

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

DENILSON RODRIGUES SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A RELATIVIZAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE OMISSÃO NA ÁREA DE
SEGURANÇA PÚBLICA**

ARACAJU

2017

DENILSON RODRIGUES SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A RELATIVIZAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE OMISSÃO NA ÁREA DE
SEGURANÇA PÚBLICA**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe como um dos
pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel em
Direito

Orientador: Prof. Valfran Andrade Barbosa

ARACAJU

2017

Ficha Catalográfica

SANTOS, Denilson Rodrigues.

S337r Responsabilidade Civil Do Estado: a relativização da
responsabilidade civil nos casos de omissão na área de segurança
pública/ Denilson Rodrigues Santos. Aracaju, 2017. 51 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Valfran Andrade Barbosa

1. Responsabilidade 2. Equilíbrio 3. Dano 4. Restauração I.
TÍTULO.

CDU 347.51(813.7)

DENILSON RODRIGUES SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:
A RELATIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
NOS CASOS DE OMISSÃO NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA

Monografia apresentada à banca examinadora da
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como
pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 02, 12, 2017

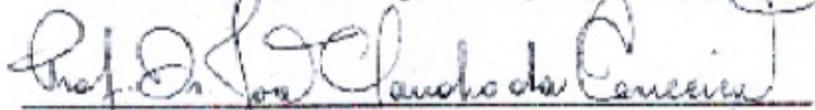
BANCA EXAMINADORA



Prof.º Esp. Valfran Andrade Barbosa (Orientador)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.



Prof.ª Me. Cristiana Maria Santana Nascimento
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof.º Dr. João Cláudio da Conceição
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

ARACAJU

2017

À Deus por ter me privilegiado com o dom da vida e a minha família por todo o apoio que me impulsionou à continuar até que chegasse até aqui.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo privilégio do dom da vida e pela saúde física, mental e espiritual pois sem isso, eu não teria conseguido chegar até aqui;

A minha esposa e companheira; que em meio às alegrias e adversidades, sempre esteve comigo;

À todos os meus familiares e amigos em geral, que de alguma forma contribuíram para a conclusão dessa jornada;

Ao meu orientador, professor VALFRAN que muito contribuiu para a conclusão deste trabalho, com paciência, me dando o norte e direcionamento necessários;

À todos os professores que de alguma forma plantaram as sementes do conhecimento e estas frutificaram fazendo-me chegar até aqui.

RESUMO

Dentre as várias acepções e conceitos existentes que se destinam a explicar a Responsabilidade Civil do Estado, atualmente, destaca-se aquela que nos traz a noção de obrigação ou seja, de algo que em sua natureza possa trazer de alguma forma prejuízo para as partes envolvidas ou para terceiros, caso descumprida, seja em virtude de contrato pré-estabelecido, seja de relação de obrigação, para qualquer das partes a ela relacionadas. A Responsabilidade Civil do Estado, destina-se a restaurar o equilíbrio, moral ou patrimonial, que foi perdido em virtude de ter ocorrido determinado dano devido ao descumprimento dessa obrigação. Nesse caso, entende-se que a responsabilidade está atrelada à ideia de restauração do equilíbrio, de restauração do dano, e, seu interesse, sua finalidade, é tentar restabelecer esse equilíbrio, essa harmonia que foi perdida ou violada em virtude desse dano sofrido, é o que chamamos de Responsabilidade e esse equilíbrio, essa harmonia seja ela alcançada ou não, constitui a fonte geradora da Responsabilidade Civil do Estado. Então, o agente causador do referido dano, é compelido a ressarcir, restaurar àquele que teve seu direito usurpado, ao estado anterior ao dano, ao “status quo ante”. Conforme depreende-se através de simples análise sem qualquer minúcia, a Responsabilidade está presente não só na seara Cível mas, nas diversas áreas que compõem o direito, nas diversas atividades desempenhadas diuturnamente fazendo parte da atividade humana em geral, não se resumindo aos limites da vida jurídica. A Responsabilidade Civil do Estado portanto, existe em virtude da ocorrência de um ato comissivo ou omissivo do agente ou representante estatal e gera para o prejudicado o direito de ser ressarcido ou indenizado pelo dano.

Palavras-chave: Responsabilidade. Equilíbrio. Dano. Restauração.

ABSTRACT

Among the various accepted meanings and concepts that are intended to explain the Civil Responsibility of the State, now stands out the one that brings us the notion of obligation, that is, something that in its nature may in any way bring harm to the parties involved or to third parties, in case of breach, either by a pre-established contract or of an obligation relationship, for any of the related parties. The Civil Responsibility of the State, is intended to restore the balance, moral or patrimonial, which was lost due to the occurrence of certain damage due to non-compliance with this obligation. In this case, it is understood that responsibility is tied to the idea of restoring balance, restoring damage, and its interest, its purpose, is to try to restore that balance, that harmony that was lost or violated by that damage suffered, is what we call Responsibility and this balance, this harmony is achieved or not, it is the source that generates the Civil Responsibility of the State. Then the agent causing the said damage is compelled to compensate, to restore to the one who has had his right usurped, to the state prior to the damage, to the status quo ante. As is clear from a simple analysis without any detail, Responsibility is present not only in the Civil Court, but also in the various areas that make up the law, in the various activities carried out daily as part of human activity in general, legal life. The Civil Responsibility of the State therefore exists because of the occurrence of a commissive or omissive act of the agent or state representative and generates for the injured the right to be compensated or indemnified by the damage.

Keywords: Responsibility. Balance. Damage. Restoration.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
2.1	Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	11
2.1.1	Do Dano.....	11
2.1.2	Da conduta humana (ação ou omissão).....	14
2.1.3	Do Dolo e Culpa do agente.....	15
2.1.4	Do nexo de causalidade.....	15
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	177
3.1	Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado.....	20
3.1.1	A Irresponsabilidade do Estado.....	200
3.1.2	Teoria da Responsabilidade com culpa comum do Estado.....	211
3.1.3	Teoria da culpa administrativa.....	222
3.1.4	Teoria do Risco Administrativo.....	222
3.1.5	Teoria do Risco Integral.....	24
3.2	Responsabilidade Subjetiva do Estado	24
3.2.1	Responsabilidade Objetiva do Estado.....	246
3.3	A Responsabilidade Civil na Constituição de 1988.....	277
3.4	A Responsabilidade do Agente.....	299
3.4.1	A Responsabilidade por ato comissivo e omissivo.....	300
4	OMISSÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA	32
4.1	Aspectos Divergentes na Doutrina e na Jurisprudência	366
5	RELATIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	455
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	477

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca mostrar e analisar algumas divergências encontradas na doutrina e jurisprudência em relação à Responsabilidade Civil do Estado nos casos de omissão por parte do mesmo, em especial nos casos de competência na área de segurança pública.

O fato é que alguns doutrinadores entendem esse tipo de responsabilidade como sendo subjetiva, outros, objetiva, persistindo também grandes divergências em tribunais superiores. Entendemos que o problema persiste principalmente devido ao fato de não haver uma previsão legal na Constituição Federal, disciplinando acerca do enquadramento da Responsabilidade Civil por omissão; se no campo objetivo ou subjetivo, somente existindo conceitos teóricos doutrinários.

Para que se efetivasse essa pesquisa foi necessário fazer um contraponto entre as teorias subjetivistas e objetivistas, analisando o posicionamento do STF, STJ e Tribunais de Justiça que se manifestaram sobre os casos configurados como omissão por parte do Estado tanto no campo Cível quanto administrativo, abordando também alguns entendimentos doutrinários no intuito de corroborar com a elucidação do tema proposto.

O objetivo Geral desse trabalho é, mostrar que há diferentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que caracterizam uma relativização da Responsabilidade do Estado nos casos configurados como omissão.

Os objetivos específicos são: Analisar tais entendimentos no intuito de mostrar algumas divergências existentes tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial, o posicionamento tanto de civilistas quanto de administrativistas acerca do enquadramento das teorias objetiva e subjetiva e, em especial no campo da omissão Estatal;

Estudar o tema em questão sob uma perspectiva diferenciada levantando tais divergências a fim de contribuir para futuras pesquisas e estudos no meio acadêmico e pedagógico.

Caracteriza-se o presente pela metodologia de natureza qualitativa, utilizando pesquisas em fontes de natureza bibliográfica, jurisprudencial bem como na

legislação específica vigente, fontes secundárias, internet, artigos, teses, dissertações, etc..

