. 15. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo Mendes. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

