

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

ALVARO CALAZANS DE SOUZA NETO

A CONDUTA OMISSIVA DO ESTADO E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

**ARACAJU
2016**

ALVARO CALAZANS DE SOUZA NETO

A CONDUTA OMISSIVA DO ESTADO E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para a conclusão do curso de Graduação em Direito.

Orientador:
Profº. Me. Lucas Cardinali Pacheco

**ARACAJU
2016**

A CONDUTA OMISSIVA DO ESTADO E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

Monografia apresentada como exigência para obtenção do grau de bacharel em Direito em comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Profº Me. Lucas Cardinali Pacheco
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Profº
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Profº
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

À minha família, que sempre esteve comigo em todos os momentos da minha vida, inclusive os mais difíceis e complicados.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido o dom da vida, e por me dar forças para superar todos os obstáculos que aparecem na minha vida

Aos meus pais, por serem os meus maiores exemplos, pessoas mais importantes da minha vida.

A todos os meus amigos, colegas e familiares, por me apoiarem ao longo da caminhada.

Ao meu orientador, o professor e mestre Lucas Cardinali Pacheco, por toda a atenção, dedicação, conselhos e cobranças para que o desenvolvimento desta monografia fosse o melhor possível.

A todos os professores e coordenadores do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, por todo o conhecimento e experiência passados a mim e aos meus colegas durante todo o curso.

Enfim, a todos que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui.

RESUMO

A Responsabilidade Civil existe em virtude da prática de uma conduta, que pode ser omissiva ou comissiva pela qual há a existência de um dano, gerando, por conseguinte para aquele que sofreu o dano o direito de ser indenizado como uma forma de ressarcimento ou compensação pelos prejuízos causados. A responsabilidade civil do Estado passou por diversas fases até ser erigida ao atual status de norma constitucional. A primeira fase foi marcada pela irresponsabilidade estatal e era fruto do regime absolutista. A seguir, adotou-se a Teoria da Responsabilidade subjetiva do Estado, que teve como fundamento político o aparecimento do Estado Social de Direito, no qual a responsabilidade civil restava configurada desde que comprovada a falha no serviço público. Atualmente a Constituição Federal brasileira dispõe ser objetiva a responsabilidade civil do Estado, na modalidade risco administrativo, em que basta a comprovação do dano e nexos causal. No entanto, uma vez havendo uma conduta omissiva do Poder Público, apesar de haver divergências doutrinárias, prevalece o entendimento de que se trata de responsabilidade civil objetiva, devendo, aquele que sofreu o dano, provar que se não houvesse a omissão estatal o dano não ocorreria, quando se adota a teoria da culpa administrativa. Assim sendo, todas as excludentes existentes (caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima) podem ser admitidas na apuração da responsabilidade civil subjetiva. Por conseguinte, existem situações em que o Estado responde de forma objetiva em virtude de uma conduta omissiva, nos casos em que se encontrar na posição de garantidor, quando pessoas ou coisas estão sob a sua custódia por expressa disposição legal.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Omissão.

ABSTRACT

The Liability exists when under the practice of conduct that can be commissive or omission, there is the existence of damage, leading therefore to the one who suffered the damage the right to be indemnified as a form of compensation for damage caused . The liability of the State passed through several stages to be erected to the status of constitutional law. The first phase was marked by irresponsible state and was the result of the absolutist regime. Next, we adopted the theory of subjective responsibility of the State, which was based on the appearance of political social rule of law, where liability was left configured once proven failure in public service. Currently the Federal Constitution has to be objective liability of the State, in the form in which administrative risk just proof of injury and causation. However, since there is a duct omission of the government, although there doctrinal differences, the prevailing understanding that it is objective liability, should the one who suffered the damage prove that if there was a failure state the damage would not occur, we adopt here the Theory of Administrative Guilt. In this vein, all existing exclusive (fortuitous event or force majeure exclusive fault of the victim) may be admitted to the subjective determination of liability. Therefore, there are situations in which the state responds objectively because of conduct by omission, in case you find yourself in the position of guarantees when people or things are in their custody by express statutory provision.

Keywords: Liability. State. Omission.

SUMÁRIO

1	Introdução	8
2	Responsabilidade Civil	10
2.1	Considerações Iniciais.....	10
2.2	Conceito de Responsabilidade Civil	11
2.3	Pressupostos da Responsabilidade Civil	14
2.3.1	Da conduta Humana (ação ou omissão)	14
2.3.2	Dos danos ou prejuízo.....	16
2.3.3	Nexo de causalidade entre a conduta e o dano	18
2.4	Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva	21
3	Responsabilidade Civil da pessoa jurídica de direito público	26
3.1	Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado.....	26
3.1.2	Teoria da Irresponsabilidade do Estado	26
3.1.3	Teoria Subjetivista.....	27
3.1.3	Teoria Objetivista.....	29
3.2	Responsabilidade civil do Estado por omissão dos seus agentes	32
3.3	Ação Regressiva contra o agente causador do dano.....	39
4	Análise de jurisprudência sobre a Responsabilidade Civil do Estado.....	44
5	Conclusão	49
	Referências	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso de graduação trata especificamente dos aspectos materiais da imputação de responsabilidade civil ao Estado, quando existente um dano ao administrado e este for proveniente de uma conduta omissiva estatal.

A problemática reside no exame da possibilidade jurídica de se aplicar ou não o elemento subjetivo “culpa”, uma vez que há divergência tanto na doutrina como na jurisprudência acerca da sua utilização, pois a Constituição Federal não traz expressamente a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva quando a Administração Pública age de forma omissa.

Social e juridicamente, o tema abordado se justifica na medida em que a evolução da sociedade e a dinâmica das atividades estatais levaram a uma maior complexidade na prestação do serviço público, reclamando um tratamento jurídico diferenciado e adequado para resguardar o particular (parte mais vulnerável da relação) que, em decorrência de uma omissão estatal, tivesse algum direito ou garantia lesado.

O tema possui grande relevância, posto que a responsabilidade civil do Estado por omissão administrativa dispõe sobre um direito essencial e fundamental do ser humano, que é o direito de ser indenizado quando for prejudicado por uma ação do ente público, não sendo tratada de forma explícita pela Constituição Federal a responsabilização do Estado nos casos de emissão estatal.

Metodologicamente o presente trabalho se desenvolve através do método dedutivo, o qual exige a utilização de um processo lógico, iniciando-se com proposições e conceitos gerais até chegar no tema específico a ser abordado, consubstanciando a pesquisa bibliográfica, através de livros, entendimentos jurisprudenciais e textos extraídos da internet, bem como pela revisão da literatura acerca do tema, sempre guiado pela ótica constitucional.

Constitui-se, dessa forma, o objetivo geral desta monografia elucidar os aspectos materiais da responsabilidade civil do Estado por omissão.

Com relação aos objetivos específicos têm-se os seguintes: elencar as teorias existentes para fundamentar a Responsabilidade Civil do Estado; examinar o posicionamento da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da teoria adotada

no momento da imputação da responsabilidade civil; descrever sobre os aspectos do direito do Estado de ação de regresso em face do agente causador do dano.

Em termos organizacionais, a monografia está estruturada em quatro capítulos, dos quais o primeiro é esta introdução. No segundo capítulo, será feita uma análise geral da Responsabilidade Civil, com a definição do seu conceito, bem como análise detalhada dos seus elementos caracterizadores.

No capítulo terceiro será elencada a evolução histórica da responsabilidade civil. Por conseguinte, abordar-se-ão as teorias existentes na doutrina que fundamentam a responsabilidade civil do Estado em face de sua conduta omissiva. Por fim, tratar-se-á acerca do direito de ação de regresso contra o verdadeiro causador do evento lesivo.

No capítulo quarto será colacionada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe sobre a responsabilidade civil do Estado, com a análise da teoria utilizada para fundamentar seus decisórios.

Nas considerações finais, será feita uma síntese de todo o trabalho acadêmico, explanando-se as principais ideias e conclusões a que se chegou no decorrer da pesquisa, destacando-se qual o posicionamento adotado pelos tribunais, frente aos casos práticos ocorridos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para que se possa identificar o posicionamento da responsabilidade civil na teoria geral do Direito, tem que se partir da noção de fato jurídico, caracterizado como qualquer acontecimento da vida que tenha repercussão jurídica, ou seja, “quando, no mundo real, ocorre um fato que se ajusta à hipótese prevista na norma, a norma incide sobre esse fato, atribuindo-lhes efeitos jurídicos”. (CAVALIERI FILHO, p. 251, 2010).

O fato jurídico pode ser classificado como natural; quando decorrente de acontecimentos da própria natureza, a exemplo da morte, nascimento e chuva; e voluntário, quando provenientes da conduta humana a capaz de produzir efeitos jurídicos.

Os fatos jurídicos voluntários dividem-se em lícitos e ilícitos e sobre eles o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 318) preleciona,

Lícitos são os atos humanos, a que a lei defere os efeitos almejados pelo agente. Praticados em conformidade com o ordenamento jurídico, produzem efeitos jurídicos *voluntários*, queridos pelo agente. Os *ilícitos* por serem praticados em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico, embora repercutam na esfera do direito, produzem efeitos jurídicos *involuntários*, mas impostos por esse ordenamento. Em vez de direito, criam deveres, obrigações. Hoje se admite que os atos ilícitos integram a categoria dos atos jurídicos pelos efeitos que produzem (são definidos no art. 186 e geram a obrigação de reparar o dano, como dispõe o art. 927, ambos do CC) [grifo do autor]

Oportuno também trazer à baila, o posicionamento dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 47) sobre o tema:

Responsabilidade para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação do dano e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Diante disso, infere-se que os atos lícitos são aqueles que diretamente dão origem às obrigações, a exemplo do contrato, ou seja, o ato lícito é aquele que

não está maculado por qualquer vício, estando apto a gerar efeitos concretos no mundo jurídico, isento de qualquer nulidade capaz de afastar sua aplicação.