O trabalho divide-se em cinco capítulos; no primeiro capítulo abordar-se-á os aspectos Introdutórios que caracterizam a Responsabilidade Civil;

No segundo capítulo deseja-se mostrar a Responsabilidade Civil abordando seus pressupostos, fazendo-se também uma abordagem do conceito de Responsabilidade Civil no âmbito da Administração Pública;

No terceiro capítulo abordar-se-á a evolução histórica da Responsabilidade Civil, da previsão legal sobre as teorias objetiva e subjetiva bem como farei a abordagem sobre Responsabilidade por ato comissivo e omissivo;

No quarto capítulo além de explanar acerca da Omissão na Segurança Pública, analisar-se-á as correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema;

No quinto capítulo, alguns aspectos divergentes no âmbito jurisprudencial e doutrinário, que denotam o objeto de estudo da presente monografia.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra Responsabilidade tem origem latina e era chamada de “Spondeo”, na época da prevalência do Direito Romano, a qual vinculava o devedor aos contratos de modo verbal. Entende-se que a Responsabilidade, apesar das suas diversas vertentes e áreas abrangentes dos diversos Ramos do Direito, em regra nos traz a ideia de restauração do equilíbrio perdido em virtude do dano sofrido, de cumprimento de uma contraprestação em consequência da violação ou descumprimento de uma obrigação.

Em regra, quando pretendemos saber quem deve ser responsabilizado, devemos antes saber a quem cabia a obrigação de realizar determinado ato ou quem devia adotar medidas necessárias e suficientes no intuito de evitar a ocorrência de determinado fato.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014):

Obrigação é um dever jurídico originário, responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente a violação do primeiro. 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 cumprir o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. (GONÇALVES, 2014, p. 15).

Da mesma forma também entendem Vicente e Alexandrino (2011):

No âmbito do Direito Público, temos que a responsabilidade Civil da Administração Pública evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, pois, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais e, com tal reparação se exaure (PAULO & ALEXANDRINO, 2011, p. 762).

A Responsabilidade Civil portanto, surge de uma obrigação de se indenizar outrem, em virtude do dano causado, seja ele de natureza patrimonial ou moral,

decorrente de ato humano. O direito brasileiro adotou na Responsabilidade Civil atual, o princípio da causalidade adequada, também denominada princípio do dano direto e imediato, segundo o qual, todo e qualquer ato que produza determinado dano, que tenha relação direta com o referido ato, caracteriza-se como sendo Responsabilidade Civil e essa relação é chamada de nexo de causalidade, sendo portanto esse ato, passível de Responsabilização.

2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Segundo prevê o Código Civil de 2002, em seu artigo 186: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Conforme depreende-se pela leitura do referido artigo então, os pressupostos caracterizadores da Responsabilidade Civil são:

A conduta humana (ação ou omissão); o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

2.1.1 Do Dano

Um dos pressupostos imprescindíveis para a caracterização da Responsabilidade Civil é o dano. Sem o dano comprovado, não há o que se responsabilizar. O dano pode ser material ou moral.

Assim diz a Constituição Federal em seu artigo 37 § 6º:

Artigo 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.(BRASIL, 1988, n.p.).

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011) por sua vez conceituam: “A Responsabilidade Civil, também denominada Responsabilidade extracontratual, tem sua origem no Direito Civil. Consubstancia-se na obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral decorrente de um fato humano” (PAULO; ALEXANDRINO 2011, p.751).

Em outras palavras, significa dizer que não existe Responsabilidade Civil se não houver um dano anterior que dê causa à esse dever de responsabilizar alguém.

A obrigação de ressarcir só existirá se houver violação de direito, se houver ilícito e em virtude disso, houver dano.

Também sobre o tema, conceitua Sérgio Cavalieri Filho (2011):

O Dano é, sem dúvida, o grande vilão da Responsabilidade Civil, não haveria que se falar em indenização nem em ressarcimento se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.[...] Sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. (CAVALIERI, 2011, p. 70)

O dano pode ser patrimonial ou moral; ou seja, pode ter consequências econômicas ou psíquicas conforme o caso.

O dano patrimonial ou material, é aquele que atinge diretamente os bens que compõem o patrimônio da vítima. Ou seja, conjunto de bens aferíveis economicamente que fazem parte do patrimônio da vítima.

O fato é que nem sempre o dano recai sobre bens materiais, ele pode ocorrer em virtude de prejuízo ligado à honra, a imagem, ao nome e também à saúde da vítima, chamado de dano moral.

O dano moral refere-se à lesão ou prejuízo sofrido pela vítima de um bem que não é em regra, aferível economicamente, ou seja, não pode ser mensurado por valor em dinheiro pois, atinge valores pessoais e morais de um indivíduo.

Esse prejuízo no entanto, pode refletir diretamente no patrimônio da vítima, devido ao fato da pessoa ter que arcar com despesas oriundas do prejuízo sofrido, por dano emergente ou por lucro cessante.

O dano emergente é aquele em que há considerável diminuição no patrimônio da vítima, ou seja, pode ser identificado fazendo uma comparação entre o que a

vítima possuía antes e o que deixou de ter após o prejuízo sofrido ou o que teve que arcar para restabelecer o bem jurídico atingido.

O lucro cessante, por outro lado, é o que o indivíduo deixou de lucrar durante o período em que sofreu o dano ou a estimativa do que poderia ter ganhado durante aquele período, seria a perda da expectativa de lucro esperada pela vítima por causa do dano sofrido.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2011):

O nosso Código Civil, no já citado art. 402, consagrou o princípio da razoabilidade ao caracterizar o lucro cessante, dizendo ser aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar. [...] Razoável é aquilo que o bom senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos. Não pode ser algo meramente hipotético, imaginário, porque tem que ter por base uma situação fática concreta. (CAVALIERI, 2011, p. 73)

Existem porém, casos em que mesmo ocorrendo o dano, o mesmo não ensejará responsabilização, mesmo havendo a conduta ilícita, haverá previsibilidade para o dano em virtude dos excludentes da Responsabilidade; legítima defesa, exercício regular do direito e estado de necessidade, incluindo o caso fortuito e a força maior. Apesar de nesses atos, haver a ocorrência de um dano, sua caracterização não será passível de responsabilidade civil.

É o que nos diz o artigo 188 do Código Civil Brasileiro (2002):

Artigo 188: Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
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. (BRASIL, 2002, n.p.).

Além dos já citados casos de exclusão da possibilidade de responsabilidade civil na legislação cível, podemos incluir também o caso fortuito e a força maior.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, “o caso fortuito e a força maior também excluem o nexo causal, pois este é interrompido, uma vez que inexiste relação de

causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso”. (VENOSA, 2008, p. 39).

2.1.2 Da conduta humana (ação ou omissão)

Conforme já citado anteriormente, para ensejar a Responsabilidade, é preciso que haja o descumprimento de uma obrigação preestabelecida, ou a realização de determinado ato que tenha como consequência prejuízo ou dano para alguém. Esse ato ou esse descumprimento de uma obrigação, é o que chamamos de ação ou omissão como se observa em Sérgio Cavalieri Filho (2011):

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo (CAVALIERI, 2011, p. 24).

Segundo infere-se das palavras do ilustre doutrinador Sérgio Cavalieri Filho (2011):

Conduta é o comportamento humano voluntário que pode ser concretizado através de atos comissivos quando se realiza algo ilícito, ou por atos(atitudes) omissivos, quando deixa de fazer algo que era esperado que se fizesse, ou, que era sua obrigação fazer, tendo como características aspectos objetivos, físicos, psicológicos ou subjetivos (CAVALIERI, 2014, p.38).

A ação ou omissão portanto, são pressupostos que referem-se a quaisquer atos ou atitudes próprios, de terceiros ou mesmo de coisas ou animais que estejam sob a guarda ou cuidados do agente, e, que em virtude de uma atitude ou ausência da mesma ou de determinado acontecimento que tenha relação de causalidade com a responsabilidade do mesmo, venha causar dano a outrem.

2.1.3 Do Dolo e Culpa do agente

Fazendo uma breve análise desse dispositivo, percebe-se que logo no início o legislador fala: “Aquele que, por **ação ou omissão voluntária**”, temos então aqui claramente a referência ao dolo por ação ou omissão, e em seguida: “**negligência ou imprudência**” que por sua vez, caracteriza a culpa do agente.

Então, como se observa pela análise do artigo supracitado, o dolo e a culpa são elementos que configuram atos ilícitos, podendo portanto ser ensejadores da Responsabilidade Civil como também se vê no artigo 927 do Código Civil (2002): “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002, n.p.).

O dolo consiste, na vontade de realizar determinado ato ilícito, consiste, na violação de um direito por ato voluntário e intencional. Já a culpa, na falta de diligência, de cuidado necessários ao impedimento de configuração de determinado dano.

Em regra, na maioria dos casos, a vítima tem que provar que o dano foi causado devido ao fato do agente ter agido com dolo ou culpa apesar de em alguns casos não haver necessidade disso.

2.1.4 Do nexos de causalidade

O nexos de causalidade ou relação de causalidade, é o elemento que liga a conduta; exteriorizada em forma de ação ou omissão, ao dano. Sem ele, não existe a obrigação de indenizar pois, é o elemento que comprova que em virtude da atitude positiva ou negativa do agente responsável, a vítima que sofreu o dano, terá direito a ressarcimento ou restabelecimento do que foi prejudicado ou tirado.

