



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA
NEVES

TADEU AUGUSTO CARAZZA VALLIM

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NOS CASOS DE OMISSÃO

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

TADEU AUGUSTO CARAZZA VALLIM

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NOS CASOS DE OMISSÃO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – Iptan, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, sob a orientação da professora Esp. Raquel Maria Vieira Braga.

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

TADEU AUGUSTO CARAZZA VALLIM

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NOS CASOS DE OMISSÃO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – Iptan, como requisito parcial à obtenção do título de Graduado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Esp. Raquel Maria Vieira Braga

Prof. Antônio Américo Júnior

Prof. Rafael Coelho

SÃO JOÃO DEL-REI
2014

Todos aqueles que contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho, em especial a Professora Raquel por todo apoio e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Sou grato a Deus, pela saúde física e mental.

Aos familiares e amigos pelo apoio e reconhecimento.

À professora Raquel, pela assistência para desenvolver este trabalho.

“A persistência é o caminho para o êxito.”
Charles Chaplin

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão, tema da presente monografia apresenta a divergência tanto doutrinária como jurisprudencial no tocante ao tema, qual seja, a responsabilidade subjetiva e objetiva aplicável ao caso concreto. O artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente o dever de reparação do dano causado pelo Estado, em decorrência de sua atuação, mas não faz menção aos casos em que o Estado é omissor. A responsabilidade objetiva se caracteriza quando configurado o evento danoso e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano decorrente de tal conduta. Já a responsabilidade subjetiva é necessário, além do dano e do nexo de causalidade, que se prova o dolo ou a culpa do ente estatal, o que é prejudicial e mais gravoso para o administrado. A metodologia empregada na presente pesquisa foi a análise reiterada de jurisprudências e do posicionamento de doutrinadores. A teoria da responsabilidade objetiva nos casos omissos ainda pertence a uma corrente minoritária, mas este entendimento está em mutação. Fato é, que o Estado deve ser responsabilizado pelas condutas de seus agentes, sejam estas comissivas ou omissivas, de maneira objetiva já que é detentor de prerrogativas e privilégios especiais.

Palavras-chave: Omissão; Dano; Responsabilidade Civil Objetiva; Responsabilidade Civil Subjetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	10
1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado	10
1.2 Teoria da culpa administrativa.....	12
1.3 Teoria da responsabilidade objetiva como fundamento do risco administrativo	13
1.4 A responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro	15
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR AÇÃO DE SUA AGENTE PÚBLICO.....	18
2.1 Dos pressupostos da responsabilidade objetiva	18
2.2 Do direito de regresso	20
2.3 Prescrição.	26
3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS CASOS DE OMISSÃO.....	28
3.1 Omissão genérica e omissão específica	28
3.2 Natureza jurídica da ação omissiva.....	30
3.3 Responsabilidade Objetiva do Estado nos casos omissos.....	30
3.4 Análise Jurisprudencial.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

Hoje, países como Alemanha e Espanha, bem como o Brasil, nos mais diferentes ordenamentos jurídicos, doutrinas, jurisprudências e direito comparado reconhecem o Estado como sujeito passível de responder por seus atos e, por conseguinte, tem o dever de ressarcir as vítimas pelos danos decorrentes de suas atividades. O dever de ressarcir tem como fundamento não só o Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos e as regras a ele inerente, mas também as constantes intervenções que este promove, diariamente, nas relações individuais de seus administrados.

A atuação estatal é imposta para a sociedade, não podendo as pessoas se esquivar de suas ações já que o Estado age de maneira imperativa. Portanto, considerando que a atuação estatal independe da vontade dos indivíduos, nada é mais justo que estes disponham de um tratamento diferenciado, uma proteção especial frente ao Estado.

Tendo em vista que a ordem jurídica nacional é uma, o Estado, deve responder pelos danos causados, assim como os indivíduos que o compõem. Contudo, existem diferença com relação à essa responsabilidade. Diante das prerrogativas, o Estado possui responsabilidades mais extensas, compatíveis com sua posição jurídica.

O instituto da responsabilidade civil do Estado passou a vigorar no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Constituição Federal de 1946. A partir dessa norma jurídica, criou-se um mecanismo de defesa para o administrado que agora será indenizado caso sofra com as atividades do Estado, diminuindo assim a desigualdade e prestigiando o princípio da isonomia.

O artigo 37 § 6º da atual Constituição Federal afirma que a responsabilidade do Estado é objetiva pelos atos lesivos que seus agentes venham a praticar. Contudo, o referido dispositivo de lei não fez menção no que se refere aos atos omissivos do Estado.

Nesta toada, surge divergências no tocante à responsabilidade estatal nos casos em que for omissos. Parte da doutrina e jurisprudência entende ser a responsabilidade estatal objetiva, já a outra parte acredita ser a responsabilidade do Estado subjetiva.

Desta forma a proposta deste trabalho está regulada na possível demonstração de que o Estado poderá ser responsabilizado objetivamente nos casos em que for omissor.