Por sua vez, o fato jurídico classificado como ato ilícito está em desarmonia com a lei, afronta o Direito, pois há a violação de um dever imposto pelo ordenamento jurídico através de uma conduta (ação ou omissão) e, é o fato gerador da responsabilidade civil, tema do presente trabalho.

Em outros termos, o segmento do fato jurídico, classificado como ato ilícito, gera consequências de cunho patrimonial àquele que o comete, consistente na reparação dos danos causados ao indivíduo que suportou os efeitos da conduta contrária ao ordenamento jurídico.

2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A definição de responsabilidade civil não tem se mostrado uma tarefa fácil para a doutrina, pois alguns conceitos têm por base a definição de culpa, outros autores tomam por base a obrigação imposta pela lei, quando há a prática de um ato em desconformidade com a norma.

De acordo com Diógenes Gasparini (2002, p. 825) *“a responsabilidade civil do Estado é a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão do comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável”*.

Tem-se também a conceituação com escora em uma *“repartição de prejuízos causados, equilíbrio de direitos e interesses, comportando dois polos: o objetivo, onde reina o risco criado, e o subjetivo, onde triunfa a culpa”* (Josserand citado por Maria Helena Diniz, p. 50, 2013)

Maria Helena Diniz (2013, p. 50) assim conceitua a responsabilidade civil:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ela responde, ou de fato de coisa ou animal sob a sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia de culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

Ao se formular um conceito de responsabilidade no campo jurídico é

preciso ressaltar que em virtude de sua generalidade, este não pode se limitar ao Direito Civil, uma vez que nos outros campos do Direito – esfera penal, administrativa e tributária- por exemplo, aplica-se o conceito de responsabilidade, respeitando as peculiaridades de cada área.

Ao conceituar responsabilidade civil, os autores são uníssomos em relacioná-la com a responsabilidade penal. Corroborando com tal assertiva, traz-se as seguintes definições de responsabilidade civil, a saber,

A ilicitude – é de todos sabido – não é uma peculiaridade do Direito Penal. Sendo ela, essencialmente, contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. Será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso de ilícito penal, o agente infringe uma norma penal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado. A separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados a medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. (CAVALIERI FILHO, 2010. p. 14)

No mesmo sentido, leciona o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2011, p. 499), que assim explicita:

A ilicitude é chamada de cível ou penal tendo em vista exclusivamente a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. Na responsabilidade penal, o agente infringe uma norma penal de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá também pleitear ou não a reparação. Se, ao causar o dano, o agente transgredir também a lei penal, ele torna-se, ao mesmo tempo, obrigado civil e penalmente. A responsabilidade penal é pessoal, intransferível. Responde o réu com a privação de sua liberdade. A responsabilidade civil é patrimonial: é patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

Da análise dos conceitos trazidos, denota-se que, apesar de comumente serem conceituadas relacionando uma com a outra, existem diferenças notáveis entre a responsabilidade civil e penal. O aspecto semelhante entre a responsabilidade nas esferas do direito em estudo está na ideia de transgressão de um dever jurídico a todos imposto, gerando um desequilíbrio social.

Entretantes, como o foco do presente trabalho é a responsabilidade civil, pode-se concluir que esta resta configurada quando há violação de uma norma de direito privado, sendo, portanto, patrimonial, uma vez que quem responderá pela

obrigação de indenizar será o patrimônio daquele que praticou a conduta vedada pela norma jurídica.

Quando se tem em foco a responsabilidade civil dos agentes públicos por suas condutas ilícitas, tendo por base a prática da atividade administrativa, o reconhecimento desta está no Estatuto dos Servidores Públicos e a investigação é realizada em processo administrativo disciplinar. Desta maneira, na ocorrência de um ato ilícito, três processos podem ser gerados para a apuração de responsabilidade: o civil, o penal e o administrativo; sendo oportuno ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro aceita a independência de julgamento entre os três ramos do direito. (MARINELA, 2012, p. 966-967).

Neste sentido, o Estatuto dos Servidores Públicos, em seu art. 125, preceitua que *“As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”*.

Noutro giro, a responsabilidade civil traz como consequência jurídica a estipulação de uma sanção, uma indenização, na maioria das vezes importando em pagamento de dinheiro, com o intuito de punir o ofensor, coibindo a reincidência da prática da conduta abusiva, bem como ressarcir o dano causado, *“seja ele de índole patrimonial ou exclusivamente moral, como atualmente permite expressamente a Constituição.”* (VENOSA, 2008, p. 21).

Desta feita, depreende-se que a natureza jurídica da responsabilidade civil é sancionadora, posto que a sanção nasce como uma consequência lógica da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico.

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012), ao tratarem sobre a qualificação da sanção na responsabilidade civil, entendem que apesar da responsabilidade civil decorrer de um dano causado que já se mostrava potencialmente previsível, em virtude dos riscos da atividade profissional exercida, pelo fato de envolverem interesses de terceiros, não se pode falar em inexistência do caráter de sanção.

Do exposto, verifica-se que a responsabilidade civil pode ser conceituada como a atribuição de uma obrigação reparatória àquela pessoa, física ou jurídica, ente ou instituto, que contrariando uma norma jurídica proibitiva vigente, comete um ato ilícito causador de efeitos na órbita do Direito, efeito este, por sua vez, que gera prejuízo a alguém, fazendo jus à reparação de seus danos.

Compreendidas as noções básicas sobre a responsabilidade civil, passa-se a tratar sobre cada um dos elementos fundamentais para a sua caracterização.

2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz (2013) grande é a imprecisão doutrinária a respeito dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Aduz, ainda, que conflitantes são as conclusões dos juristas, pois são apontados como elementos o fato danoso, o dano, a antijuridicidade ou a culpabilidade, bem como a culpa e a imputabilidade.

Entrementes, fundamentando o princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem, o artigo 186 do Código Civil assim dispõe: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

Da leitura do artigo acima mencionado, pode se extrair como pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil: a Conduta humana (ação ou omissão); os danos ou prejuízo e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.

2.3.1 Da conduta humana (ação ou omissão)

Conforme já explicitado anteriormente, somente o homem (também por meio da pessoa jurídica que compõe) através do seu patrimônio pode ser civilmente responsabilizado. Assim, como um consectário lógico, compreende-se que a conduta humana torna-se imprescindível para a configuração da responsabilidade, uma vez que “*a conduta humana, positiva ou negativa (omissão) guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo*”. (GAGLIANO E FILHO, 2011, p. 73).

Ademais, a conduta do agente poderá ser de comissão ou omissão. A conduta comissiva é o ato humano voluntário e que pode ser objeto de imputabilidade de responsabilidade. Sobre esse tema, Francisco Amaral (2008, p. 553) esclarece que o ato comissivo tem que ser controlável pela vontade da pessoa e que as ações em que há a falta de controle da vontade pelos agentes são

excluídas da possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pela sua prática. Exemplifica, ainda, que esses atos “inimputáveis” são aqueles praticados em estado de inconsciência, sob coação absoluta ou por absolutamente incapazes. Excepciona, por fim, a inimputabilidade àqueles que se coloquem mesmo que transitoriamente em estado de absoluta incapacidade.

A conduta omissiva, objeto central deste trabalho, é a não observância do dever de agir ou de certo ato que deveria realizar-se. E, oportunos são os ensinamentos de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 47) sobre o tema:

Trata-se de ação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada” ou um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo. Observe, aliás, que o art. 186 impõe a obrigação de indenizar a todo aquele que “por *ação ou omissão* voluntária causar prejuízo a outrem. É o caso da enfermeira que, violando as suas regras da profissão e o próprio contrato de prestação de serviços que celebrou, deixa de ministrar os medicamentos ao seu patrão, por dolo ou desídia. Entretanto, devemos destacar que também na ação omissiva a voluntariedade da conduta se faz presente, consoante se lê no mesmo artigo de lei (omissão *voluntária*...). Isso porque, se faltar este requisito, haverá ausência de conduta na omissão, inviabilizando, por conseguinte, o reconhecimento da responsabilidade civil.

Assim, a responsabilidade por omissão restará configurada quando houver um dever jurídico de não abstenção, e que com a prática daquele ato o dano provavelmente não se configuraria. Este dever jurídico de não omissão pode ser imposto por lei (a exemplo do bombeiro) ou resultar de convenção (dever de custódia).

Por conseguinte, a conduta humana lícita ou ilícita é um pressuposto da caracterização da responsabilidade civil e esta será baseada na ideia de culpa quando for decorrente de um ato ilícito.

Acerca da definição de culpa, tomando como base o disposto no art. 186 do Código Civil, Maria Helena Diniz (2013, p. 59) aduz,

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem

qualquer deliberação de violar de um dever.

Da leitura do conceito acima transcrito, depreende-se que o conceito de culpabilidade no âmbito civil abrange o dolo e a culpa, apesar de estruturalmente esses dois temas possuem nada em comum. No entanto, apesar da gritante diferença entre os atos: doloso, em que o agente procura intencionalmente o resultado e culposo: configurado pela existência de negligência, imperícia ou imprudência, ambos possuem a mesma consequência jurídica em sede de indenização. E, sobre esse tema, bem como suas peculiaridades serão abordados no tópico seguinte.

2.3.2 Dos danos ou prejuízo

A prova da existência do dano é fato indispensável para que seja imputada uma responsabilidade civil a alguém. Nesta senda, mesmo que haja o ato ilícito, com a violação de um dever jurídico, mesmo que se configure o dolo ou culpa do agente, a Responsabilidade Civil não existirá se não houver a configuração do dano ou do prejuízo.

Sobre o tema em comento, Sérgio Cavalieri Filho (2010, 87), preleciona que

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. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim, que sem dano, não haverá o que se reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Assim sendo, a responsabilidade que resultar na obrigação de reparar, por um consectário lógico não existirá se não houver nada a reparar. Por conseguinte, pode se concluir que são requisitos do dano indenizável a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; certeza do dano e subsistência do dano. (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2012, p. 85-86)

O dano pode ser moral ou patrimonial e se decorrerem do mesmo fato,

enquanto que as suas indenizações podem ser cumuláveis, a teor do que dispõe o enunciado de Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça.