Em relação a esse pressuposto, três teorias foram formadas para explicar sua importância;

Segundo a teoria da equivalência das condições, ou, “sine qua non”, toda e qualquer circunstância que tenha concorrido para determinado dano, é considerada causadora do mesmo, sendo portanto, apta a produzir responsabilização.

Tal teoria entretanto, é considerada inadequada pois traria erradamente possibilidade de responsabilização para todos aqueles que indiretamente tenham

relação com o objeto ou meio pelo qual o dano se concretizou. Seria o caso por exemplo, de se responsabilizar absurdamente o fabricante da arma pela qual uma pessoa foi morta, ou a pessoa que fabricou a cama na qual se consumou um adultério.

Pela teoria da causalidade adequada, a causa que ensejaria responsabilização seria somente aquela apta a produzir determinado resultado. Em outras palavras, em um caso concreto, se analisa se e qual determinado ato, foi capaz de produzir o dano. Ou seja, analisa-se o dano e se a conduta foi capaz e suficiente a produzir o referido dano.

Já pela teoria dos danos diretos e imediatos, entre a conduta e o dano sofrido, tem que haver uma relação de causa e efeitos diretos e imediatos, não pode haver outra provável causa passível de responsabilização direta do dano. A conduta tem que ser diretamente a causa sem a qual o dano não se concretizaria. Afinal podem haver danos subsequentes ou concomitantes que não necessariamente tenham relação direta com o agente que provocou o dano inicial.

Não pode-se por exemplo, responsabilizar por morte da vítima um condutor que atropela pedestre, e, mesmo após acionar o socorro em tempo hábil, a vítima vem a falecer em virtude da demora no socorro.

A respeito do nexo de causalidade assim preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2014):

Relação de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação e a omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no artigo 186. Sem ela não existe a obrigação de indenizar. Se houver o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente relação de causalidade e também obrigação de indenizar. (GONÇALVES, 2014, p. 37).

Assim diz o artigo 186 do nosso Código Civil (2002): “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e **causar dano** a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002, n.p.).

No capítulo a seguir passaremos a tratar dos aspectos conceituais sobre a Responsabilidade Civil do Estado e suas teorias.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A Responsabilidade Civil do Estado pode ser conceituada como a obrigação legal imposta ao Estado de ressarcir os danos e prejuízos causados a terceiros em virtude de sua administração. Não se confunde porém, com indenização pois esta deriva do fato de atos próprios e previstos nas atividades desempenhadas pelo Estado.

Ao Estado cabe ressarcir os prejuízos causados a terceiros em virtude de falha, falta ou má administração de serviços, considerados estes atos ilegítimos e indenizar no caso de danos causados por atos no exercício de suas funções. Seria dizer que o ressarcimento seria responsabilidade por atos ilegítimos, já a indenização, por atos legítimos e provocados no intuito de exercer seus direitos de administrador público.

Conforme se observa na obra de Yussef Said Cahali (2007) citando Renato Alessi (1955):

a doutrina tende a vislumbrar o instituto do ressarcimento verdadeiro e próprio, diverso do instituto da indenização dos danos legitimamente provocados; abrange esta os danos causados em razão do sacrifício de direitos particulares, mas por força do exercício de uma faculdade concedida em lei ao Poder Público, e reservando-se aquela para os casos de responsabilidade por danos ilegítimos, de atividade lesiva de direitos de terceiros. (ALESSI apud CAHALI 2007, p.13).

Conforme reza a nossa legislação pátria:

Artigo 37 § 6º da Constituição; 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. (BRASIL, 1988, n.p.).

Já o mestre Sérgio Cavalieri Filho (2012) diz:

Quem infringe dever jurídico lato sensu de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei. É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexistente um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que a possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto (CAVALIERI, 2012, p.16).

A Administração, em regra, não pode ser considerada como titular de direitos e obrigações pois, esta, não tem personalidade jurídica, essa titularidade, é do Estado, que se concretiza, por intermédio das pessoas jurídicas que o representam. É o Estado e as pessoas jurídicas de Direito Público Interno e as de Direito Privado que detém essa titularidade e capacidade jurídica.

Conforme foi anteriormente citado, quem responde por qualquer dano que a Administração Pública ou diga-se o Estado teoricamente venha causar na prática, são os agentes quando no exercício de suas funções quando ocorreu o dano, ou as pessoas jurídicas que representem o Estado ou estejam na qualidade de representantes deste.

A respeito disso, Maria Silvia Zanella Di Pietro (2008) nos ensina:

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. (DI PIETRO, 2008, p. 638).

Analisando novamente o artigo 186 do código Civil (2002) temos: “Art. 186. Aquele que, por **ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência**, violar direito e **causar dano** a outrem, ainda que exclusivamente moral, **comete ato ilícito** (BRASIL, 2002) grifo do autor.

De acordo com o presente dispositivo então, para se configurar a Responsabilidade Civil e obter a consequente reparação, é necessário a existência dos seguintes elementos: Ação ou omissão antijurídica; Culpa ou dolo; caracterizadas pela ação voluntária, negligência ou imprudência; a Relação de causalidade, o nexa entre a ação ou omissão e o dano; e o dano material ou moral, efetivamente aferível.

Então de acordo com o referido artigo citado, todo aquele que venha causar dano a outrem é obrigado a repará-lo.

A doutrina ao longo da história, buscou explicar a Responsabilidade Civil do Estado através de diversas teorias; Teoria da Irresponsabilidade onde o Estado era a expressão total da lei e do Direito e era inadmissível a ideia de que o mesmo havia violado qualquer lei.

As teorias Subjetivistas, segundo a qual, fundamentava-se na culpa do funcionário, ou seja, a atribuição da culpa e responsabilidade do Estado era baseada na caracterização da culpa do funcionário que estava a serviço do Estado. Já as teorias Objetivistas defendem que independentemente do agente tenha ou não culpa, responderá o Estado pelo dano advindo de sua atuação em determinado caso específico.

Então, nesse caso, A Responsabilidade Civil do Estado, não refere-se ao ente conhecido como Administração Pública, mas de maneira geral ao Estado por meio das pessoas jurídicas detentoras de personalidade jurídica que o representam nas suas diversas atribuições.

A seguir trataremos da evolução histórica da Responsabilidade Civil, destacando essas principais teorias.

3.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado

Até hoje, diversas teorias buscaram conceituar e explicar a Responsabilidade Civil. Apesar disso, não houve no direito, um regime jurídico que fosse capaz de uniformizar essas diversas teorias ou abarcar todas as hipóteses existentes.

A Responsabilidade do Estado, passou por evoluções tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial que foram muito importantes para que se chegasse a uma teoria ou a teorias que preenchessem melhor as lacunas deixadas pela legislação que trata sobre o assunto.

Diversas Constituições Brasileiras, ao longo do tempo também contribuíram de maneira positiva para conceituar e colaborar para a positivação da presente teoria.

De acordo com Yussef Said Cahali (2007):

Embora omissa a respeito da responsabilidade civil do Estado, dispunha a Constituição Republicana de 1891, em seu art. 82, que “ 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 os seus subalternos. (CAHALI, 2007, p.30).

E, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011):

As Constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que previsse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticada no exercício de suas funções. Nesse período, contudo, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio. (DI PIETRO, 2011, p. 648).

3.1.1 A Irresponsabilidade do Estado

Por muito tempo, foi adotada a teoria da Irresponsabilidade, iniciada na Europa, idealizada na França, mas que não teve força para prevalecer no Brasil.

De acordo com essa teoria, que prevaleceu nos Estados absolutistas no século XIX, a autoridade do Estado era incontestável, todos os atos realizados pelo Estado eram lícitos, não cabendo qualquer ação ou justificativa por parte deste, ao súdito cabia somente aceitar e respeitar a autoridade do Estado.

Apesar do regime ser autoritário, era legítimo pois havia previsão legal. A autoridade do Estado era exercida pela figura do Rei e seus súditos lhe deviam total obediência. Não se admitia como já dito, qualquer questionamento a respeito das atitudes do Estado por intermédio do Rei.

Este, era a figura máxima do Estado era comum a expressão: “The king can do not wrong” (O rei não erra), logo o Estado não erra e não pode ser responsabilizado.

Da teoria da irresponsabilidade evoluiu-se passando por várias etapas para que se chegasse à teoria subjetiva, vinculada à culpa, muito utilizada nos dias de hoje sobre a qual falaremos mais adiante.

A sociedade foi cansando do fato do Estado nunca ser responsabilizado pelos seus abusos e arbitrariedades, desta maneira, aos poucos, foi se mudando a teoria da irresponsabilidade para se moldar a uma maneira de responsabilizar o Estado pelos danos por ele causados a terceiros, oriundos de sua má administração.

O famoso caso Blanco, foi um dos pioneiros que serviram como base para a elaboração de outras teorias que tratavam sobre a responsabilidade do Estado como se observa a seguir:

Em 1873: a menina Agnes Blanco, ao atravessar uma rua da 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 decorrência de ação danosa de seus agentes. (DI PIETRO, 2008, p. 641).