Para desenvolver este trabalho, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas pertinentes ao tema além de análise jurisprudencial. O tema foi abordado e dividido da seguinte maneira:

O primeiro capítulo trata da evolução histórica do instituto, apresentando as teorias que nortearam a responsabilidade civil no desenrolar da história. Ainda neste capítulo abordamos a evolução da responsabilidade do Estado no Brasil.

O segundo capítulo tratará de aspectos relevantes para a compreensão do tema, como a noção de responsabilidade civil, os elementos necessários para que se caracterize tal responsabilidade e prescrição.

No terceiro capítulo abordará a questão da responsabilidade civil por omissão estatal. Além disso, far-se-á à luz da jurisprudência, a exposição das duas correntes que se divergem quanto ao tema.

1. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil é um instituto fundamental à construção e manutenção do Estado democrático de Direito, tendo em vista que tem por objetivo basilar a restauração do equilíbrio violado pelo dano. No tocante à responsabilidade civil do Estado, existe um regime próprio ditado pela constituição, que leva em consideração sua potencialidade de danos além de ser ajustado com suas atribuições.

Nesse diapasão, o professor Fausto de Quadros (1995, p. 9) ensina que:

Democracia e o Estado de Direito assentam em um triângulo que exprime a própria essência do regime democrático: trata-se da necessária convivência, em termos de recíproca interdependência, dos valores da Liberdade, da Autoridade (ou do Poder) e da Responsabilidade [...] quem se serve da liberdade responde pelos excessos que comete; mas também quem usa da Autoridade é responsabilizado por usar dela.

É evidente que nem sempre foi esse o entendimento atribuído a este tema. No decorrer da história do desenvolvimento da responsabilização civil do Estado diferentes teorias legitimaram a (ir)responsabilidade estatal, dependendo do contexto histórico que a sociedade atravessara. Desta forma podendo dividir essas teorias em basicamente em três fases, quais sejam: Irresponsabilidade, Responsabilidade com culpa e responsabilidade objetiva.

1.1 Teoria da Irresponsabilidade do Estado

O Estado antigo não possuía as mesmas características do Estado moderno no tocante à responsabilidade. Inicialmente, foi influenciado pelo feudalismo e diversos outros fatores derivados da sociedade da época. Os detentores do poder, reis ou imperadores, denominados de absolutistas, eram comumente membros de famílias nobres e detinham o condão de impor aos súditos o que acreditavam ser o melhor para todos. Os súditos por sua vez, sujeitavam-se às vontades do soberano, seja por medo ou por acreditarem ser inquestionável o poder do monarca.

O absoluto poder do rei baseava-se, fundamentalmente, na teoria divina dos reis. Essa teoria, defendida por vários filósofos, dentre eles Jean Bodin, em sua obra “*A República*” e Jacques Bossuet em “*Política Retirada da Sagrada Escritura*”, advoga que os reis eram representantes de Deus na Terra. Assim, a autoridade de um soberano emanava de Deus, não podendo esta ser questionada por mais duras e perversas que fosse. (DE FARIA, 2011, p. 640)

Nesse contexto, não é possível imaginar o Estado, soberano como o era, indenizando seus súditos por danos causados por um agente estatal.

É oportuna a lição de Di Pietro (2004, p. 597), que aduz o seguinte:

A teoria da irresponsabilidade foi dotada na época dos estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí o princípio de que o rei não pode errar (the king can do no wrong; l'ê roi ne peut mal faire) e de que ‘aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei’ (quod principi placuit habet legis vigorem). Qualquer atividade atribuída ao Estado significa colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.

Portanto, a máxima vigente na época era de que “o rei não erra”, “o rei não faz o mal” ou “o que agrada o príncipe tem força de lei”, como bem explicado na citação alhures. Dessa forma, a exclusão sumária da responsabilidade do Estado imperava naquela época.

Sobre esse mesmo assunto, Fagundes (1984, p. 151) completa que:

A princípio, a infalibilidade do soberano se opunha à noção de responsabilidade do Estado, com ele se confundia [...]. Assim foi no Estado Romano [...]. Posteriormente, não obstante a evolução do Estado, a ideia de soberania pareceu um obstáculo ao reconhecimento de sua responsabilidade. Hoje, esta orientação está definitivamente rompida.

Por volta do século XIX, com o avanço dos estudos sobre a divisão das funções estatais a órgãos específicos, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como com a adoção do Estado de Direito, a teoria da irresponsabilidade foi sendo superada. Muitos países resistiram à ideia da responsabilidade estatal, sendo que os Estados Unidos e a Inglaterra foram os últimos a adotá-la.

1.2 Teoria da Culpa Administrativa

Em meados do século XIX, a teoria da responsabilidade do Estado com culpa concretizou-se. Diante da constante busca por reparação, por parte dos subordinados ao Estado, pelos atos cometidos por este, perante a justiça, o princípio da irresponsabilidade deixou de imperar. Não se admitia que o Estado causador do dano a um particular, não sofresse qualquer responsabilização.