O dano patrimonial ou material é a lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do titular. São considerados, pela doutrina e pelos magistrados, dois aspectos inerentes ao dano material para a quantificação da indenização: o dano emergente e os lucros cessantes.

O dano emergente é o prejuízo imediato sofrido pela vítima, a exemplo do taxista que tem o seu carro envolvido em um acidente de trânsito; o seu dano imediato será o conserto do carro. Já os lucros cessantes correspondem àquilo que a vítima deixou de lucrar razoavelmente pela existência do dano; e, no mesmo exemplo dado acima seria a renda que o taxista deixaria de ganhar pelo fato de seu carro estar em manutenção.

O dano moral está previsto no art. 5º da Constituição Federal e “é o *prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade*”. (VENOSA, 2008, p. 41)

Ainda sobre o tema, oportunas são as palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz sobre o dano moral,

O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do TST, provocada pelo ato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto do seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá se ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou a efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter da sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em um dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa o direito da personalidade ou extrapatrimonial, como p. ex., direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com o tratamento.” (DINIZ, 2013, P.107-108)

Da leitura dos conceitos acima elencados, conclui-se que o dano moral se consubstancia em uma lesão a um direito que não é pecuniário e nem pode ser reduzido a dinheiro, uma vez que atinge a esfera personalíssima da vítima, ou seja, não se trata de uma lesão a um direito patrimonial, pois foge ao caráter material daquilo que é palpável, podendo ser considerado uma ofensa a um direito

metafísico.

A reparabilidade do dano moral tem sido objeto de muitas controvérsias na doutrina civilista, sendo conveniente a citação dos argumentos contrários a reparabilidade do dano moral trazida por Zulmira Pires de Lima citada por Pablo Stolze Gagliano (2012. p. 113 -121) a saber: falta de um efeito penoso durável; incerteza de um verdadeiro direito violado; dificuldade de descobrir a existência de um dano; indeterminação do número de pessoas lesadas; impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; amplo poder conferido ao juiz e impossibilidade jurídica de reparação.

Entrementes, convém ressaltar que o Código Civil, em seu artigo 188, proclama que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito, ou em estado de necessidade. Assim, apesar da prática desses atos poder gerar um dano, não será objeto de responsabilização civil, tendo em vista a ausência de contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico, ou seja, a conduta, apesar de ilícita, por ir de encontro a um comando normativo proibitivo, não enseja a responsabilização civil, tendo em vista a autorização legal para sua prática.

Por fim, feita a análise do elemento “dano”, como um dos pressupostos da existência da Responsabilidade Civil, por conseguinte passaremos a tratar sobre o elemento “nexo de causalidade”.

2.3.3 Nexo de causalidade entre a conduta e o dano

Estudado como um dos pressupostos da responsabilidade civil, o nexo causal permite avaliar a relação causa-consequência, para que possa se avaliar quais as condutas do agente – de omissão ou comissão – deram azo ao resultado previsto em lei e considerado ilícito. Assim, antes de qualquer análise de culpa do agente causador do dano, torna-se imprescindível analisar se este deu causa ao resultado, para que lhe possa ser imputada alguma responsabilidade.

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 47) leciona que

O conceito de nexo causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um

evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim: se chover fica molhado.

Mas o nexo causal, além desse elemento naturalístico, exige também uma avaliação jurídica pelo juiz para verificar, com precisão, a relação entre certo fato e determinado resultado. Veremos que é um processo técnico de probabilidade. O juiz tem que eliminar os fatos que foram irrelevantes para a efetivação do dano. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na ausência desses fatos, o dano ocorreria. Causa será aquela que, após este processo de expurgo, se revelar a mais idônea para produzir o resultado.

Assim sendo, como já explicitado, é possível que haja responsabilidade sem a comprovação de culpa, quando tratada a responsabilidade objetiva – atribuída a administração pública – não se podendo, contudo, faltar o nexo causal, pois este é elemento essencial para qualquer espécie de responsabilidade civil. Nesta senda, se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Atendimento inadequado de Hospital Público - Inexistência de nexo de causalidade entre o evento ocorrido e a suposta falta de fiscalização do poder público, pelos danos morais sofridos - Não havendo prova acerca do nexo de causalidade, inviável a condenação pretendida - Sentença de improcedência mantida - Recurso não provido. (Processo: CR 6816375200 SP; Relator(a): Peiretti de Godoy; Julgamento: 04/02/2009; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Publicação: 09/03/2009) (grifou-se)

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2008) é de fácil percepção a apuração da responsabilidade quando esta é fruto de um fato simples, não havendo dificuldade em aferir a relação de causalidade entre o fato e o dano. Entretanto, aponta a existência de uma maior complexidade quando estiver disposta em causas excludentes de nexo causal, a exemplo da culpa exclusiva da vítima, situações que devem ser analisadas no caso concreto.

O caso fortuito e a força maior também excluem o nexo causal, pois este é interrompido, uma vez “*inexiste relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso*”. (VENOSA, 2008, p. 39).

Oportunas as palavras da autora Maria Helena Diniz (2002, p. 346/347) sobre a diferença entre caso fortuito e força maior, a saber,

[...] na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao

acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc.

[...] no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando, incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte.

Em notícia veiculada no site do STJ, este analisou a diferença entre caso fortuito e força maior, exemplificando através de um caso julgado por àquele Tribunal em que a responsabilidade por omissão da administração pública não pode ser elidida pelo caso fortuito, como excludente do nexu causal, *in litteris*:

[...] e o buraco causado pela chuva numa via pública que acabou matando uma criança? Caso fortuito? Não. O STJ decidiu que houve omissão do Poder Público, uma vez que o Município não teria tomado as medidas de segurança necessárias para isolar a área afetada ou mesmo para consertar a erosão fluvial a tempo de evitar uma tragédia. [...] (SUPERIOR TRIBUNL DE JUSTIÇA, 2012)

Também possui o condão de romper o nexu de causalidade a culpa exclusiva da vítima, a teor do que estabelece o art. 945 do Código Civil: “*Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano*”. Neste sentido, Silvio de Salvo Venosa (2008) aponta que, quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade, bem como os valores a serem pagos a títulos de indenização poderão ser rateados ou serem fixados em razão da proporcionalidade da culpa de cada um.

Assim sendo, mostra-se imperioso ressaltar que somente haverá a quebra do nexu causal quando houver culpa exclusiva da vítima, posto que havendo concorrência de culpas, a indenização, ainda assim, será devida.

Por fim, sobre pressuposto de responsabilidade em estudo, traz-se o posicionamento do Tribunal de Justiça do Paraná,

APELAÇÃO CÍVEL. ADMISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE DO DETENTO EM CADEIA PÚBLICA. SUICÍDIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NÃO CONFIGURADA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. CARACTERIZADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTENTE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (7677598 PR 0767759-8, Relator:

Dimas Ortêncio de Melo, Data de Julgamento: 07/06/2011, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ, p. 658)

Em suma, para que haja a responsabilização civil de um indivíduo que praticou uma conduta ilícita, faz-se necessária a presença do nexo de causalidade, entendido como o liame que relaciona a conduta ao resultado, verificando-se através desse requisito, se o indivíduo realmente deu causa ao evento danoso.

Por conseguinte, a doutrina classifica a responsabilidade como sendo objetiva ou subjetiva, quando analisa a utilização do elemento subjetivo culpa. O estabelecimento dessa diferenciação é muito importante para se apurar a responsabilidade do ente público. E, sobre esse tema tratará o tópico que segue.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA.

Para a responsabilidade civil ser caracterizada como objetiva ou subjetiva, será imprescindível a aferição da culpa, pois nos casos em que for classificada como subjetiva, será analisada a culpa na conduta do agente. Já na objetiva, por expressa determinação legal, não será necessária a sua comprovação para que possa ser imputada uma responsabilidade ao agente, em virtude de um dano causado.

Convém ressaltar que a administração pública pode ser responsabilizada nesses dois modelos em estudo, conforme especificidades do caso concreto.

Sobre o conceito de culpa, os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 148) ensinam que

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

Nesta senda, compreende-se que para a configuração da culpa, em sentido amplo, tem que estar presente a voluntariedade do comportamento do agente; assim como a previsibilidade do dano causado e a violação de um dever de cuidado.

A negligência, a imprudência e a imperícia são formas de manifestação da culpa em sentido estrito. A negligência é a falta do dever de cuidado, por omissão; ou seja, a negligência se caracteriza como a abstenção da prática de um dever de

cuidado que deveria ser praticado por uma pessoa comum em determinada situação. E, a Administração Pública pode ser responsabilizada civilmente quando, por negligência, causa dano a outrem, conforme sentenciou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a saber,

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO MUNICÍPIO. BURACO. QUEDA. NEGLIGÊNCIA. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. A Administração Pública tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, no termos do § 6º, do art. 37 da CF, o que dispensaria a parte prejudicada de provar a culpa do Poder Público para que ocorra a reparação, bastando à relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido. 2. Hipótese que não se verifica no caso dos autos, porquanto o evento danoso aqui analisado não foi causado por nenhum agente do ente estatal, sendo inaplicável a norma constitucional relativa à responsabilidade civil objetiva do Estado à espécie. O presente feito versa sobre responsabilização subjetiva, restando verificar, então, a ocorrência de omissão pelo ente público para aferir o dever de indenizar por parte deste. 3. A responsabilidade subjetiva do Município réu só pode ser reconhecida quando provada a conduta culposa por seus agentes, contrária aos ditames legais e ao ordenamento jurídico vigente. Imprescindível, neste caso, a comprovação da culpa. 4. O Município agiu com culpa na modalidade de negligência, omitindo-se em adotar as providências necessárias, em tempo hábil, a fim de reparar e manter em condições de uso o logradouro no qual ocorreu o evento danoso. Ademais, sequer comprovou a ocorrência de qualquer causa excludente de sua responsabilidade, fato este impeditivo do direito da autora, ônus processual que se impunha e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, inc. II, do CPC. 5. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano moral deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. Embargos infringentes acolhidos. (Embargos Infringentes Nº 70053576534, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 05/04/2013)

Por conseguinte, a imprudência pode ser caracterizada como a prática desnecessária de um ato perigoso. Diferentemente da negligência, a imprudência caracteriza-se como um ato comissivo diverso daquele que se esperava naquele tipo de situação. Aqui, a atuação do agente é contrária às regras básicas de cautela.