3.1.2 Teoria da Responsabilidade com culpa comum do Estado

Pretendeu-se com essa teoria equiparar a responsabilidade do indivíduo ao Estado, partindo do pressuposto que o agente atua em nome do Estado, sendo identificado que este agiu com culpa ou com dolo, o Estado seria responsável e o

particular ou prejudicado, teria que comprovar a existência de qualquer desses elementos.

3.1.3 Teoria da culpa administrativa

Foi o primeiro estágio compreendido entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva. De acordo com esta teoria, ao Estado cabe indenizar todo e qualquer dano sofrido pelos particulares em virtude da existência de comprovada falta do serviço prestado pela Administração Pública no desempenho de suas funções, nela não se cogita a culpa do agente, mas sim falta no serviço prestado pelo Estado.

Ao Estado portanto, cabe indenizar os danos e prejuízos advindos da execução de serviços de forma irregular. Essa teoria não baseia-se no entanto, na culpa do agente executor dos serviços mas da Administração Pública por meio do órgão que é responsável pela execução dos serviços.

A culpa administrativa pode ocorrer da falta de serviços, podendo ser de três formas; da inexistência do serviço, quando este não é prestado, mau funcionamento do serviço, quando executado de forma inadequada e retardamento do serviço, quando é realizado fora do tempo previsto para sua execução.

3.1.4 Teoria do Risco Administrativo

Pela teoria do Risco Administrativo, há uma obrigação de se reparar o dano causado pela administração, havendo culpa do agente ou falta do serviço, o que importa de acordo com essa teoria, nesse caso, é que haja o dano, e, esse dano ocorra por causa do serviço prestado pelo Estado ou preposto no desempenho de suas funções, e entre o dano e a atuação do Estado ou ente representativo, haja um nexo de causalidade, uma relação entre este e aquele. Não havendo a necessidade do particular comprovar culpa do agente ou do Estado.

Assim de acordo com o Código Civil Brasileiro (2002), em seus artigos 186 e 187:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". (BRASIL, 2002, n.p.).

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." (BRASIL, 2002, n.p.).

Complementando, temos o artigo 927, também do nosso Código Civil (2002):

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". (BRASIL, 2002, n.p.).

E ainda;

Art. 927. Parágrafo único. "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".(BRASIL, 2002, n.p.).

Conforme a nossa Carta Magna:

Artigo 37 § 6º da Constituição: 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. (BRASIL, 1988, n.p.).

Infere-se portanto, pela simples análise dos artigos citados, presentes respectivamente no nosso Código Civil e na Constituição Brasileira, que o Brasil adotou em regra a Teoria do Risco Administrativo, Teoria Objetiva, apesar de ser admitidos em diversos casos também a Teoria da Culpa, Teoria Subjetiva.

3.1.5 Teoria do Risco Integral

Na Teoria do Risco Integral seria necessária somente a existência do dano para a sua configuração, ou seja, independe averiguar se houve culpa ou não, mesmo sendo a culpa do particular se comprovada, a obrigação de indenizar caberia ao particular. É considerada como uma modalidade extremada da Teoria do Risco em que se defende o dever do Estado em indenizar somente pelo fato de desempenhar sua atividade considerada de risco potencial para a coletividade. Apesar de ter havido previsão doutrinária, no direito, ela não foi adotada no Brasil.

3.2 Responsabilidade Subjetiva do Estado

No final do século XIX, com a superação da Teoria da Irresponsabilidade então, surge a Teoria Subjetiva como citado, os princípios do Direito Civil que tratavam da responsabilidade, eram tão somente baseados na idéia de culpa. Era a chamada teoria civilista da culpa.

Num primeiro momento, apegava-se inicialmente a uma distinção entre atos de império e atos de gestão, onde como dissemos aqui, os primeiros tratavam-se de meros atos realizados pela Administração de forma unilateral e coercitiva.

Os atos de gestão por outro lado, eram aqueles atos realizados pela Administração, em consonância com os administrados, ou seja, distinguia-se os atos do Rei, dos atos do Estado. Em outras palavras, seria como se o Rei, quando praticava atos exclusivos de Rei, não era responsabilizado. Por outro lado, se praticasse atos na qualidade de gestor do Estado, a responsabilidade Civil era admitida.

Diante da dificuldade encontrada na prática, da distinção de determinados atos, essa teoria foi criticada e logo deixada de lado.

Apesar dessa teoria ter sido abolida, muitos doutrinadores ainda continuaram apegados à doutrina civilista, onde era averiguada a culpa do Estado, no intuito de se aferir a responsabilidade estatal. Foi assim que surgiu a teoria da **Culpa Civil** ou **teoria Subjetiva**.

Segundo leciona a ilustre Maria Sílvia Zanella Di Pietro (2014, p.718), “A doutrina civilista serviu de inspiração ao artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916, que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado”.

Desde o famoso caso Blanco, aqui já citado, onde numa rua da cidade de Bordeaux, na França, uma vagonete atropelou uma menina que atravessava a rua, tendo enorme repercussão e tendo importante contribuição para o surgimento de outras teorias subsequentes, a saber, culpa do serviço, culpa administrativa e teoria do risco, já explanadas no presente trabalho.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2010):

Responsabilidade Subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao direito culposos ou doloso, consistente em causar um dano a outrem ou deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.(MELLO, 2010, p. 1011).

Foi a partir daí que passou-se a fase onde, apegados à doutrina civilista, os doutrinadores passaram a reconhecer a responsabilidade do Estado por meio dos atos de seus agentes, desde que provada sua culpa, era a chamada teoria da **culpa civil** ou da **responsabilidade subjetiva**.

De acordo com Nelson Godoy Dower; “Nasce, assim, a teoria da responsabilidade subjetiva, que constitui a obrigação pela qual o agente fica obrigado a reparar o dano causado a terceiro”.

A doutrina civilista, com o reconhecimento dessa teoria, foi de suma importância na época e contribuiu trazendo subsídios para a formulação do então código civil brasileiro de 1916, especificamente em seu artigo 15 desse modo: Artigo 15, Código Civil de 1916. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (BRASIL, 1916, n.p.)

A chamada teoria da culpa administrativa, surgiu com o intuito de desvincular a responsabilidade do Estado, atribuindo-se a culpa ou responsabilidade somente ao funcionário, passou então em vez de culpa do serviço, ser considerada culpa do serviço público.

Nesse momento começou a haver uma distinção entre a culpa do funcionário, pela qual ele mesmo respondia nos casos específicos se configurado sua culpa, e culpa do serviço público ou culpa comum, onde não se cogitava a culpa do funcionário se for identificado que houve falha no serviço e portanto, sendo responsabilidade do Estado.

A culpa do serviço público seria quando o serviço não funcionava, funcionava fora do tempo determinado ou mal. Nessas três hipóteses, é considerado que houve falta do serviço e conseqüentemente incidirá a responsabilidade do Estado independentemente de que haja culpa ou não do funcionário.

Paralelamente, o Estado francês passou a adotar em determinadas hipóteses, a teoria do risco que mais tarde passou também a servir como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado.

A partir daí, passou-se a ter como base o princípio da igualdade, por meio do qual, assim como a sociedade de modo geral, é beneficiada pelos serviços oferecidos pelo Estado, do mesmo modo, todo e qualquer prejuízo sofrido pelos membros da sociedade, advindos da atuação do Estado no desempenho das suas atribuições como administrador dos serviços e garantidor da incolumidade pública, deve ser repartido de forma equânime entre todos.

3.2.1 Responsabilidade Objetiva do Estado

A culpa, passa então a ser substituída pelo nexos de causalidade entre o serviço e o prejuízo sofrido. Passando a constituir-se como pressupostos indispensáveis a caracterização da responsabilidade, o ato ilícito, o dano causado por esse ato ilícito, e um nexos existente entre o ato e esse dano.

É a chegada da Responsabilidade Objetiva, por não haver necessidade de se aferir se houve ou não culpa do agente público ou do ente Estatal que enseje responsabilização pois, a atividade em si envolve risco de dano.

A Responsabilidade Objetiva, ou teoria do risco, é assim chamada porque a atividade em si envolve um risco que lhe é intrínseco, que lhe é inerente, pois os administrados já sofrem os encargos advindos do recolhimento dos impostos referentes à manutenção dos serviços públicos. Então, não é certo que os

administrados assumam também os encargos gerados pelos danos causados pelo Estado ou seus agentes, quando da realização de atividades que possam potencialmente causar-lhes riscos.

A Responsabilidade Objetiva, de maneira explícita, só começou a ser citada a partir da Constituição de 1946 que assim dizia:

art. 194 Constituição de 1946 “as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários nessa qualidade causem a terceiros.” (BRASIL, 1946, n.p.)

A partir daí, ela passou a ser referida em todas as constituições subsequentes, e não foi mais retirada, passando somente por algumas adequações e melhorias como veremos.