Destarte, é importante destacar o papel crucial da jurisprudência nos primeiros casos de responsabilização do Estado. Mesmo diante da falta de lei que regulamentasse o instituto da responsabilidade civil estatal, muitas decisões, tanto judiciais, quanto administrativas, reconheceram a obrigação do Estado de reparar suas vítimas.

O marco histórico do reconhecimento da responsabilidade do Estado é, sem dúvida, o “Caso Blanco” ocorrido na França e julgado pelo Conselho de Estado Francês. Esse foi o primeiro caso registrado pela história jurídica e se tornou famoso pelo seu conteúdo inédito. O caso trata-se de uma menina chamada Agnès Blanco, que morava em Bordeaux na França e foi atropelada ao atravessar a rua por uma vagonete de propriedade de uma empresa estatal manufatureira de tabaco. O pai de Agnès, inconformado com a situação, ingressou com uma ação na justiça requerendo indenização em virtude dos danos sofridos por sua filha. (DE FARIA, 2011, p.642)

No caso em tela foi reconhecida a responsabilidade do Estado mas coube à vítima comprovar que a ação provocou o dano devido à culpa do agente público, ou seja, coube a parte lesada comprovar que o agente estatal agiu com dolo ou com culpa (negligência, imperícia ou imprudência).

Ainda que louvável a evolução no instituto da responsabilidade Estatal, por ter rompido com a teoria anterior, responsabilizar o servidor pelos danos causados apresentava obstáculos e se mostrou um procedimento falho em vários sentidos. Primeiramente, nem sempre o servidor dispunha de recursos financeiros capaz de reparar o dano causado. Em segundo lugar, existe a culpa anônima do serviço público, no qual o Estado presta um serviço de má qualidade não sendo possível identificar, com precisão, o servidor responsável. Isso reforçou o entendimento de que a responsabilidade civil deveria recair sobre o Estado.

Neste sentido, Bandeira de Mello (1993, p. 438) advoga a tese de que:

Em face dos princípios publicísticos, não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de "*foute du service*" entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou falta de serviço quando este não funciona, devendo funcionar bem, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito civil e a responsabilidade objetiva.

Portanto, nessa fase, é reconhecida a responsabilidade civil do Estado desde que o agente tenha agido com dolo/culpa. Notamos que a responsabilidade caminha a passos largos para a objetiva. Contudo, apesar da evolução, é imperativo ressaltar a condição do lesado que, mesmo figurando como parte hipossuficiente na relação Estado versus administrado, era a ele a quem cabia o ônus de provar o dolo/culpa do Estado.

1.3 Teoria da responsabilidade objetiva como fundamento do risco administrativo

A responsabilidade subjetiva passa a ser objetiva (superação da teoria da responsabilidade subjetiva). Dessa forma, a obrigatoriedade da demonstração da culpa do agente público não se faz mais necessária, bastando apenas a comprovação do dano, ou seja, que o fato danoso foi ocasionado pelo Estado e do nexo de causalidade.

A teoria da responsabilidade objetiva tem fundamento no risco. Sobre o assunto, Cunha Júnior (2008, p. 325) advoga que:

É a teoria do risco que serve de fundamento para a idéia de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Ela toma por base os seguintes aspectos: (1) o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados e (2) a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa

desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos.

Diante do tema, necessário se faz mencionar a tese muito bem defendida de Romeu Felipe Bacellar Filho de que a responsabilidade do Estado deriva da sujeição deste ao regime jurídico administrativo, pois aquele que assume prerrogativas especiais, deve igualmente suportar sujeições especiais. (BACELLAR FILHO, 2003, p. 1995).

Alguns autores classificam o risco em risco administrativo e risco integral.

A Teoria do Risco Integral fundamentava-se na ideia de absoluta responsabilidade por parte do Estado. Isso significa que o Estado era responsabilizado diretamente pelos atos de seus servidores, que causem dano a particular, até mesmo em circunstâncias na qual as excludentes de responsabilidade eram caracterizadas.

Cahali (1996, p. 38), no tocante à Teoria da Integralidade do Risco explica o seguinte:

A teoria do risco integral é 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 resulte de dolo ou culpa da vítima.

Já a teoria do risco administrativo, tem o foco voltado para a objetividade da culpa da Administração Pública. Esta teoria, leva em consideração as excludentes da responsabilidade tais como a culpa da vítima, de terceiros e motivos de força maior.

Yussef Said Cahali aduz o seguinte sobre o tema:

O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização. (CAHALI, 1996, p. 38).

É cediço que o Estado, ao desenvolver suas atividades na busca da promoção do bem estar social, não está isento de causar danos a seus administrados. Essa potencialidade lesiva, portanto, por parte do Estado é que fundamenta sua responsabilidade objetiva.