Como exteriorização da culpa, a imperícia resulta da falta de habilidade ou aptidão específica para a prática de determinado ato, pressupondo que o ato seja

inerente às profissões, a exemplo do médico ou advogado, não tendo o indivíduo que pratica a conduta, qualificação técnica para realizar o ato que, por tal motivo, resultou em dano a terceiro.

Concernente a Responsabilidade civil objetiva, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil prevê que “*haverá a 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*”.

Percebe-se, assim, que em casos específicos a responsabilidade civil do causador do dano existirá, independentemente, de aferição de existência de culpa.

Há, contudo, na doutrina, uma grande polêmica sobre a segunda hipótese prevista no artigo citado, qual seja, “*quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”, por tratar-se de um conceito jurídico indeterminado, que possivelmente ampliará os poderes do magistrado quando da análise do caso concreto.

Assim, o que é objeto de controvérsia é o conceito de atividade de risco trazido pelo artigo, uma vez que quando o fato concreto estiver fora da previsão legal, somente poderá ser balizado jurisprudencialmente.

Acerca do tema, referencia-se as palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 543), a saber:

No nosso entendimento, ao consignar o advérbio “normalmente”, o legislador quis se referir a todos os agentes que, em troca de determinado proveito, exerçam com *regularidade* atividade parcialmente nociva ou danosa aos direitos de terceiros. Somente essas pessoas, pois, empreenderiam a mencionada atividade de risco, apta a justificar a sua responsabilidade objetiva.

Note-se, inclusive, que não se exige que a conduta lesionante seja ilícita *stricto sensu*, mas sim, pelo fato de que seu exercício habitual pode, potencialmente, gerar danos a outrem, não sendo razoável admitir-se que a autorização legal para o exercício de uma atividade importe em considerar lícita a lesão a direito de terceiros.

Desta forma, a chamada teoria do risco administrativo é aquela que embasa a responsabilidade objetiva do Estado e serve de escora para a responsabilidade civil da administração pública, de acordo com o que dispõe o §6 do art. 37 da Constituição Federal, a saber,

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.

Da leitura do conteúdo do artigo constitucional supra citado, denota-se que duas categorias de pessoas jurídicas podem praticar o ato ilícito e assim ser responsabilizada civil e objetivamente: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. A responsabilidade objetiva tem como elemento fundamental a desnecessidade da comprovação de culpa para que reste configurada.

Referente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado que presta serviço público é importante a ressalva feita por Carvalho Filho (2012, p.550), pela qual

Entendem alguns que a responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos incide exclusivamente na hipótese em que o dano é perpetrado contra usuários, e isso porque são estes os titulares do direito à adequada prestação do serviço; assim, não seria objetiva a responsabilidade perante terceiros. Ousamos dissentir de semelhante posicionamento. E por mais de uma razão. A uma, porque a Constituição não fez a menor distinção entre pessoas de direito público e pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos quanto à incidência da responsabilidade objetiva; se tal distinção não foi feita, não cabe ao intérprete fazê-la. A duas, porque haveria absoluta incongruência no que concerne a *ratio* do dispositivo.

Nesta senda, as pessoas jurídicas de direito privado e que nesta condição prestem serviços públicos respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros e usuários.

Ao analisar o tipo de responsabilidade civil dos entes que compõem a administração pública indireta, José dos Santos Carvalho Filho (2012) defende que as pessoas jurídicas que representam os serviços sociais autônomos estão sujeitas à responsabilidade civil objetiva atribuída ao Estado. Já as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse privado respondem subjetivamente e pelas leis do Código Civil em virtude de sua atividade ter caráter eminentemente social.

Fernanda Marinela (2012), por conseguinte, defende que as empresas públicas e sociedade de economia mista, excluindo aquelas que exploram atividade econômica, respondem através da teoria objetiva quando praticantes de condutas

ilícitas, pois neste caso estariam sujeitas ao regime jurídico de direito público.

A Constituição Federal consagrou a teoria do risco administrativo, uma vez que os atos praticados por seus agentes, por serem de natureza objetiva, dispensa a comprovação de culpa quando da ocorrência de algum evento ilícito, bastando apenas a configuração do dano juntamente com a demonstração do nexo causal.

Frise-se que sobre a teoria do risco administrativo, Silvio de Salvo Venosa (2008) pondera que, apesar da teoria dispensar a análise da existência de culpa, a responsabilidade do Estado poderá ser afastada no caso de exclusão do nexo causal, conforme se viu no tópico anterior.

Helly Lopes Meirelles (2001) ao tratar sobre a Teoria do Risco administrativo pondera que para que exista a obrigação de indenizar do Estado não é necessário que haja falta do serviço público, nem culpa de seus agentes, bastando, somente, que exista a lesão a um bem sem o concurso do lesado. O que se exige na teoria do risco administrativo é o fato do serviço.

Aduz, ainda, que o risco e a solidariedade social são os alicerces dessa teoria, pois quando a Administração, no desenvolvimento de suas atividades, gerar um dano a um membro da coletividade, o meio de compensar essa desigualdade individual seria a reparação do dano através do erário, onde toda a sociedade concorreria com a partilha dos encargos.

Pode-se, assim, concluir que de acordo com o nosso ordenamento jurídico a responsabilidade do Estado encontra-se entre os casos de responsabilidade objetiva. Desta forma, feitas as ponderações sobre as responsabilidades objetiva e subjetiva, tendo sido pontuados os aspectos inerentes a Administração Pública, a seguir passa-se a tratar sobre o segundo elemento caracterizador da responsabilidade civil apontado pela doutrina.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.

Atualmente, no Direito brasileiro vigora a teoria do órgão público a qual traz a ideia de que os atos praticados pelos agentes públicos, no exercício de suas atribuições, devem ser imputados ao Estado. Ademais, a responsabilidade da administração pública é distinta da contratual e da legal.

Entretantes, a responsabilidade estatal existirá quando cidadãos sofrerem danos ou prejuízos, em virtude de ação omissiva ou comissiva dos agentes públicos, no exercício da função administrativa. Vale ressaltar, que de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, existem casos que excluem a obrigação de indenizar até mesmo do Estado, quando houver o rompimento do nexa causal, a exemplo do caso fortuito ou força maior.

Entretanto, para que a responsabilidade estatal chegasse a seu estado atual houve uma lenta e longa evolução, influenciada *“pelo Direito Francês, através da construção pretoriana do Conselho de Estado”* (VENOSA, 2008, p. 239).

Assim, as etapas pelas quais passou a construção doutrinária e jurisprudencial sobre a responsabilidade do Estado serão a seguir correlacionadas.

3.1.2 Teoria da irresponsabilidade do estado.

Esta foi uma teoria preponderante na metade do século XIX, e própria dos regimes absolutistas. O seu foco era a impossibilidade de o Estado, personificado na figura do Rei, lesar os seus subordinados, uma vez que o Rei não cometia erros, bem descrita nas universais expressões *“the king can do not wrong”* (o rei não erra) e *“L’État c’est moi”* (o Estado sou eu).

Entretanto, a tese da irresponsabilidade estatal não poderia ser vista como absoluta, posto que uma vez que havia previsão legal específica de responsabilidade civil, a exemplo dos danos oriundos de obras públicas conforme preconizava o direito francês; ou na hipótese de danos oriundos da gestão do domínio privado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais. (MELO, 2011)

No caso de algum dano sofrido pelo administrado, estes “*tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema.*”. (VENOSA, 2008, p. 239)

Ademais, em caso de inadimplemento do agente público, a ação de indenização sempre restaria frustrada, uma vez que o Estado não poderia ser acionado, pois eram considerados sujeitos diferentes.

A teoria da irresponsabilidade do Estado por danos causados aos particulares logo começou a ser rebatida, face a sua evidente injustiça, posto que o Estado que possui o dever de tutelar o direito devem ser responsabilizado por sua ação ou omissão quando esta resultar em danos a terceiros.

3.1.3 Teoria subjetivista

A teoria subjetivista ensina que o agente somente será responsabilizado civilmente nos casos em que o dano causado for resultado de uma conduta dotada de culpa em sentido amplo.

O Direito Francês foi pioneiro na elaboração de teorias acerca da responsabilidade do Estado nos moldes atuais, através do famoso caso Blanco, explicado a seguir por Di Pietro (2008, p. 609),

[...] ocorrido em 1873: a menina Agnés 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. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo. Porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público.

Por conseguinte, o fato acima narrado foi fundamental para a transição da teoria da irresponsabilidade do Estado para uma concepção civilista, baseada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fatos de terceiro.

A teoria do órgão serviu de escora para a responsabilidade subjetiva do ente de direito público e afirma que o Estado não é representado por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam. Desta maneira, pelo fato do Estado não ser dotado de “individualidade fisiopsíquica”, a sua vontade e a sua ação

são exteriorizadas por seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade e atuem em seus órgãos. (CAVALIERI, 2010).

Sobre a teoria do órgão o doutrinador Yussef Said Cahali (1996, p.336) afirma que a “*atividade do funcionário configura-se como atividade da própria pessoa jurídica, e, por conseguinte, devem ser atribuídas a esta todas as consequências danosas ou não desta atividade*”.

Pelos motivos acima explicitados houve a evolução da culpa individual para a culpa anônima ou impessoal, baseada na culpa do serviço ou falta do serviço (não atribuída diretamente ao funcionário do Estado), havendo a imputação da responsabilidade civil ao poder público, quando o serviço ao qual estava obrigado a prestar não funciona, funciona mal ou funciona atrasado.

Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 241) aduz,

Noutras palavras, o dever de indenizar o Estado decorre da **falta do serviço**, não já da **falta do servidor**. Bastará a falha ou o mau funcionamento do serviço público para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados.