A Carta Constitucional de 1967 diz:

Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.(BRASIL, 1967, n.p.).

Como se observa, a responsabilidade estatal esteve disciplinada durante muito tempo, na maioria das constituições brasileiras anteriores e atualmente, ela encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, artigo 37 §6º que assim reza:

Artigo 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. (BRASIL, 1988, n.p.).

3.3 A Responsabilidade Civil na Constituição de 1988

Conforme dito, a Constituição de 1988 passou a disciplinar a Responsabilidade Civil do Estado no § 6º do artigo 37, com a seguinte redação:

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.(BRASIL, 1988, n.p.).

Ao analisarmos o presente artigo, percebemos que ele diz que o Estado ou as pessoas jurídicas que o representem na qualidade de agentes públicos responderão de forma objetiva, pelos danos que os mesmos no exercício de suas funções, venham causar a terceiros, e havendo por parte de um de seus agentes a incidência de dolo ou culpa, caberá do Estado, o direito de regresso contra os mesmos.

Quando fala-se em pessoas de Direito Público, como já sabemos, refere-se à União, Estados, Municípios, Distrito Federal incluindo também as autarquias, e as de Direito Privado; Empresas públicas, Sociedades de Economia Mista e sociedades privadas concessionárias.

Então, todos aqueles que atuarem na qualidade de pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, independentemente de serem de Direito Público ou Privado, responderão pelos danos provenientes de sua atuação.

Nesse dispositivo também, percebe-se que o legislador adota indiscutivelmente a teoria do risco administrativo, conforme já citada aqui pois, atribui a responsabilidade aos agentes que causarem algum dano, atuando na qualidade de agentes.

Observemos o seguinte julgado:

Em acórdão da relatoria do eminente Min. Carlos Velloso, no RE 160A01-Sp' a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal assim se posicionou sobre a questão:
"Constitucional - Administrativo - Responsabilidade civil do Estado – **Constituição Federal, art. 37, § 6º** - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não é que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público" (RTJ 170/631) Rel. Min. CARLOS VELLOSO 20/04/1999).

Então fica claro neste julgado que o agente que, na qualidade de agente público a serviço do Estado, vier a causar qualquer dano a terceiros, incidirá sobre

ele a responsabilidade, sendo portanto o Estado responsabilizado de forma objetiva nestas condições.

Em outras palavras, significa dizer que para incidir a responsabilidade do Estado, não basta que o ato tenha sido praticado por agente estatal, mas, é necessário que o mesmo ao praticar o ilícito, esteja na condição de agente público a serviço do Estado, se assim não o for, o Estado não poderá ser responsabilizado.

3.4 A Responsabilidade do Agente

Antigamente, nas constituições anteriores, utilizava-se o termo funcionário, erradamente, pois entendia-se que, funcionário nada mais era do que aquele que ocupava determinado cargo público sob o regime estatutário.

Dessa maneira, como se aplicar a responsabilidade sobre aquele que não era servidor sob o regime estatutário, mas, que exercia as funções na qualidade de agente do Estado ou estava a serviço do mesmo?

Na seção II do capítulo concernente à Administração Pública, a Constituição Federal utiliza o termo servidores públicos para definir aqueles que desempenham funções como prestadores de serviços à Administração com vínculo empregatício à Administração Pública Direta e Indireta, incluindo portanto as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado, já na seção III ela fala dos militares dos Estados e Distrito Federal.

Então subentende-se que o termo utilizado na Constituição, faz referência aos empregados que exercem funções na Administração Pública com vínculo empregatício, deixando portanto, de fora, aqueles que exercem funções públicas indiretamente, sem possuírem vínculo empregatício com o Estado embora estejam exercendo função pública.

Diante disso, surgiram muitos questionamentos a respeito da utilização dessa nomenclatura e da confusão causada por ela, e então passou-se a estender a abrangência ao termo, considerando todo aquele incumbido de alguma função pública, mesmo que forma permanente ou transitória, como agente público independente do regime pelo qual estava vinculado.

Partindo desse entendimento doutrinário, foi então adotado na Constituição de 1988, no **parágrafo 6º, do artigo 37**, o vocábulo agente, que acabou de uma vez com essa confusão, pois, determinou que a responsabilidade do Estado existirá mesmo que o ato tenha sido praticado por agente submetido a regime de trabalho temporário ou de forma transitória, bastando que quando ocorreu o dano ele estava na condição de agente público, e, a serviço do mesmo como se observou no supracitado artigo.

Desta forma também observa o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles (2010):

Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa". (MEIRELLES, 2010, p. 627).

Então, dessa maneira, acabou-se a confusão feita pelo termo utilizado para designar aquele que poderia potencialmente ser responsabilizado pelos danos causados direta ou indiretamente a terceiros, ampliando o leque de possibilidades de se aplicar a Responsabilidade Civil ao Estado ou seus administrados.

3.4.1 A Responsabilidade por ato comissivo e omissivo

Entende-se como ato comissivo, aquela conduta ilícita lesiva causado por agente aferível somente pelo resultado positivo pretendido pelo agente quando realizou determinado ato em outras palavras, o ato comissivo configura-se pelo dolo.

Já nos ensinou Cavalieri (2008) que:

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo (CAVALIERI, 2008 p. 24).

Então, segundo palavras do nosso ilustríssimo doutrinador e célebre jurista, o comportamento comissivo é um dos elementos da conduta, exteriorizado positivamente, que tem a capacidade de produzir consequências jurídicas.

Ato comissivo é um comportamento que tem por base a ação, esta por sua vez, segundo o mestre Cavalieri (2014) “Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante” (CAVALIERI, 2014, p.38).

O ato omissivo, ao contrário, seria o comportamento negativo do agente, aquilo que deveria ter sido feito, no intuito de evitar que determinado dano ou prejuízo para a vítima acontecesse, a omissão é entendida como a abstenção a uma conduta devida. A abstenção do agente ou do Estado, levando a um resultado danoso para determinada vítima.

Pratica omissão aquele que tem o dever jurídico de agir para impedir determinado resultado, e não o faz, ou aquele que pratica determinado ato sem a devida observância ou cuidado para evitar que o dano ocorra.

Segundo o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo (2010): “A omissão pode se caracterizar pela “culpa in omittendo” e “culpa in vigilando”, pois, são casos em que se abstém de fazer alguma coisa. O agente nesse caso, com suas atitudes, foi negligente, imperito ou imprudente”.

A negligência caracteriza-se quando o agente omite-se no sentido de não tomar as devidas precauções no intuito de evitar que um dano em potencial aconteça. Seria o caso de uma pessoa ao realizar uma queimada em determinada área para limpeza, se afasta do local antes que o fogo esteja totalmente apagado.

A imperícia seria quando o agente não dispõe de habilidade técnica suficiente para realizar determinado função ou atividade. Sendo caracterizada por exemplo, quando um médico opera determinado paciente, e não dispõe das técnicas necessárias para a realização do mesmo.

A imprudência por sua vez, é uma ação na qual o agente deveria abster-se no intuito de evitar que algum dano ou prejuízo acontecesse e não o fez. Seria o caso por exemplo de um motorista que ingere alguma bebida alcoólica e logo depois dirige.

4 OMISSÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA

Na legislação Brasileira atualmente, não há previsão expressa acerca do enquadramento da Responsabilidade Civil do Estado nos casos configurados como omissão, ressalte-se; enquanto ser ela subjetiva ou objetiva.

A Constituição Federal, em seu artigo 37 § 6º, que preceitua a aplicabilidade da responsabilidade objetiva, segundo alguns entendem, nos faz inferir que, o referido artigo, encaixa-se tanto para os casos comissivos quanto para os omissivos.

Assim reza o referido artigo:

Artigo 37§ 6º da Constituição: 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. (BRASIL, 1988, n.p.).

Como observa-se, o artigo diz que “as pessoas de direito público, as de direito privado e as prestadoras de serviço público responderão pelos danos que os agentes causarem assegurando o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988, n.p), não fazendo nenhuma referência explícita sobre ação ou omissão, simplesmente fala em “danos que seus agentes causarem”.

Alguns doutrinadores entendem, que pode o referido artigo, ser aplicado nos casos configurados como responsabilidade subjetiva, por omissão dos agentes a serviço do Estado, além das hipóteses em que se aplica a teoria do risco em virtude da função.

Por outro lado, o código Civil Brasileiro de 2002 preceitua em seu artigo 186 “Aquele que por ação ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

Apesar da Constituição Federal e do código Civil não trazerem uma regra expressa sobre o enquadramento da Responsabilidade Civil nos casos de omissão

estatal, a jurisprudência, baseada na doutrina administrativista majoritária, tem, em caráter não unânime, mas também majoritário, se posicionado sobre o tema no sentido de reconhecer a Responsabilidade do Estado por omissão como sendo subjetiva.