A teoria da responsabilidade objetiva excepciona, contudo, o Estado da obrigação de indenizar em casos que, por exemplo, a vítima concorre com culpa ou dolo para o evento danoso. Entretanto, não podemos olvidar que cabe à Administração Pública provar a culpa da vítima.

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro não adotou a teoria do risco integral, mas apenas do risco administrativo, não admitindo assim indenização à vítima culpada. Entretanto, existem algumas exceções em que o risco é integral como por exemplo no caso de acidente nuclear.

1.4 A responsabilidade civil do estado no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro não adotou, nem mesmo no início de sua formação, a teoria da irresponsabilidade do Estado. Antes do Brasil Império, o país era regido por normas portuguesas. Na primeira Constituição, de 1824, a possibilidade de o cidadão requerer indenização por danos causados pelo Estado já era existente. Contudo, é importante frisar algumas características dessa responsabilidade, tais como, o agente causador do dano era responsabilizado pela reparação, por força constitucional, ou seja, o servidor era pessoalmente responsabilizado e não a pessoa jurídica em nome do qual ele age. Ademais, consta da Constituição Imperial que o Imperador não estava sujeito à responsabilização. Assim dispunha o artigo 178 da Constituição Imperial de 1824: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e, por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”. (DE FARIA, 2011, p. 645)

Como se percebe, a princípio, foi adotada a responsabilidade subjetiva, como ocorreu em muitos outros países. Tal também prevaleceu na primeira Constituição republicana, de 1891, em seu artigo 82, que narrava: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos de seus cargos, assim como pela

indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

A Constituição de 1934 inovou quando atribuiu a responsabilidade seria solidaria entre o agente estatal causador do dano e o Estado. Em seu artigo 171 assegurava o seguinte: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional e Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

Destarte, a Constituição de 1934 foi a primeira a reconhecer a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros. Apesar de limitado o direito da vítima, essa novidade representou um grande avanço em benefício das vítimas.

O mesmo entendimento foi mantido na Constituição de 1937, que repetiu na íntegra, em seu artigo 158 o que dispunha o artigo 171 da Constituição de 1934. Diante disso, podemos observar o caminhar da responsabilidade do Estado para como a conhecemos atualmente.

O rompimento da responsabilidade subjetiva do Estado deu-se com o advento da Carta Constitucional de 1946 que adotou, em seu artigo 194, a teoria do risco administrativo. Senão vejamos:

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

A Constituição de 1967, emendada em 1969, não trouxe grandes modificações em relação à Constituição que a antecedeu. Portanto, referidos textos constitucionais, consolidaram, de forma definitiva, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado em relação às entidades de direito público interno.

A Constituição Federal de 1988 manteve a responsabilidade objetiva, tendo como fundamento o risco administrativo, contudo, inovou ao incluir a possibilidade de responsabilização de empresas de direito privado que prestam serviços públicos sob a forma de delegação de danos causados a terceiros. É o que versa o artigo 37 §6º:

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

Muitos doutrinadores brasileiros advogam a tese de que a responsabilidade civil do Estado sempre esteve presente nos tribunais, mesmo diante da inexistência de leis regulamentadoras deste instituto. (DE FARIA, 2011, p. 645)

Embora esteja claro a adoção da responsabilidade objetiva do Estado pelo ordenamento pátrio vigente, existem ainda discussões acerca da aplicação desse instituto nos casos de omissão do Estado.

Infere-se do atual texto constitucional que quando o agente público produz uma ação que gera um dano ao particular, a pessoa jurídica a qual o agente está vinculado responde objetivamente.

Contudo, a Constituição Federal não é explícita ao tratar de omissão estatal. Neste caso, ou seja, quando no caso em concreto não se puder identificar se o agente praticou um ato que gerou dano a terceiro (como nos casos de enchentes, falta de médicos em hospitais, buracos em estradas entre outros) qual tipo de responsabilidade estaria sujeito o Estado?

Para responder a esta indagação é necessário primeiramente compreender o instituto da responsabilidade civil do Estado nos casos de ação. É o que trataremos no próximo capítulo.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR AÇÃO DO SEU AGENTE PÚBLICO

Neste capítulo daremos sequência na abordagem do tema em epígrafe e trataremos de alguns assuntos pertinentes à responsabilidade do Estado.

2.1 Dos pressupostos da responsabilidade objetiva

Consideramos inteligível que o primeiro pressuposto para que se possa intentar uma pretensão ressarcitória em face do Estado, por um dano causado por este, seria o “evento danoso”.

É solar o princípio segundo o qual “o dano insere-se como pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual. (CAHALI, 1980, p. 119)

Sob a ótica da responsabilidade civil estatal, não se pode, em hipótese alguma, prescindir o evento danoso. A mera irregularidade, ou até mesmo a ilegalidade de um ato, quando não for capaz de gerar lesão ao administrado, não pode produzir qualquer tipo de responsabilidade, devendo o ato ser considerado inválido.