De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à ideia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que os funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condição do serviço, à qual o dano possa ser imputado. (grifo do autor)

Com efeito, a responsabilidade civil subjetiva, tendo por base a ausência do serviço, teve como objetivo maior a proteção da vítima, pois para que houvesse a responsabilização do Estado bastaria demonstrar que o serviço foi prestado de forma ineficiente, o que se denomina falta do serviço. (MARINELA, 2012)

A outro giro, o ilustre autor Celso Antônio Bandeira de Melo (2011, p. 1020-1) entende que a responsabilidade por “falta de serviço” ou culpa do serviço deve ser caracterizada como subjetiva, ou seja, necessita da apuração de eventual culpa em sentido amplo, a saber,

É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em francês é o de culpa.

[...] Outro fator que há de ter concorrido para robustecer este engano é a circunstancia de que em inúmeros casos de responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida uma “presunção de culpa”, pena de inoperância desta modalidade de responsabilidade, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imprudência e imperícia, vale dizer, culposamente.

Em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade. (grifo do autor)

Aduz, por fim, que a objetividade tem que ser dada a conduta do agente ao qual se atribui o dano, uma vez que o Direito só se ocupa de situações tomadas em sua objetividade, podendo a responsabilidade ser objetiva ou não.

Vale destacar que Helly Lopes Meirelles (2008) e Maria Sylvia Zanella di Pietro (2008) estão entre os doutrinadores que entendem que a falta do serviço é um corolário inerente à responsabilidade objetiva, conforme se demonstrará no tópico que segue. Desta forma, a responsabilidade do Estado evoluiu de uma responsabilidade subjetiva – baseada na culpa – para uma responsabilidade objetiva, a qual tem por base a simples relação de causa e efeito entre o comportamento do ente público e o evento danoso.

3.1.4 Teoria Objetivista

O fundamento da obrigação de reparar o dano aqui não está mais baseado na culpa, mas também no risco da atividade exercida, com a existência de danos sem a aferição da presença de culpa.

Oportunas as palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz (2013, p. 28) sobre o contexto histórico que provocou a evolução da responsabilidade estatal de subjetiva para objetiva, a saber,

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à

vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização.

Ainda sobre as circunstâncias da adoção da responsabilidade objetiva da administração pública, Carvalho Filho (2012, p. 546), leciona que

Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso, o indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito a reparação de danos.

Nessa fase em estudo, descarta-se qualquer análise de culpa em torno do agente público causador do dano, devendo o Estado ser responsabilizado porque causou um prejuízo ao seu administrado, pela simples relação de causa entre a atividade desenvolvida pela Administração e o dano sofrido pelo indivíduo.

Apesar da existência de entendimento doutrinário contrário quanto a classificação da primeira teoria a seguir relacionada, Helly Lopes Meirelles (2008) entende que as teorias da culpa administrativa ou pelo fato do serviço, do risco administrativo e do risco integral são comuns e explicam a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, com variantes em seu fundamento e explicação.

De acordo com Helly Lopes Meirelles (2008), a Teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio de transição da responsabilidade subjetiva para objetiva na culpa civil. Segundo esta teoria, a responsabilidade do Estado existiria, uma vez estando presentes o binômio falta do serviço e culpa da Administração. O que se perquire é a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar em virtude do prejuízo causado a vítima. Desta maneira, a culpa analisada não será a subjetiva do agente administrativo e sim a culpa especial da Administração, chamada de *culpa administrativa*.

Acerca do tema, a teoria do risco administrativo prevê a obrigação de indenizar o dano proveniente de ato lesivo e injusto causado ao particular pelo

Estado, não havendo nenhuma análise da falta do serviço, bem como da culpa dos seus agentes. Aqui, o que se exige apenas é o fato do serviço (deficiência, inexistência ou atraso na prestação do serviço), sendo a culpa presumida inferida no fato lesivo da Administração.

Ainda sobre o assunto, o autor Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 243) ensina:

[...] a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir o ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e do dano sofrido pelo administrado.

Insta ressaltar que, apesar de a teoria do risco administrativo dispensar a prova da culpa da Administração quando do desenvolvimento de suas atividades; a responsabilidade estatal pode ser afastada quando presente uma excludente do nexos causal (caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro), pois se o Estado não foi o responsável pelo dano “*inexiste relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não será responsabilizado.*” (CAVALIERI, 2010, p. 243)

Ainda dentro a teoria objetivista, existe a vertente denominada Teoria do Risco Integral, cujo doutrinador Helly Lopes Meirelles (2008, p. 659) assim conceitua:

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e a iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de “brutal”, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza. (grifo do autor)

Ao tratar sobre a teoria do risco integral, Maria Sylvia Zanella de Pietro (2008) aponta que o nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e prejuízo sofrido pelo administrado substitui a ideia de culpa, uma vez que não

importa se o serviço público foi prestado de forma regular ou não. Aponta, por fim, que o Estado responderia como uma empresa de seguros na ocorrência de um dano.

O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, dispõe no parágrafo único do art. 927 do Código Civil: “*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, riscos para os direitos de outrem*”, podendo-se concluir que o acolheu-se a teoria da responsabilidade ligada ao risco administrativo e não a teoria do risco integral.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO DOS SEUS AGENTES

Caso ocorra a prática de uma conduta omissiva pelos agentes públicos, não há na Constituição Federal de 1998 nenhuma disposição expressa que regule a responsabilidade civil do Estado nesses casos. Vale ressaltar que, no tocante a adoção da responsabilidade objetiva, prevista § 6º, do art. 37 da CF, na hipótese em comento, existem controvérsias na doutrina e jurisprudência quanto a sua aplicabilidade, uma vez aferida a conduta omissiva do ente público.

De acordo com alguns doutrinadores, o artigo constitucional deve ser utilizado para responsabilizar o Estado nos seus atos omissivos e comissivos. Já outra vertente majoritária, bem como a atual jurisprudência, defendem a ideia de que no caso da conduta omissiva, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva na modalidade da teoria da culpa do serviço público, ressalvadas as hipóteses em que o Estado tem obrigação específica de agir, conforme será explanado adiante.

Defendendo o posicionamento de utilização da responsabilidade subjetiva em caso de omissão estatal, o autor Rui Stoco leciona (2007, p. 997),

Na responsabilidade estatal por omissão, a referência é sempre sobre o elemento subjetivo, dolo ou culpa, visto que só a inação ilícita rende ensejo a indenização. Se o estado não tem o dever de agir, sua inação é inteiramente inócua para efeito de responsabilidade. Em verdade, cumpre reiterar, a responsabilidade por falta do serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo).

Da análise do texto, infere-se que a omissão estatal somente ensejará a responsabilidade civil se, necessariamente possuía o dever de agir naquela ocasião.

Rui Stoco (2007) assevera por fim que o comportamento omissivo do Estado não se enquadra no dispositivo constitucional, bem como no art. 43 do Código Civil, uma vez que a responsabilidade nesses casos seria subjetiva.

Sendo assim, colaciona-se o art. 43 do Código Civil:

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

Da leitura do artigo acima transcrito, o referido autor conclui que a responsabilização da pessoa jurídica de direito interno será objetiva somente quando se tratar de conduta comissiva, posto que através da expressão “*por atos de seus agentes*” depreende-se que se exige aqui uma ação e não uma omissão estatal.

A autora administrativista Fernanda Marinela (2012, p. 973) defende o posicionamento de que 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 nexos 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 às 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 omissor, a ilicitude só estará presente se existir o **descumprimento de um dever legal**. (grifo da autora)

Ademais, no momento em que a doutrinadora trata das “dificuldades orçamentárias” do Estado como um fator determinante na prática de um ato omissivo da Administração Pública, aduz que a execução dos serviços públicos deve estar inserida no padrão normal, esperado e possível. (MARINELA, 2012, p. 974)

Ainda sobre o tema, pontua a doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009, p.661) que *“na omissão do Poder Público, os danos não são causados pelos agentes, mas por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo dever de agir, se omitiu.”*

Entrementes, incumbiria ao particular comprovar que a atuação prévia e normal da Administração impediria o resultado danoso.

Na hipótese de danos gerados em virtude de fenômenos da natureza, a exemplo de chuvas torrenciais que causam buracos em vias públicas e provocam acidentes veiculares, mais uma vez caberá ao particular lesado comprovar que o prejuízo somente ocorreu por falha do serviço ou da prestação do serviço de manutenção.

Atinente aos atos de terceiros, também será imperiosa a demonstração de que a atuação estatal seria capaz de impedir o fato danoso. Pode servir como exemplo, o cidadão que é assaltado em uma via pública, onde há ausência de policiais. Na situação em comento, não se mostraria razoável a exigência de uma responsabilização do Estado, posto que este não poderia ser considerado um garantidor universal.

Assim, restando comprovado o nexo causal da culpa do ente público por abstenção do seu dever de agir e do resultado danoso, a responsabilidade civil subjetiva existirá, respondendo o Estado, de forma subjetiva, e como base na teoria da culpa administrativa. (ALEXANDRINO E PAULO, 2010)

Conforme já explicitado anteriormente, grande é a controvérsia entre os operadores do direito quanto à aplicação da subjetividade ou objetividade na responsabilização do ente público quando configurada a sua omissão. Feitas as ponderações sobre a responsabilidade subjetiva, a seguir será feita uma análise daqueles que defendem a adoção da responsabilidade objetiva estatal.

Assim, referente a responsabilidade objetiva do Estado frente a sua conduta omissiva o autor Yussef Said Cahali (1996) defende o ponto de que em virtude do princípio da isonomia, a natureza da responsabilização estatal deve ser objetiva, sob o argumento de que como a atividade do Estado, está eivada de uma maior força impositiva, para que se garanta a igualdade, deve o ente público também se responsabilizar, fundado no risco administrativo, pelos danos provenientes de suas condutas omissivas.

Corroborando de tal posicionamento, Helly Lopes Meirelles (2003, p. 628) aduz,

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

Sobre a aplicação da teoria objetiva nas omissões administrativas geradoras de danos ao administrado, o autor José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 562) leciona,

[...] o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente *responsabilidade objetiva*; daí não se nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva é um plus em relação a responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata de responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa.