Entende-se que o Estado é considerado omisso quando na realização dos seus serviços, os mesmos deixam de funcionar como se esperava ou era previsto, funcionou mal ou tardiamente e em virtude disso, cause algum dano aos indivíduos que dele precisam.

Para que se configure a responsabilidade por omissão, é necessário que exista o dever jurídico de realizar determinado ato, aquilo que era obrigado que se fizesse, é necessário que se comprove que a atitude do agente se realizada, poderia ter evitado determinado dano.

Sérgio Cavaliéri Filho (2012), citando Paulo José da Costa Jr. (1991) ensina:

Em casos tais, não impedir o resultado significa permitir que a causa opere. O omitente coopera na realização do evento com uma condição negativa, ou deixando de movimentar-se, ou não impedindo que o resultado se concretize. (COSTA, 1991, p. 66 apud CAVALIERI, 2012, p. 50).

Então nesse caso, para que o omitente seja responsabilizado, é necessário que o mesmo tenha o dever jurídico de agir no intuito de evitar que determinado resultado aconteça, esse resultado é o dano, e, o omitente, através do ente ao qual está vinculado, na qualidade de agente, em virtude da sua função, cria o risco para a ocorrência desse resultado, sendo portanto sua obrigação agir no intuito de evitá-lo.

O código Civil Brasileiro, em seu artigo 43 ensina:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.(BRASIL, 2002, n.p.).

Dentre aqueles que têm o dever jurídico de agir no intuito de evitar potenciais danos, ou adotar medidas ou procedimentos no intuito de evitar que esses danos ou

prejuízos aconteçam, temos os ligados à área de segurança pública, onde o Estado atua no intuito de manter a integridade física e incolumidade da população.

Assim preceitua a Constituição Federal de 1988, especificamente no artigo 144;

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
 - II - polícia rodoviária federal;
 - III - polícia ferroviária federal;
 - IV - polícias civis;
 - V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- (BRASIL, 1988, n.p.)

O Estado nesses casos, é responsável pela manutenção da ordem e da segurança do cidadão, nesta área, mais do que em qualquer outra, é imprescindível que as forças mantenedoras da ordem, funcionem de maneira eficiente e eficaz, e assim, garantam que os particulares tenham pelo menos a sensação de segurança, quer em liberdade, ou se reclusos, que possam ter a oportunidade de serem realmente reintegrados à sociedade.

Não que o Estado, ou seus representantes sejam vistos como seguradores universais, mas, que ao serem acionados, ou tenham conhecimento de algum fato, exerçam o seu papel de garantidor, de guarda da propriedade particular e garantidores da obediência à lei e à ordem, mantendo-se vigilantes, e prontos para agir no momento oportuno e necessário, quando acionados, sem eximir-se, sem ficar inertes frente à prática de ato criminoso ou ilícito devidamente caracterizado.

O Estado portanto, é obrigado a indenizar, pelos danos causados, quando tinha conhecimento prévio do ocorrido, ou tendo sido requisitado seus serviços, e fique demonstrado que podia ou tinha condições de evitar o dano e não o fez.

Assim segundo conceito de Hely Lopes Meirelles (2013):

Poder de polícia seria o poder de que dispõe a administração pública para, na forma da lei, condicionar ou restringir o uso de bens, o

exercício de direitos e a prática de atividades privadas, visando a proteger os interesses gerais da coletividade. (MEIRELLES, 2013, p. 145)

Observemos o seguinte julgado;

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à **teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas**, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. **A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.** 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, **garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).** 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arripio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. **A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.** 8. **Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.** 9. In casu, o tribunal a quo assentou que ino correu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.

Decisão:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 592 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário. Em seguida, também por unanimidade, o Tribunal fixou a seguinte tese: **“Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”**. Falaram pelo recorrente, Estado do Rio Grande do Sul, o Procurador-Geral do Estado Dr. Victor Herzer da Silva, e, pela Defensoria Pública da União, o Defensor Público-Geral Federal Dr. João Alberto Simões Pires Franco. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, este participando, em Portugal, do IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito, promovido pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público (EDB/IDP) e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 30.03.2016. (RE 841526 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 30/03/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

No subtítulo seguinte, passaremos a tratar dos aspectos divergentes doutrinários e jurisprudenciais sobre o enquadramento da omissão em Responsabilidade estatal Subjetiva ou Objetiva.

4.1 Aspectos Divergentes na Doutrina e na Jurisprudência

Apesar de não haver uma previsibilidade específica, acerca do enquadramento da responsabilidade civil por omissão como dito, surgiram então questionamentos acerca da possibilidade de inclusão desses atos omissivos, no art. 37, § 6º da Constituição, que prevê sua aplicabilidade na responsabilidade civil objetiva.

Há atualmente, como dissemos, diversos posicionamentos tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial sobre o tema.

Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo os ensinamentos de seu pai; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, acompanhado por doutrinadores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho entre outros, defendem em regra, a teoria de que a **responsabilidade estatal por omissão**, para que se configure, faz-se necessário a observância do **elemento subjetivo**. Então, para esses doutrinadores a Responsabilidade do Estado nos casos de omissão, é subjetiva, ou seja, a omissão estatal não é causa do dano.

O Administrativista lidera uma corrente e defende que o artigo 37, §6º, CF deve ser aplicado de forma restrita, e sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado, a responsabilidade é subjetiva.

Segundo ele, nos casos de omissão, o Estado não agiu e portanto, não é causador do dano em virtude de não ter atuado de forma positiva, podendo porém responder de forma subjetiva baseado na culpa anônima ou falta do serviço.

Bandeira de Mello (2010) ainda em suas colocações, afirma em análise mais aprofundada que:

Quando o Estado se omite, e graças a isso, ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. Logo, a responsabilidade, aí não pode ser objetiva".[...] A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito; é responsabilidade subjetiva. (MELLO, 2010, p. 1021)

Há também o posicionamento de outras teorias, principalmente a liderada por Sérgio Cavalieri Filho, que defende que a responsabilidade por omissão para que se configure, de acordo com o referido artigo constitucional, é necessário somente que haja o nexo de causalidade, e esteja caracterizado o dever legal atribuído ao Estado, de agir para que possa impedir o dano. O que é necessário, segundo o doutrinador, é que se analise se sua omissão é genérica ou específica, para se aferir sua objetividade ou subjetividade. Se de forma genérica, será a responsabilidade subjetiva, outrossim, se for específica, será objetiva onde há do ente estatal o dever individualizado de agir para impedir ou evitar o dano. (CAVALIERI, 2014)

Defende o entendimento doutrinário de que para se aferir a responsabilidade da Administração ou Estado em relação a responsabilidade por omissão, deve-se observar se trata-se de omissão genérica ou específica;

A respeito disso, podemos citar seu posicionamento sobre o tema:

Haverá **omissão específica** quando o Estado estiver na **condição de garante (ou guardião)** e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situações em que **tenha o dever de agir para impedi-lo**; a omissão estatal se erige em uma causa adequada de não se evitar o dano. Em contrapartida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.268) grifo nosso.

Como podemos perceber pelas palavras do nosso ilustre doutrinador, se o Estado estiver na condição de guardião ou garantidor, e em virtude de sua omissão cria situação que favoreça a ocorrência do dano onde deveria agir para impedi-lo, tem-se configurada a omissão específica, e portanto, a responsabilidade é objetiva.

Assim observemos o julgado:

REPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Morte de Detento. Rebelião em Presídio. **Omissão Específica da Administração. Responsabilidade Objetiva.** Força Maior. Inocorrência. Dano Materiais e Morais Caracterizados. O dever de o Estado manter e preservar a integridade física do preso é constitucional e legalmente imposto. O inciso XLIX do artigo 5º da Constituição da República não deixa dúvidas: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (grifamos). No mesmo sentido preceitua o artigo 40 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal): “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”. Deveras, aos 5 indivíduos residentes no país, segregados ou não, é garantida a inviolabilidade do direito à vida (CR, 5º, caput). **A atividade administrativa, a que alude o art.37, § 6º da Constituição Federal, engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva, desde que essa omissão seja específica e se erija em causa direta e imediata do não impedimento do dano. A omissão é específica quando o Estado tem dever individualizado de agir e, por omissão sua, cria a situação própria para a ocorrência do evento em situação em que tenha o dever de agir para impedi-lo.** Assim, provado que a vítima morreu quando estava na Casa de Custódia de Benfica, assassinada por outros detentos em rebelião, **não há como afastar a responsabilidade objetiva do Estado em razão da omissão dos seus agentes no cuidado e vigilância dos seus presídios.** Destarte, não basta a mera guarda dos presos; é fundamental garantir-lhes a efetiva incolumidade – física e moral. Violado esse dever, surge um novo dever jurídico para o Estado: o de responder pelo dano causado, como consectário lógico necessário de um Estado de Direito. A rebelião de presos, em estabelecimento carcerário, se não for considerada fato previsível, é, quando menos, esperável, próprio da insatisfação humana provocada pela privação

da liberdade individual. Evidentemente, outros fatores assomam-se, agravando o quadro experimentado em tais 2 circunstâncias, como, v.g., as diferentes personalidades dos custodiados, a convivência forçada de facções criminosas rivais, as péssimas condições/infra-estrutura carcerária em nosso país. No Brasil, infelizmente, eventos desse jaez não são raros. À luz da teoria do risco administrativo, pode-se dizer que a rebelião de presos enquadra-se no conceito de fortuito interno, assim designado o fato imprevisível e inevitável, mas, por ser inerente à atividade desenvolvida, não exclui o nexo de causalidade. Sentença parcialmente reformada. (Apelação Cível 58.957/2008, 13ª Câmara Cível TJ/RJ 2013 grifo nosso.)