Ainda sobre o “evento danoso”, Gonçalves (2003, p. 37) apresenta três categorias de ação ou omissão do agente passíveis de ocorrência. Vejamos:

Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

Desta forma podemos concluir que o dano pode decorrer do próprio ato praticado pelo agente estatal, de ato de um terceiro que estava sob sua guarda, além da responsabilidade de proprietários de animais e coisas, caso estes venham a causar algum dano a outrem.

O segundo pressuposto para que se reconheça a responsabilidade do ente estatal é justamente o nexo de causalidade.

Não podemos olvidar que qualquer que seja o entendimento adotado no tocante às teorias da responsabilidade do Estado, a causa do dano apresenta-se como pressuposto necessário da responsabilidade civil do Estado.

Cavaliere Filho (2005, p. 70) ensina que diante da ausência de nexo entre o dano e a ação do agente, não há de se falar em indenização. Vejamos:

Vale dizer, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.

Quando existente a atuação de indivíduos em nome da pessoa coletiva (Estado) e a ocorrência de dano decorrente da atividade ou omissão da Administração Pública, fica estabelecido o liame causal, o que gera o dever indenizatório por parte do ente estatal. Portanto, “a obrigação de indenizar surge, para o ente público, da *causação* do dano injusto pelos seus agentes”. (CAHALI, 2007, p. 74).

O último pressuposto para a pretensão ressarcitória, sob a ótica de Yussef Cahali, seria “a qualidade de agente na prática do ato” lesivo.

É cediço que o Estado, na condição de pessoa jurídica, age por intermédio de seus representantes, agentes ou prepostos. Assim, no atual Código Civil de 2002 a responsabilidade civil do Estado refere-se a “atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros”.

O antigo Código Civil em seu artigo 15 se falia da palavra representantes enquanto a Constituição federal de 1969 utilizava o vocábulo “funcionários” para descrever os agentes estatais. A palavra “agentes” é mais condizente com a realidade pois abrange todos aqueles que colaboram para o andamento dos serviços de ordem pública.

Sobre o assunto, Di Pietro (1993, p.360) ensina o seguinte:

Que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço.

Diante de tal elucidação, podemos inferir que o vocábulo “agentes” seria um “gênero” do qual engloba todas as “espécies” daqueles que colaboram com o funcionalismo público.

Portanto, para que seja reconhecida a responsabilidade da Administração Pública é necessário que o dano tenha sido praticado por um de seus agentes, independente se este é funcionário ou se é portador de um mandato.

2.2 Do direito de regresso

O Estado, ao reconhecer o dever de indenizar a vítima ou compelido a tal comportamento, terá direito de regresso em desfavor do servidor que, nessa qualidade, tenha provocado o fato gerador do dano indenizável, caso tenha agido com culpa ou com dolo.

O direito de regresso do Estado contra o agente causador do dano está previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

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

O direito de regresso trata-se de uma ação autônoma que garante o ressarcimento pelas despesas arcadas pelo Estado devido à condenação. Sobre o assunto, MARINELA (2011, p. 959) ensina o seguinte:

Caso o Estado seja obrigado a indenizar a vítima pelos prejuízos causados pelo agente, tendo esse agido com culpa ou dolo, é possível que ele busque a compensação de suas despesas por meio de uma ação de regresso, aplicando a parte final do art. 37, §6º, da CF.

Alexandrino e Vicente destacam dois pontos importantes no tocante à ação regressiva, senão vejamos:

(1) a entidade pública (ou delegatária de serviços públicos), para voltar-se contra o agente, deverá comprovar já ter sido condenada a indenizar, pois seu direito de regresso nasce com o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória, prolatada na ação de indenização;

(2) não se deve confundir a responsabilidade da Administração (ou da delegatária de serviços públicos) perante o particular com a responsabilidade do agente para com a Administração (ou delegatária); aquela é do tipo objetiva, na modalidade risco administrativo, que, conforme vimos, independe de culpa ou dolo do

réu na ação de indenização; esta, do agente perante a administração (ou delegatária) só ocorre no caso de dolo ou culpa daquele (responsabilidade subjetiva do agente). (ALEXANDRINO; VICENTE, 2008, p.621)

Preconiza os autores então que, a Administração Pública indenizará o cidadão lesado independentemente de comprovação de dolo ou culpa por parte dela. Por outro lado, o agente público, causador do dano, só será responsabilizado a ressarcir o erário público, caso seja comprovada sua culpa ou dolo.

Dessa forma, a Administração Pública (ou delegatária de serviços públicos) ajuizará ação regressiva quando: condenada a indenizar a vítima pelo dano sofrido e que exista, comprovadamente, culpa ou dolo por parte do agente cuja a ação gerou o dano. (ALEXANDRINO E VICENTE, 2008, p.622).