Na realidade, o administrativista entende que, pelo fato de os pressupostos da responsabilidade subjetiva englobarem a responsabilidade objetiva, mesmo que apure a existência da culpa para a responsabilização do Estado em caso de condutas omissivas, a responsabilidade civil objetiva sempre existirá.

Do exposto, uma vez comprovado o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do agente público e o prejuízo sofrido pela vítima, o Estado será responsabilizado civilmente, independente da comprovação da existência de dolo, culpa ou ilicitude em sua conduta, de acordo com essa vertente. Resta contundente, por fim, afirmar que, de acordo com esse posicionamento, caracterizado que a teoria do risco administrativo se aplica as condutas estatais.

Objetiva-se, dessa maneira, resguardar os direitos daquele que sofreu o dano em face da multiplicidade e amplitude de atividades e prerrogativas de poder da Administração as quais ensejam um maior risco de danos a terceiros.

O parágrafo 6º, do art. 37 da Constituição Federal de 1988 assim preceitua:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos de seus agentes que nessa qualidade causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa.

Contraopondo àqueles que defendem que o artigo acima citado trata somente da responsabilidade subjetiva do Estado (conforme anteriormente analisado), os doutrinadores que advogam a favor da tese da responsabilidade objetiva estatal afirmam que pela dicção do art. 37, o verbo “causarem” não traduz necessariamente somente a ideia de ação, mas pressupõe uma ideia de conduta, o que inclui a omissão.

Aduzem ainda, que interpretar de modo restritivo as garantias constitucionais, de forma a incluir no texto constitucional, ressalva que este não dispõe, fazendo distinção onde a lei não diferencia, resultaria em um mau uso das regras da hermenêutica jurídica.

Corroborando com este entendimento, referencia-se as palavras de Augusto Vinicius Fonseca e Silva (2004, p. 456),

Além do mais, se é inserido o elemento culpa como necessário à caracterização dos elementos de responsabilidade estatal por omissão, faz-se distinção onde a Carta Magna não faz, o que é fortemente inadmitido. Tal conclusão é decorrência direta do brocardo *doubi Lex non distinguitt, necinterpres distinguere debet*, assim explicado pela doutrina sempre técnica de Carlos Maximiliano: *Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do interprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar distinções novas, nem dispensar nenhuma das expressas.*

O aludido autor afirma, ainda, que aplicar a responsabilidade subjetiva ao Estado em caso de omissão se mostraria um grande retrocesso, uma vez que a consagração da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública frente a

vulnerabilidade da parte mais fraca é reconhecimento da cidadania e concretizante do princípio da igualdade material.

Ao adotar a responsabilidade da Administração Pública por omissão dos seus agentes como objetiva, não há aqui a defesa da responsabilização por um não ato, mas por um comportamento que é contrário ao direito, por ferir o Princípio da Legalidade. (VENDRAMEL, apud TAVARES, 2003)

Ademais, na moderna sistemática da responsabilidade civil, da leitura do art. 186 do CC, depreende-se que para que esta exista não mais se faz necessário que o elemento culpa esteja presente, uma vez que existente a mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma nasce a responsabilidade objetiva, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico.

Neste sentido, o Estado será autor de ato ilícito quando por comissão faz o que não deveria fazer e por omissão quando deixa de fazer o que a obrigação de fazer.

Concernente ao tema, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 252) pontua,

[...] a questão nodal é distinguir omissão genérica do Estado e omissão específica. Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, “não ser correto dizer sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há o dever individualizado de agir” (A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Perfilhando mesmo entendimento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 417) afirmam que,

É oportuno, inclusive, espancar o eventual receio de alguns juristas de que a responsabilização objetiva do Estado por condutas omissivas pudesse gerar uma imputação geral de responsabilidade ao Poder Público. É preciso perceber, a partir de simples análise da teoria da responsabilidade civil, que, além da conduta omissiva estatal, devem estar presentes os demais pressupostos do dever de indenizar, quais sejam, *dano* e *nexo de causalidade*, exigindo-se que o prejuízo sofrido pela vítima (patrimonial ou moral) seja decorrente de *conduta omissiva direta e imediata* do Poder Público, como se depreende da simples leitura do art. 403 do Código Civil.

Desta forma, para esses autores, na imputação da responsabilidade objetiva do Estado por um dano decorrente de uma conduta omissiva, prescinde que essa omissão seja específica, em outras palavras, não se faz necessário que o Estado tenha o dever específico de agir ou de evitar o resultado.

Exemplifica o que foi dito anteriormente o assalto ocorrido em uma via pública. Se, no local em que ocorreu o fato não tinha policiamento apesar da alta incidência de crime naquele ponto ou, se o policial que se encontrava no local nada fez, haverá responsabilidade do Poder Público independente de culpa, por omissão administrativa. (CHAVES e ROSENVALD, 2011)

Consequentemente, na hipótese de dano sofrido por pessoas ou coisas que legalmente se encontrem sob custódia do Estado, este será responsabilizado objetivamente e com base na teoria do risco administrativo, pois nas situações em que o Estado assume a posição de garante, assume também a obrigação legal de assegurar a integridade das pessoas ou coisas que estão sob a sua proteção.

Na situação em comento, há uma presunção da omissão culposa do Estado, dispensando ao particular a comprovação da culpa administrativa.

No que tange à resolução do impasse, vale ressaltar que os Tribunais têm reconhecido a omissão específica do Estado, quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento. Assim, no caso de morte de detento em penitenciárias, tem-se aplicado a responsabilidade objetiva por omissão específica do Estado. (CAVALIERI, 2010)

A administrativista Fernanda Marinela (2012, p. 975) utilizando o exemplo da morte de um presidiário pontua que não cabe responsabilização estatal quando o serviço é organizado e eficiente, mas que se mostra impossível o impedimento do evento danoso por força alheia a vontade do ente público e assim, exemplifica:

[...] convém imaginar a situação em que um preso decide praticar o suicídio dentro do presídio, restando a dúvida se há ou não responsabilidade para o Estado. [...]

Por exemplo, o preso que pratica o suicídio batendo a cabeça nas grades, ele iria fazê-lo de qualquer forma e o Estado não tinha como evitar, salvo se o ente público fosse “anjo da guarda”, o que não é o caso. Outro contexto ocorre quando o ato suicídio é praticado por uma arma que entrou com uma visita; nesse caso há omissão do Estado na fiscalização. [...].

Outrossim, reforça-se que o caso fortuito e força maior, quando devidamente comprovados, excluem o nexo de causalidade e conseqüentemente a imputação da responsabilidade civil por eventual omissão culposa, a teor do que asseveram Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 737):

Nessas situações, ou seja, nas hipóteses de responsabilidade subjetiva (anônima) por omissão da administração pública caracterizadora da falta do serviço público (inexistência, deficiência ou atraso na prestação) a força maior ou o caso fortuito (não distinguimos um do outro, vale repetir) serão igualmente excludentes da obrigação de indenizar, desde que o dano decorra exclusivamente desses eventos, isto é, desde que a administração pública não tenha concorrido culposamente – por omissão, na modalidade “culpa administrativa” – para o surgimento do dano.

Mais a frente, com o intuito de demonstrar o posicionamento dos Tribunais acerca da responsabilidade civil por omissão de seus agentes, serão elencadas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

3.3 AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O AGENTE CAUSADOR DO DANO

O art. 43 do Código Civil assim dispõe a respeito da responsabilidade dos agentes:

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.

Neste toar, em decorrência da ação indenizatória proposta pela vítima em que a pessoa jurídica de direito público é responsabilizada civilmente de forma

objetiva, sem que haja a discussão da culpa, a ela é reconhecido o exercício do direito de regresso em relação ao agente público causador do evento lesivo.

Ademais, convém ressaltar que ante o direito do exercício da ação de regresso do Poder Público, a responsabilidade civil do agente é subjetiva devendo o Estado comprovar a culpa do seu servidor para que possa ser reembolsado da quantia paga.

O §2º do art. 122 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União – Lei 8.112/1990 - traz que na hipótese de danos causados a terceiros, o servidor responde perante a Fazenda Pública em ação regressiva.

Nesta senda, quando o particular lesado for ingressar com a ação indenizatória, deverá ajuizar contra a Administração Pública e não contra a pessoa do servidor público, uma vez que a Lei 8.112/1990 vinculou a sua responsabilidade à ação regressiva. (MAZZA, 2011.)

Seguindo a mesma esteira de raciocínio o Supremo Tribunal Federal pontuou:

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. (STF, Ac. 1ª Turma, RE 327. 904/SP. Relator Ministro Carlos Ayres Brito, julgado em 15.8.09)

No que se refere ao Princípio da dupla garantia, citado no acórdão acima transcrito, Cristiano Chaves *et al* (2013) explica que este é definido através da regra constitucional que garante em favor do particular lesado a possibilidade de ingressar com a ação indenizatória perante a pessoa jurídica, o que lhe assegura uma maior possibilidade ressarcitória. A outra garantia seria a do agente público

estatal, que somente responderá a ação de regresso se existente uma condenação estatal, ou seja, este somente será responsabilizado em eventual ação regressiva caso estejam presentes o dolo ou culpa e a condenação imposta ao Estado.

No tocante ao prazo prescricional para a ação de regresso, há o entendimento majoritário na doutrina de que, de acordo com o que dispõe o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, este seria imprescritível. (MAZZA, 2011.)