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MORTE DE INTERNO NAS DEPENDÊNCIAS DE INSTITUTO PSIQUIÁTRICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA.

Hipótese em que indeferida a oitiva de testemunha em audiência de instrução a requerida não interpôs o recurso cabível, qual seja, agravo retido na forma oral, consoante preconiza o art. 523, § 3º, do CPC. Caso em que descabe a rediscussão da matéria, já atingida pela preclusão consumativa. Precedentes jurisprudenciais. Preliminar rejeitada. PRESCRIÇÃO. A prescrição das ações contra a Fazenda Pública é de cinco anos, na forma do que estabelece o Decreto nº 20.910/32; Inaplicabilidade da prescrição trienal prevista no Código Civil, mesmo nas hipóteses de pretensão fundada em reparação civil. Recente orientação do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema. Hipótese em que do evento danoso ao ajuizamento da ação não transcorreu o prazo de cinco anos. Preliminar rejeitada. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** É cediço que, em se tratando de morte de detento dentro do estabelecimento prisional, **é objetiva a responsabilidade do Estado, a teor do art. 37, § 6º da CF**, pois **há dever de zelar pela segurança e incolumidade física do preso sob sua custódia**, aplicando-se a mesma interpretação ao apenado que cumpre medida de segurança em hospital psiquiátrico. **Hipótese de omissão específica do Estado em decorrência da morte do interno**, porquanto descumpriu com o dever de saúde (prestar tratamento médico adequado) que lhe é imposto em face da restrição da liberdade do cidadão. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. São incomensuráveis a dor e o sofrimento suportados pela autora, ante a perda de seu filho, estando caracterizado o danum in re ipsa, o qual se presume, conforme as mais elementares regras da experiência comum, prescindindo de prova quanto ao prejuízo concreto. Sentença mantida, no ponto. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo,

enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à manutenção do montante indenizatório a ser pago pelo réu à autor, a título de danos morais, em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Sentença mantida, no ponto. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO IMEDIATA. Dada a vigência imediata e o caráter público da nova norma, sobre as verbas indenizatórias deverão incidir correção monetária pelo IGP-M, a partir do arbitramento, e juros de mora de 12% ao mês, contados do evento danoso até a vigência da Lei n.º 11.960, de 29-06-2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, devendo-se observar, a partir de então, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Sentença reformada. DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO. Tendo a parte autora decaído com relação ao pedido de indenização por danos materiais, obtendo êxito em relação aos danos morais, resta caracterizada a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC. Hipótese em que a distribuição da sucumbência foi redimensionada, decaído igualmente as partes em 50%. Admitida a compensação da verba honorária, nos termos da súmula 306 do STJ. Sentença reformada, no ponto. CUSTAS PROCESSUAIS E EMOLUMENTOS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. PAGAMENTO EM METADE. O Estado deverá arcar com o pagamento das custas processuais e emolumentos, em metade, em razão do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 70041334053, por este Tribunal, que proclamou incidenter tantum, a inconstitucionalidade formal da lei 13.471/2010 que alterou o art. 11 da Lei Estadual nº 8.121/85, por afrontar os artigos 98, § 2º e 99, caput, da Constituição Federal. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação Cível Nº 70057371767, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 28/11/2013) grifo nosso.

Também:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO.** O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, **objetivamente**, pela reparação de danos a terceiros. **Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos**, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a

possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 327904 / SP - SÃO PAULO. Julgamento: 15/08/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma, grifo nosso).

E ainda:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.** PRESIDÁRIO. ÓBITO OCORRIDO NO INTERIOR DO PRESÍDIO. **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.** DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL OCORRENTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. HONORÁRIOS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. Nos termos do mais recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de sentença condenatória ilíquida proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público interno, obrigatório o reexame necessário preconizado pelo artigo 475, § 2º do Código de Processo Civil. 2. **Conforme vem entendendo esta Corte e o Supremo Tribunal Federal, quando há uma omissão específica do Estado, ou seja, quando a falta de agir do ente público é causa direta e imediata de um dano, há responsabilidade objetiva, baseada na Teoria do Risco Administrativo e no art. 37, §6º, da Constituição Federal.** 3. **O filho e pai das autoras, que se encontrava recolhido em Penitenciária do Estado, foi morto por colega dentro do pátio do estabelecimento prisional, por colegas de confinamento.** Estado do Rio Grande do Sul que, como administrador da casa prisional, deveria ter tomado medidas de segurança visando à preservação da integridade física dos apenados. **Artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal e artigos 40 e 41 da Lei de Execuções Penais.** 4. Reconhecida a ocorrência de dano moral, relevado o caráter "in re ipsa". Valor da indenização reduzido para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), para cada uma das autoras, pois de acordo com as peculiaridades do caso concreto e os precedentes locais. 5. Valor que deve ser corrigido pelo IPCA, desde este arbitramento, e acrescido de juros de mora "equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança", esses últimos contados da data do evento danoso, nos termos da súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. Posicionamento pacífico adotado pela Câmara. 6. Honorários advocatícios fixados em observância ao disposto no artigo 20, §3º, do CPC, considerando a existência de condenação, por isso, mantidos na forma em que fixados em sentença. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70066203050, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 11/11/2015) grifo nosso.

Segundo Cavalieri (2014) também, se por outro lado, o Estado não atua na condição específica de garantidor, sendo incumbido a ele, apenas o dever legal de fiscalização, a omissão será genérica e portanto, caberá a responsabilidade subjetiva. (CAVALIERI, 2014)

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2010) citado por Carlos Roberto Gonçalves (2011):

Quando o comportamento lesivo é comissivo, os danos são causados pelo Estado. Causa é o evento que produz certo resultado. [...]No caso de dano por comportamento comissivo, a responsabilidade é objetiva. (MELLO, p. 1018, 2010 apud GONÇALVES, 2011, p. 101).

Quando o comportamento lesivo é omissivo, os danos são causados pelo Estado, mas por evento alheio à ele. A omissão é condição do dano, porque propicia sua ocorrência. Condição é o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano. [...]No caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade é subjetiva". (MELLO, p. 1018, 2010 apud GONÇALVES, 2011, p.102).

Ainda sobre o tema, Yussef Cahali (2007) citando Bandeira de Mello (2006):

O Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou – vale dizer: quando descumpre o dever legal de agir, quando se comporta ilicitamente ao abster-se. A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito; é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa, embora possa tratar-se de culpa não individualizável na pessoa de funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente; é a culpa anônima ou falta de serviço. (MELLO, 2006, p. 241, apud CAHALI, 2007, p. 218).

E sobre o enquadramento da omissão, em responsabilidade Subjetiva vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO. ALEGADA OMISSÃO DO DEVER DE SEGURANÇA.** TROCA DE TIROS ENTRE RIVAIS. BALA PERDIDA QUE ATINGIU TRANSEUNTE. INEXISTÊNCIA DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR AO ENTE POLÍTICO A FUNÇÃO DE GARANTIDOR UNIVERSAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DO FATOS COM UMA OMISSÃO ESTATAL. 01 – Como a conduta supostamente ilegal

imputada ao Estado de Alagoas é daquelas omissivas, ou seja, falha na prestação do serviço de segurança pública, deve a parte demonstrar a caracterização da culpa, em quaisquer de suas modalidades (negligência, imperícia ou imprudência), sob pena de ser afastado o dever indenizatório do ente público. Entretanto, essa responsabilidade deve ser analisada sob a ótica do princípio da razoabilidade, sob pena de se exigir que o poder público esteja presente em todos os lugares ao mesmo tempo, como uma espécie de garantidor universal, imputando-lhe responsabilidade por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo, no qual esteja envolvido, direta ou indiretamente. Embora caiba ao Estado prover a todos os interesses da coletividade, entendo que imputar responsabilidade ao ente público por 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, generalização esta que, a meu ver, tornaria insustentável a sua própria subsistência. Diferentemente seria o caso de, naquela localidade, haver um posto policial ou agentes estatais ali postos e, frente à ocorrência de um delito ou sua iminência de ocorrer, permanecessem inertes, em manifesta desobediência ao dever legal de agir, o que não ocorreu no caso concreto. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. (TJ-AL - APL: 00147636520068020001 AL 0014763-65.2006.8.02.0001, Relator: Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, Data de Julgamento: 02/09/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 09/09/2015) grifo nosso.