A ação de regresso em desfavor do servidor público causador de dano gera várias indagações. A primeira delas é: estaria o Estado obrigado a ajuizar ação de regresso face a seu servidor? Para BASTOS (1992, p. 93), a resposta a essa questão é sim, senão vejamos:

Assim, embora a letra do art. 37, § 6º, não tenha favorecido, tecnicamente, o melhor entendimento que há sobre a obrigação de ser ajuizada ação regressiva contra o causador do dano imputável ao Estado, nos casos de dolo ou culpa deste, certo é que a principiologia que domina o sistema constitucional positivado não permite outra interpretação que não aquela que a fixa como dever estatal inafastável. Melhor orientação parece ser, indubitavelmente, a que se absorveu no texto da Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989, segundo a qual: Art. 16. 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, sendo obrigatória a regressão, no prazo estabelecido em lei, nos casos de dolo ou culpa. (grifa-se). Pela redação oferecida na Constituição Mineira é, pois, obrigação indefectível e inquestionável pelo rigor da letra da norma, a regressão contra o causador do dano. É certo que a redação apresenta deficiência ao deixar de acentuar contra quem a regressão se volta, o que se depreende, obviamente, mas teria sido de melhor técnica a sua indicação expressa. Contudo, prima sobre o texto federal pela clareza da obrigação de se regredir contra o causador do dano nos casos de dolo ou culpa, garantindo-se deste modo, a moralidade pública na utilização do patrimônio que é da sociedade, além de impedir desmandos ou arbítrios no exercício da competência sobre a ação regressiva.

No tocante a esta questão, o Estado deve sim buscar o ressarcimento ao erário quando identificado o servidor e comprovada sua culpa ou dolo. Não é justo que toda a sociedade pague, já que se trata de recursos governamentais, pela ação danosa de um único administrado.

No Brasil, pouco se ouve falar em ação de regresso impetrada pelo estado em face de servidores públicos. Muitos são os motivos que obstem e desencorajam o Estado a se valer desse instrumento. Sobre o assunto, MARINELA (2011, p. 959) indaga o seguinte:

Isso ocorre antes de tudo, em face do corporativismo que existe entre os servidores, admitindo inclusive, em algumas circunstâncias, a complacência e, nas situações mais graves, até a convivência [...]. Um outro obstáculo para a ação de regresso é a situação desconfortável em que o Estado se coloca, porque, primeiro, na ação ajuizada pela vítima, defendeu de forma incisiva a ausência de nexo de causalidade e a conduta do servidor por ele considerada impecável. Agora, na tentativa de resgatar os prejuízos que teve na condenação da primeira ação, terá de alegar exatamente o contrário. Isso com certeza compromete a credibilidade das palavras do Estado e inibe a ação de regresso. (MARINELA, 2011, p. 959).

Outro tema que gera divergência na doutrina é quanto ao momento do exercício do direito de regresso do Estado contra o servidor causador do dano. Existem duas correntes: a primeira entende que o Estado, ao ser acionado pela vítima, deve, imediatamente, denunciar a lide o servidor causador do dano. A outra corrente entende que a denúncia é dispensável e até inoportuna, dizendo que a regra do artigo 70, III, do Código de Processo Civil não se aplica nos casos de indenização decorrente da responsabilidade objetiva.

A autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 720) apresenta uma discussão interessante a respeito das duas correntes. Vejamos:

1. de um lado, a hipótese em que a ação é proposta contra a pessoa jurídica com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado ou na falha anônima de serviço, sem individualizar o agente causador do dano; neste caso, se a pessoa jurídica fizesse a denúncia da lide, estaria incluindo novo fundamento não invocado pelo autor, ou seja, a culpa ou dolo do funcionário; nas palavras de Cahali, seria “imoral e despropositado pretender servir-se do mesmo processo instaurado pelo ofendido para inovar a fundamentação da ação, recuperar de terceiro aquilo que já deveria ter pago, na composição do dano sofrido pela vítima; e visto que só este pagamento efetivamente realizado legitima a pretensão

fazendária regressiva contra o funcionário culpado, resta-lhe apenas a ação direta de regresso para reembolso”;

2. de outro lado, há a hipótese em que a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposo do funcionário; aqui, então, deve ser feita a denúncia de lide ao funcionário, com aplicação do artigo 70, III, do CPC, que em nada contraria a Constituição; antes, pelo contrário, visa disciplinar o direito de regresso assegurado ao responsável direto pelo pagamento da indenização. Aceitando essa doutrina, citem-se acórdãos in RT 526/221, RT 500/103. O mesmo autor admite, ainda, que a ação seja proposta ao mesmo tempo contra o funcionário e a pessoa jurídica, constituindo um **litisconsórcio facultativo**; ou apenas contra o funcionário, hipótese também admitida por Celso Antônio Bandeira de Mello (1992:358); para ele, o dispositivo constitucional “visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade de responsabilidade objetivo em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado”.

Muitos são os doutrinadores que se posicionam contrariamente à denúncia à lide. DI PIETRO (2012; p.720) destaca alguns deles, quais sejam Celso Antônio Bandeira de Mello (2008: 1019), Lúcia Valle Figueredo (1994: 177), Vicente Greco Filho (Justitia, v. 94, p. 9-17), Weida Zancaner (1981: 64-65).