Oportunos os apontamentos de Fernanda Marinela sobre o tema:

Primeiramente, a imprescritibilidade abrange apenas a ação que vise ao ressarcimento de prejuízos causados por ato de agentes do Poder Público, ou seja, daqueles que, mediante título jurídico formal conferido pelo Estado, sendo servidores ou não, estejam no exercício de função pública. Destarte, se o causador do dano é terceiro, sem vínculo com o Estado, não se aplica o art. 37, §5º, da CF. Incide, pois, na hipótese a regra geral para a prescrição da pretensão de reparação civil, contemplada no art. 206, §3º, V, do Código Civil, que fixa o prazo de três anos. Nesse caso, observar-se-á o postulado normal da prescritibilidade das pretensões, com escora no princípio da segurança jurídica. (MARINELA, 2012, 0581)

Já no tocante à ação reparatória, existe enorme divergência entre os julgados, principalmente os do STJ acerca de o prazo a se aplicar. O art. 1º do Decreto nº 20.910/32, trouxe o prazo de cinco anos para a prescrição das pretensões reparatórias contra a Fazenda Pública. O Código Civil de 2002 tratou a matéria de forma distinta em seu art. 206, §3º, V, assinalando o prazo de três anos para as pretensões indenizatórias.

Desta maneira, tem-se o entendimento pacífico na doutrina de que houve a diminuição e adoção do prazo prescricional genérico de três anos, contados do surgimento da pretensão.

Acerca do tema, esclarecedoras são as palavras de Cristiano Chaves e Nelsson Rosenvald (2011, p. 425 -6):

Diante dos fatos concatenados conclui-se que, com o advento do Código Civil de 2002, o prazo prescricional da pretensão reparatória contra o Estado é de três anos, seguindo as regras das ações comuns. De qualquer modo, apesar da clareza meridiana da regra codificada, é necessário o registro de que a maioria dos administrativistas vem se posicionando pela manutenção do prazo quinquenal para a prescrição da pretensão reparatória contra o Estado.

Não se olvide, por outro turno, que, de conformidade com o próprio Texto Constitucional (art. 37, §5º), o direito de regresso do Poder Público contra o seu servidor é imprescritível, não se submetendo a qualquer prazo extintivo. Registre-se, de qualquer maneira, que a imprescritibilidade diz respeito, apenas, às pretensões decorrentes de condutas ilícitas.

Ademais, conforme explicado anteriormente o Estado responde sozinho a ação indenizatória e, se responsabilizado civilmente, por conseguinte, poderia ingressar com a ação de regresso em desfavor do agente público causador do dano.

Neste toar, vale ressaltar que a jurisprudência e doutrina dominante entendem ser incabível a aplicação, nos termos dos arts. 125 e seguintes do Novo Código de Processo Civil de 2015 (correspondente aos arts. 70 e seguintes do Código de 1973), da Denúncia da lide pela administração dos seus agentes públicos.

A crítica existente aponta que a denúncia da lide prejudicaria o autor da ação, posto que haveria na demanda a inserção do elemento subjetivo, ao ser discutida a culpa da agente.

Outrossim, o direito previsto na Constituição Federal de dispensa de prova da culpa quando da responsabilização estatal não estaria resguardado e implicaria em “mesclar a responsabilidade objetiva do Poder Público (fundada no risco da atividade administrativa) com a responsabilidade subjetiva do agente, acrescentando um elemento estranho ao processo reparatório”. (CHAVES e ROSENVALD, 2011).

Por outro turno, na maioria das vezes, o demandante da ação indenizatória fundamenta o seu pedido na responsabilidade civil objetiva do Estado. Entrementes, nesses casos por não haver nenhuma vedação no regramento jurídico, o Estado facultativamente, pode se valer da Denúncia da Lide para garantir o seu direito de regresso, posto que não haverá inovação no objeto cognitivo do processo em curso.

Neste mesmo sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. NÃO OBRIGATORIEDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (CF/88, art. 37, § 6º), não é obrigatória a denúncia à lide do agente supostamente responsável pelo ato lesivo (CPC, art. 70, III).
2. A denúncia à lide do servidor público nos casos de indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado **não deve ser considerada como obrigatória, pois impõe ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional**. Haveria em um mesmo processo, além da discussão sobre a responsabilidade objetiva referente à lide originária, a necessidade da verificação da responsabilidade subjetiva entre o ente público e o agente causador do dano, a qual é desnecessária e irrelevante para o eventual ressarcimento do particular. Ademais, o direito de regresso do ente público em relação ao servidor, nos casos de dolo ou culpa, é assegurado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual permanece inalterado ainda que inadmitida a denúncia da lide.
3. Recurso especial desprovido. (Processo: REsp 1089955 RJ 2008/0205464-4. Relatora: Ministra DENISE ARRUDA. Julgamento: 03/11/2009. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJe 24/11/2009) (grifou-se)

Seguindo mesma linha de raciocínio, Dirley da Cunha Junior (2006, p. 306) assevera:

A solução ideal para o problema de litisdenúnciação pelo Estado do seu agente dependerá da existência ou não de fundamento novo com a denúncia. Assim, se o autor propõe a ação de reparação de danos invocando, exclusivamente ou não, fundamento relacionado à culpa ou dolo do agente público, é possível a denúncia da lide pelo Estado ao seu agente, pois nessa hipótese a denúncia não propiciará fundamento novo. Caso contrário, não é admissível a denúncia

Por fim, pode se concluir que apesar da possibilidade de denúncia da lide ser rechaçada por toda a doutrina, a jurisprudência tem admitido quando o agente fundamenta o seu pedido na conduta culposa do agente, o que evitaria a proposição de uma ação regressiva, consagrando a economia processual, eficiência administrativa e maior celeridade no ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.

4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Nas hipóteses de danos ocasionados aos particulares em virtude conduta omissiva ou comissiva do Estado, de acordo com o entendimento dos Tribunais pátrios a responsabilização estatal poderá ser objetiva ou subjetiva, utilizando, para fundamento as teorias existentes sobre o tema, e exemplo da Teoria do Risco Administrativo. E, nesse sentido que passaremos a análise.

Colaciona-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. SUBJETIVA.** NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos.

3. Hipótese em que, conforme se extrai do acórdão recorrido, ficou demonstrado a existência de nexo causal entre a conduta do Estado e o dano, o que caracteriza o ato ilícito, devendo o autor ser indenizado pelos danos suportados. Rever tal posicionamento requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 302.747/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 25/04/2013)

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT em face de decisão monocrática do próprio Tribunal que negou seguimento do Recurso Especial.

A ação de origem postulava a responsabilização do Estado por danos morais e materiais. Os autores alegaram que devido à existência de buracos na pista, houve um acidente de carro que resultou na morte do filho dos autores.

O Tribunal Regional Federal ao analisar a matéria entendeu existente a Responsabilidade Civil objetiva do Estado, aduzindo estar configurada a existência do dano, da ação e do nexo de causalidade entre ambos, a teor do que preconiza a norma constitucional. Por conseguinte, afirmou que a omissão do Estado se deu na

falta de manutenção do trecho da rodovia, fato este determinante para a ocorrência do sinistro, que resultou no falecimento do filho dos autores.

Assim, inexistentes as causas de excludente denexo causal, condenou o Requerido ao pagamento de danos morais e materiais, no importe de R\$10.000,00 (dez mil reais) e R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) respectivamente.

Em sede de recurso, o órgão estatal postulou a reforma da decisão do TRF5 afirmando que o acidente ocorreu não somente devido a ocorrência de buracos na pista, mas pelo fato do condutor do veículo conduzir o veículo em alta velocidade.

Ao julgar o caso, o relator Ministro Humberto Martins negou provimento ao Agravo Regimental e assim fundamentou sua decisão:

Por fim, apenas para esclarecimentos, reafirmo o entendimento do STJ **segundo o qual a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal**, o dano e o nexocausal entre ambos.

No caso dos autos, conforme se extrai do acórdão recorrido, ficou demonstrado a existência de nexocausal entre a conduta do Estado e o dano, o que caracteriza o ato ilícito, devendo o autor ser indenizado pelos danos suportados.

Ademais, trazem-se os fundamentos do acórdão recorrido e presentes no voto do Relator, que serviram de embasamento para a decisão do Ministro do STJ, a saber,

Foi considerado o Boletim de Ocorrência confeccionado pela Polícia Rodoviária Federal, assim como o fato de que o DNIT não comprovou que a vítima desenvolvia velocidade superior a permitida, afastando de tal sorte, eventual negligencia ou imprudência do condutor do veículo.

[...]

Aqui, para que não se alegue posterior falta de análise dos argumentos da defesa, cumpre, salientar que boas condições climáticas, período diurno, boa visibilidade, presença de sinalização vertical e horizontal não elidem a responsabilidade estatal pela conservação das rodovias. Não é dado ao Estado argumentar que o de cujus poderia desviar dos buracos, quando, na realidade tais buracos sequer deveriam existir. Infere-se, do boletim da Polícia rodoviária Federal (fls.23-25), que conforme o levantamento feito no local, V1 trafegava reto à frente, quando ao passar no buraco sobre a pista, estourou 03 pneus, vindo a sair da pista e chocar-se com a árvore.

Da análise do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, infere-se que presente uma omissão específica do Estado, qual seja, manter suas pistas em perfeitas condições de tráfego nasce a obrigação de reparar o dano, uma vez comprovado o nexo de causalidade e a culpa da Administração mediante a referida omissão, o que demonstra que o Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria subjetiva.

Desta maneira, o STJ adotou a Teoria da culpa administrativa, de modo que, segundo Harada (2000, p. 129)

Não se trata de culpa do agente público, mas de culpa especial do Poder Público, caracterizada pela falta de serviço público. Cabe à vítima comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento. Representa o estágio de transição entre a doutrina da responsabilidade civilística e a tese objetiva do risco administrativo.

Pode se concluir que a obrigação do Estado de indenizar decorreu da ausência objetiva do serviço público em si, pois através desta conduta de falta do serviço foi criada uma situação propícia para a ocorrência do evento, o qual tinha o dever de agir para impedir.