Em relação ao presente julgado, apesar de ter sido negado o provimento, deixa claro o entendimento do referido tribunal a respeito do tema, defendendo portanto a teoria de que os agentes que atuarem na qualidade de agentes, a serviço do Estado, causando qualquer dano no exercício de suas funções ou em função da mesma, este Estado, responderá subjetivamente, pela reparação de danos a terceiros por ato ou omissão dos respectivos agentes.

De acordo com os que defendem que se o Estado quando omissivo, e em virtude de sua omissão ocorrer qualquer dano relacionado à sua omissão, o mesmo responderá subjetivamente, ou seja, responderá com base na teoria da culpa do serviço, em outras palavras, significa dizer que ao ser identificada a hipótese de omissão do ente estatal ou do agente a serviço do mesmo, caberá ao prejudicado acionar a responsabilização do Estado por responsabilidade subjetiva em virtude de tal atitude omissiva.

De acordo com a administrativista Fernanda Marinela (2012, p. 973):

a responsabilidade estatal por omissão é subjetiva, a saber, A teoria subjetiva conforme apresentada no início do capítulo, conta com o quadro de **elementos definidores: o comportamento, nesse caso omissivo, o dano, o nexa de causalidade entre a omissão e o dano e a culpa ou o dolo**. Além desses elementos básicos, orienta-se ainda o cumprimento de outros aspectos fundamentais para que o Estado seja condenado à indenização, para evitar a punição exagerada e desproporcional do ente. Vale observar que a punição pela ausência do Poder Público **deve ser ponderada frente à possibilidade de impedir o dano, além da compatibilidade com os padrões possíveis do serviço**, frente à dificuldades orçamentárias insuperáveis para o Estado. [...] Primeiro vale lembrar que a a teoria subjetiva admite a responsabilização em razão de condutas ilícitas. Assim, **considerando que o Administrador nesse caso é omissivo, a ilicitude** só estará presente **se existir o descumprimento de um dever legal** (grifo nosso).

5 RELATIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dentre os vários tipos de responsabilidade do Estado por omissão seja ela subjetiva ou objetiva, genérica ou específica, na posição de guarda, fiscalização, garantidor ou até por falta de serviço, o que importa é que a inércia da Administração pública, ou do Estado, ou mesmo por meio do agente estatal, são em regra, caracterizadores da responsabilidade do Estado, nos casos de omissão.

Na omissão do Estado, estando na condição de guarda, sua omissão cria situação que propicia o dano em situação que na forma específica, tinha o dever de agir no intuito de impedir determinado resultado e não o fez, é o caso do dever de guarda ou vigilância exercido pelo Estado, no exercício da segurança pública, onde, é dever do Estado exercê-la de maneira que possa garantir à coletividade, o mínimo de segurança necessário à garantia da incolumidade pública, como no caso de morte de doente em estado grave internado em hospital público em que se evidencia que não houve tratamento adequado ao grau de urgência no tratamento em que devia este ser submetido.

No caso de morte de detento em penitenciária, ou mesmo no caso de inércia devidamente caracterizada da segurança pública, onde fica evidenciada a inércia da administração pública, por exemplo, o Estado pode ser responsabilizado por falha na vigilância, ou no dever de guarda, pois, é seu dever enquanto poder público zelar pela preservação da integridade física dos indivíduos, empregando todos os meios necessários ao fiel cumprimento de suas obrigações enquanto poder público ou ente estatal.

Trata-se de obrigação imposta ao Estado por ato lesivo, falta de observância, ou falta de cuidado e atenção necessários e indispensáveis à não ocorrência do dano ou prejuízo causado, independentemente de caracterização de culpa do Estado ou agente estatal.

Apesar dessa teoria estar devidamente aceita no campo jurídico, doutrinário e jurisprudencial e da previsibilidade legal no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se frequentemente, uma relativização da Responsabilidade do Estado, nesses casos configurados como omissão.

Essa relativização, essa interpretação e enquadramento diverso para casos semelhantes, é deveras conflituoso para o cenário da responsabilidade do Estado atualmente.

Entre essas divergências aqui citadas, tanto no campo doutrinário; entre administrativistas e civilistas, quanto jurisprudencial, fizemos um contraponto, e percebemos haver entre os doutrinadores e julgadores desses campos, apesar dessas divergências, um consenso, no sentido de que independente da interpretação em relação ao tipo de responsabilidade omissiva; seja objetiva ou subjetiva, todos concordam que ocorrendo a omissão, houve uma inércia do ente estatal ou do seu preposto, e essa inércia, esse deixar de fazer algo que deveria ter feito com a finalidade de evitar a concretização de um dano previsível, cria o risco para a ocorrência do resultado sendo portanto passível de responsabilização.

Não importa qual o enquadramento ou o tipo de omissão que determinado caso se encaixa, o que importa, é que é necessário se preencha a lacuna deixada pelo dano ocasionado pela conduta negativa pois, o particular prejudicado não pode ficar sem o devido ressarcimento.

Se há um dever jurídico de agir, e, nesse dever jurídico, há intrinsecamente um dano em potencial inerente à função, esse dano é previsível, portanto é necessário de se realize determinado ato ou função, e se tome as devidas precauções ou ações no intuito de evitar que esse dano previsível se concretize.

Importa também e assim concordam em unanimidade, doutrinadores e julgadores em geral, e isso é imprescindível diga se de passagem, que exista o nexo de causalidade entre a atividade ensejadora do dano e o dano efetivamente comprovado, sem isso, não há que se falar em responsabilidade estatal em qualquer das suas vertentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade Civil de modo geral é amplamente debatida nas suas diversas áreas e vertentes, apesar disso, ainda há pouca difusão a respeito dessa inação, dessa divergência conceitual e interpretativa a respeito do tema em comento.

A Responsabilidade Civil Estatal no que concerne à sua omissão, quando se esperava que tivesse uma atitude positiva no intuito de evitar potenciais danos a terceiros, não ocorrendo, ainda é um dos pontos a serem debatidos incansavelmente. Ora, o tema; “segurança pública” é um dos mais importantes a serem discutidos quando se fala em responsabilidade do Estado, pois, tem reflexo direto na vida da população de modo geral.

Desse modo, entendemos que o presente trabalho foi necessário pois possibilitou fazer um contraponto, uma análise reflexiva entre as teorias subjetivistas e objetivistas, analisando o posicionamento do STF, STJ e alguns tribunais de Justiça que se manifestaram sobre os casos configurados como omissão por parte do Estado tanto no campo Cível quanto administrativo, trazendo também alguns entendimentos doutrinários no intuito de corroborar com a elucidação do tema proposto.

O objetivo desse trabalho cremos, foi alcançado pois mostrou exaustivamente esses diferentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que no nosso ponto de vista, caracterizam uma relativização da Responsabilidade do Estado nos casos configurados como omissão que é o cerne do presente trabalho.

Os objetivos específicos também, acreditamos terem sido alcançados, pois, analisando os entendimentos aqui citados, nos possibilitou mostrar essas divergências existentes, e o posicionamento tanto de civilistas quanto de administrativistas acerca do enquadramento das teorias objetiva e subjetiva em especial no campo da omissão estatal.

Esperamos portanto, com a confecção do presente trabalho, não explicar ou inovar trazendo qualquer tipo de conceito sobre o tema mas, inovar no sentido de trazer uma reflexão sob uma perspectiva diferenciada levantando tais divergências a fim de contribuir para futuras pesquisas e estudos no meio acadêmico e pedagógico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23 ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao>. Acesso em: 26/10/2017.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26/10/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988>>. Acesso em: 28/10/2017

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1946.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1967.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas TJ-AL. **Apelação cível. Responsabilidade civil do Estado. 09/09/2015**. Relator Des. Fernando Tourinho de Omena Souza. Data do julgamento: 2 de Setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230664025/apelacao-apl-147636520068020001-al-0014763-6520068020001>>. Acessado em: 26/10/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação cível. Responsabilidade civil do Estado**. Relatora: Des. Elisabete Filizzola. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-condenando-estado-rj-indenizar.pdf>>. Acessado em 25/10/2017

CAVALIERI, F. S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas 2012.

CAVALIERI, F. S. A Responsabilidade Civil Objetiva e subjetiva do Estado. In **Revista da EMERJ**, v. 14, n. 55, jul.-set. 2011.

CARVALHO, F.; SANTOS, J. D. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Lumen Iuris, 2007.

DOWER, N. G. B. **Curso Moderno de Direito Civil**. Vol. 4. Responsabilidade Civil - 3ª ed. São Paulo: Nelpa, 2008

GAGLIANO, P. S. **Novo Curso de Direito Civil**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 4ª ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. - Malheiros, 2010.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

PIETRO, M. S. Z. D. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/>.
Acessado em 26/10/2017.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/>>
Acessado em 28/10/2017.