Também contrário à denúncia a lide, Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 679-680) apresenta os argumentos sustentantes de seu posicionamento, dos quais comungo. Vejamos:

“Este parece ser o entendimento que melhor se adapta à situação jurídica, pois tem-se, de um lado, um direito com fundamento na responsabilidade objetiva e, de outro, u direito baseado na culpa subjetiva. O lesado, titular do direito de indenização, terá que provar na ação própria, apenas o nexo causal do comportamento da Administração Pública e o dano dele decorrente. Não terá de perquirir a culpa do agente e nem de apontar o agente. Já a entidade estatal responsabilizada pelo dano e compelida ao pagamento da indenização, na ação de regresso, terá de provar a atuação culposa ou dolosa do seu agente. São duas ações distintas que exigem procedimentos probatórios diversos. Logo não devem ser discutidas em um mesmo processo. Em princípio, a ação da vítima contra o Estado é muito mais rápida do que a do Estado contra o seu agente, dada a simplicidade probatória da primeira ação em relação a segunda. Por essa razão, o lesado titular de um direito cristalino, não deve ficar esperando a Administração provar a culpa do agente causador do dano.”

Como bem colocado pelo autor acima citado, trata-se de duas ações distintas, com objetivos diferentes, não merecendo o lesado detentor de um direito aguardar por uma ação cujos meios de produção da prova se apresentam mais morosos.

Apesar de este trabalho comungar do entendimento de que a denunciação a lide não ser cabível na ação que busca indenizar a vítima face as ações danosas por parte do Estado, alguns de nossos tribunais acolhem esse pedido:

1.º TACSP – 5ª.C. – AI – Rel. Laerte Nordi - j. 11.06.1986 – RT611/128. “Admite-se a denunciação da lide nos casos de responsabilidade civil do Estado quando a reparação de danos funda-se na culpa do preposto, porque, uma vez reconhecida esta, o direito de regresso da pessoa jurídica de Direito Público será simples corolário da aplicação da norma constitucional.”
STJ – 1ª. T. Resp 13.621-0 – Rel. Gomes de Barros – “O Estado – quando réu em processo de indenização por acidente de trânsito – tem direito de denunciar à lide o motorista que conduzia o veículo oficial. Requerida a denunciação, em tal processo, é defeso ao Juiz condicioná-la à confissão de culpa, pelo Estado”.

É importante salientar que não existe a obrigatoriedade por parte do Estado de denunciar o servidor causador do dano. A preferência por não chamar o servidor não gera qualquer nulidade para o processo e tampouco compromete o direito de regresso do Estado. Essa questão pode ser resolvida em processo autônomo.

Nesse diapasão temos o entendimento do STJ que pontua o seguinte:

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça envereda no sentido de que, “embora cabível e até mesmo recomendável a denunciação a lide de servidor público causador de dano decorrente de acidente de veículo, uma vez indeferido tal pedido, injustificável se torna, em sede de recurso especial, a anulação do processo para conversão do rito sumário em ordinário e admissão de denunciação, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais” (REsp nº 197374/MG, Rel. Min. Garcia Vieira) além de que, “em nome da celeridade e da economia processual, admite-se e se recomenda que o servidor público, causador do acidente, integre, desde logo, a relação processual. **Entretanto o indeferimento de denunciação da lide não justifica a anulação do processo**” (REsp nº 165411/ES, Rel. Min. Garcia Vieira) e, por fim, que “os princípios da economia e da celeridade podem justificar a não anulação parcial do processo onde indevidamente não se admitiu denunciação da lide (CPC, art. 70, III), ressalvado ao denunciante postular seus eventuais interesses na via autônoma” (REsp nº 11599/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). (...)” (AgRg no REsp 631723/CE, STJ –

Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgamento: 19.08.2004). (destaquei).

Superada a questão da denunciação da lide consolidando o entendimento de que não se faz necessária a denunciação, por parte do Estado, do servidor causador do dano, passaremos a discutir outro assunto pertinente ao tema da responsabilidade estatal, qual seja, a prescrição.

2.3 Prescrição

O código Civil de 2002, modificou vários dispositivos referentes a prescrição tornando a matéria objeto de discussão. No artigo 206, § 3º, inciso V estabelece de forma expressa o prazo prescricional de 3 anos para a pretensão da reparação civil.

A dúvida surge devido o artigo 1º do decreto nº 20.910 de 6 de janeiro de 1932 que narra o seguinte: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

É certo que, a princípio, a regra especial prevalece sobre a regra geral, assim, a reparação cível em desfavor da Fazenda Pública estaria vinculada ao regime especial da prescrição em cinco anos. Contudo, o disposto no artigo 10 do mesmo diploma legal aduz o seguinte: “O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras”.