Seguindo o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe assim se posicionou,

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE DETENTO EM PRESÍDIO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. CONDUTA OMISSIVA DA ADMINISTRAÇÃO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA ESTATAL, PORÉM, NÃO NO SENTIDO DE QUE TRATA O CÓDIGO CIVIL, MAS NO EXAME DA EXIGIBILIDADE DA CONDUTA DO ESTADO. SERVIÇO QUE NÃO FUNCIONOU, FUNCIONOU TARDIA OU INEFICIENTEMENTE. DETENTO QUE FOI MORTO ENQUANTO DORMIA, POR OUTRO PRESO, O QUAL UTILIZOU DE RESTOS DE CONSTRUÇÃO QUE FORAM DEIXADOS PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO DA CASA DE DETENÇÃO AO ALCANCE DA COMUNIDADE CARCERÁRIA. CULPA DEMONSTRADA. FALHA NO DEVER DE ZELO DOS AGENTES PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE PELA CUSTÓDIA DO SEGREGADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPORTÂNCIA DO "INTERESSE JURÍDICO LESADO" E DA "VALORIZAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO EVENTO DANOSO". RECENTE DECISÃO DO STJ. NO CASO EM QUESTÃO, AS CIRCUNSTÂNCIAS PARTICULARES AGRAVARAM A SITUAÇÃO, PRINCIPALMENTE O FATO DE O ESTADO HAVER CONTRIBUÍDO DIRETAMENTE

PARA A MORTE DO DETENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EM RELAÇÃO AO VALOR INDENIZATÓRIO. DANO MATERIAL DEVIDO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. ADEMAIS, TAL DEPENDÊNCIA ESTÁ COMPROVADA NOS AUTOS PELOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS REDUZIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. VOTAÇÃO UNÂNIME. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 4430/2011, PEDRINHAS, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA , RELATOR, Julgado em 09/07/2012) (grifou-se)

A outro giro, o mesmo Tribunal também adota a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, reconhecendo a existência da omissão específica, quando a inércia administrativa é **causa direta e imediata do não impedimento do evento**, a saber:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MORTE DE DETENTO -**RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO** -PRECEDENTES DO STF - DEVER DE GUARDA PREVISTO CONSTITUCIONALMENTE - QUANTUM FIXADO DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECONHECIMENTO DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA PELA NOVA REDAÇÃO DADA AO ART.1-F DA LEI Nº9.494/97, COM AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.960/2009, POR TRATAR-SE DE NORMA PROCESSUAL DE EFICÁCIA IMEDIATA AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 8648/2012, NEÓPOLIS, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. JOSÉ DOS ANJOS , RELATOR, Julgado em 17/12/2012)

Da leitura da ementa acima colacionada, infere-se que o Estado responde objetivamente em face de sua conduta omissiva, quando não cumprido o seu dever de zelar pela integridade física dos que se encontram sob sua custódia.

Acosta-se oportunamente acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre a Responsabilidade civil do Estado por omissão, *in verbis*:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Barragem de Camará. Rompimento. Omissão do Poder Público. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do agravante. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de

fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido. (RE 721996 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 15-02-2013 PUBLIC 18-02-2013)

Trata-se de um recurso de agravo regimental interposto pelo Estado da Paraíba que negou seguimento a recurso extraordinário.

O recurso extraordinário buscava reformar decisão *a quo* que condenou o Estado indenizar as vítimas de evento danoso (rompimento de barragem) provocado por ato omissivo da administração, cujas consequências atingiram a esfera material e moral dos prejudicados.

O recorrente alega que houve violação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, uma vez que, ao contrário do que restou configurado, “as falhas que levaram à ocorrência do rompimento da barragem foram decorrentes da própria execução da obra, a qual ficara a cargo das construtoras contratadas pela Administração anterior”. Aduz, por fim, que não houve falha no serviço da administração a ensejar responsabilização civil.

Em seu voto, o Ministro Dias Tófoli assina que o evento lesivo é fruto da falta da necessária fiscalização por parte do Estado sobre as obras de barragem. Assevera, por fim, que em casos de omissão do Poder Público, quando há obrigação inescusável de agir, a Administração pode ser objetivamente responsabilizada objetivamente, quando cabalmente demonstrado o nexo causal entre o prejuízo e o evento danoso.

Nesta senda, denota-se que o Supremo Tribunal Federal adotou a Teoria do risco administrativo, imputado o dever de indenizar proveniente da responsabilização civil, uma vez presente a relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se que a Responsabilidade Civil do Estado existe quando resta demonstrada uma relação de causalidade entre a atividade administrativa e um evento lesivo causado ao administrado, ou seja, quando existe o liame entre a conduta praticada pelo Poder Público e o resultado danoso proveniente desta.

Com base no que dispõe o §6º do art. 37 da Constituição Federal, na apuração pelo magistrado da responsabilidade do Ente Público, há dispensa de análise do elemento subjetivo culpa, analisando-se apenas os pressupostos objetivos da conduta, sem cognição acerca daqueles relacionados com a culpa em sentido amplo. Mostra-se oportuno ressaltar que as causas excludentes do nexo causal, como o caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima, podem ser utilizadas como excludentes de responsabilidade do Poder Público. Nestes casos, o Estado mostra-se isento de responsabilização, tendo em vista o rompimento da relação de causalidade entre a conduta estatal e o evento danoso.

É adotada, portanto, nos casos de atuação comissiva, a Teoria do Risco Administrativo, que leciona que a obrigação do Estado de reparar o dano causado ao particular existe independente de falta do serviço ou de culpa do agente público. Basta somente que a lesão seja proveniente de uma atuação (lícita ou ilícita) do agente estatal. Basta apenas três requisitos básicos para que seja atribuída a responsabilidade ao Poder Público: A conduta do Estado, o evento danoso, a relação de causalidade entre estes.

Já a responsabilidade decorrente da omissão da Administração Pública é objeto de controvérsia na doutrina. Parte dela entende que, em caso de omissão, a responsabilidade do Estado seria objetiva, conforme preceitua o art. 37, § 6º, da Constituição, respondendo o Estado, independentemente de aferição de culpa, afirmando que a norma constitucional não deve ser interpretada de forma restritiva. Essa corrente entende que não se pode interpretar a Constituição aplicando-se ressalvas onde não existe, restando assim válida a Teoria Objetiva para responsabilização do Estado também nos casos de omissão, posto que o texto constitucional não traz a referida mitigação.

Por outro lado, afirmam outros doutrinadores que no caso de omissão do

Estado, este responde subjetivamente e, com fundamento na Teoria da Culpa Administrativa, onde a pessoa que sofreu o dano, assumirá o ônus de provar que houve falta na prestação do serviço, que deveria ter sido prestado pelo Estado, provando, por fim, que uma vez ausente a omissão do ente público, o dano não aconteceria. De acordo com esse posicionamento, a vítima do dano proveniente de uma conduta do estado, deve comprovar, além dos requisitos exigidos pela Teoria do Risco Administrativo, a culpa do Poder Público, no tocante a sua obrigação na prestação de um serviço ou realização de determinada ação.

Com efeito, no decorrer da pesquisa observou-se o seguinte: de acordo com a jurisprudência pátria e a doutrina majoritária, nos casos de dano provenientes de uma conduta atribuída ao Estado, faz-se necessária a demonstração, por parte do indivíduo lesado, da culpa da Administração, além do dano e do nexo causal entre esses. Entretanto, existem casos em que se aplica a Teoria Objetiva para apuração da responsabilidade do Poder Público, quando o Estado se encontra na condição de garante, a exemplo de uma criança ao frequentar uma escola pública, mesmo diante de uma omissão administrativa quando tinha o dever específico de agir, casos onde o ordenamento jurídico brasileiro entende que o Estado responde objetivamente.

Por fim, de acordo com o que preveem as normas constitucionais é assegurado ao Poder Público o direito de ação de regresso em face do agente público causador do dano, sendo subjetiva a análise da sua responsabilidade civil. Isso significa que na ação de responsabilização, o Estado sempre seria o legitimado passivo e não o agente causador do evento. Entretanto, em caso de condenação, o Estado pode ajuizar ação regressiva contra o agente causador para ressarcimento do prejuízo sofrido, sendo sempre subjetiva a apuração da responsabilidade do seu funcionário.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. Niterói - RJ: Impetus, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. **Código de Processo Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. **Constituição Federal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. **Lei 8.112/1990**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. **Súmula 37 do STF**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 327904/SP**. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. 14 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 21 de abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 1889955/RJ**. Relatora: Ministra Denise Arruda. 03 de novembro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 21 de abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 721996 AgR**. Relator: Ministro Dias Tófoli. 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 23 de abril de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no AResp nº 302747/SE**. Relator: Ministro Humberto Martins. 16 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 05 de março de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná . **Apelação Civil nº 7677598**. Relatora: Dimas Ortêncio Melo. 07 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em 07 de abril de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul . **Embargos Infringentes nº 700535765344**. Relator Jorge Luiz Lopes do Camto. 05 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 05 de maio de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **CR nº 6816375200**. Relatora: Des. Peiretti Godoy. 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 15 de março de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Cível nº 8648/2012**.

Neópolis. Relator: Des. José dos Anjos. 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br>>. Acesso em 27 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Cível nº 4430**. Relatora: Des. Suzana Maria Carvalho Oliveira. 09 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br>>. Acesso em 27 de março de 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Revista, ampliada e atualizada até a Lei nº12.587, de 3.1.2012. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9ª ed. São Paulo: Lumen Juris. 2011.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., Salvador: Juspodivm, 2006

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 2.

_____, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Cvil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 3.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011 Vol. I.

HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade civil do Estado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/491>>. Acesso em: 22 de março 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. Ed. Niterói: Impetus, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva. 1 ed. 2011.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **A responsabilidade objetiva do Estado por omissão**. Revista CEJ – Centro de Estudos Jurídicos do Conselho de Justiça Federal, Brasília, n. 25, p 5-11, abr/jun 2004. Disponível em: <www.cjf.jus.br/revista/nu_mero25/artigo01.pdf>. Acesso em 22 de março de 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012. STJ analisa caso a caso o que é fortuito ou força maior. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wspmp.area=398&tmp.texto=90560> Acesso em 12 de março de 2016.

TAVARES, Flávia Oliveira. Responsabilidade do Estado por omissão no âmbito administrativo. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/arquivos/l%20Concurso%20de%20monografias_03.pdf Acesso em 27 de março de 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 8ª Ed. São Paulo: Imprensa: São Paulo, Atlas, 2008.