Portanto, fica claro que, existindo uma regra mais benéfica para a Fazenda Pública, é essa que deve vingar. No caso em tela, o prazo de três anos previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, é o mais benéfico.

Leonardo José Carneiro da Cunha (2011, p. 89-90) leciona o seguinte sobre o tema:

Significa que a prescrição das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública é quinquenal, ressalvados os casos em que a lei estabeleça prazos menores. Na verdade, os prazos prescricionais inferiores a 5 (cinco) anos beneficiam a Fazenda Pública.

Diante disso, a pretensão de reparação c contra a Fazenda Pública submete-se ao prazo prescricional de 3 (três) anos, e não à prescrição quinquenal. Aplica-se, no particular, o disposto no art. 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil de 2002, não somente em razão

do que estabelece o art. 10 do Decreto nº 20.910/1932, mas também por se tratar de norma posterior. E, como se sabe, a norma posterior, no assunto tratado, revoga a anterior.

O que se percebe, em verdade, é um nítido objetivo de beneficiar a Fazenda Pública. A legislação especial conferiu-lhe um prazo diferenciado de prescrição em seu favor. Enquanto a legislação geral (Código Civil de 1916) estabelecia um prazo de prescrição de 20 (vinte) anos, a legislação específica (Decreto nº 20.910/1932) previa um prazo de prescrição próprio de 5 (cinco) anos para as pretensões contra a Fazenda Pública. Nesse intuito de beneficiá-la, o próprio Decreto nº 20.910/1932, em seu art. 1º, dispõe que os prazos menores devem favorecê-la.

A legislação geral atual (Código Civil de 2002) passou a prever um prazo de prescrição de 3 (três) anos para as pretensões de reparação civil. Ora, se a finalidade das normas contidas no ordenamento Jurídico é conferir um prazo menor à Fazenda Pública, não há razão para o prazo geral - aplicável a todos, indistintamente - ser inferior àquele outorgado às pessoas Jurídicas de direito público. A estas deve ser aplicado, ao menos, o mesmo prazo, e não um superior, até mesmo em observância ao disposto no art. 10 do Decreto nº 20.910/1932.

Cabe ressaltar que este não é um entendimento pacificado sendo possível encontrar decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo tanto o prazo prescricional de três anos (AgRg no Resp 110462/RS, STJ – Segunda Turma, Rel Min. Mauro Campbell, julgamento: 06.05.2010, Dje: 27.05.2010), quanto o de cinco anos, conforme o julgado a seguir:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FALECIMENTO DE SERVIDORES EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA PROFERIDA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 /2004. TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL COMPETENTE PARA JULGAMENTO DA APELAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ADVENTO DA PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. ARTIGO 219 , § 5º , DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL . TRANSCURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE A DATA DO FATO E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910 /32. PROCESSO EXTINTO, COM JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 269 , IV DO CPC . INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADOS. "As ações por responsabilidade civil contra o Estado prescrevem em cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910 /32, porquanto é norma especial, que prevalece sobre lei geral". (AgRg no REsp1149621/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 18.05.10).

Importante destacar que, o prazo de três anos previsto no novo código Civil (2002) não se aplica aos fatos ocorridos e praticados antes do início de sua vigência, ou seja, o prazo trienal só se aplica a partir de 11 de janeiro de 2003.

3. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS CASOS DE OMISSÃO

A responsabilidade civil do estado é decorrente não apenas de seus atos comissivos, mas também em situações de omissão quando presentes os requisitos configuradores, quais sejam: ação ou omissão do agente estatal, o nexo de causalidade e por fim o dano sofrido pelo administrado.

É possível que a omissão seja configurada nas Esferas do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, bastando-se para isso uma clara escusa no dever de cumprir o que a lei manda.

A discussão, tanto doutrinária quando jurisprudencial, no tocante a responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão está em saber se essa responsabilidade seria objetiva, ou se seria adotada a teoria subjetiva para esses casos. No decorrer deste capítulo trataremos sobre esta divergência.

3.1 Omissão genérica e omissão específica

Versa o artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 sobre a conduta comissiva e omissiva de seus agentes que, devido à atividade por ele desenvolvida, estão sujeitos a causar danos aos administrados. Enfatizando os atos omissivos, temos que o Estado pode incorrer na omissão tanto de forma genérica quanto de forma específica.

A omissão genérica se caracteriza nas hipóteses em que o Estado não dispõe de meios para evitar ou controlar os danos. Como exemplos de omissão genérica, podemos citar vítima que mergulhou de cabeça em águas raras de balneário público (REsp 418713-SP); queda de ciclista em bueiro aberto (Ap. Civ. 4846/2008, TJRJ);

Já a omissão específica, ocorrerá quando o Estado, na condição de guardião (garantidor) deixar de agir, por dolo ou culpa, em eventos que eram previsíveis. Alguns exemplos de omissão específica: detento é assassinado no presídio durante rebelião (Ap. Civ. 558957/2008, TJRJ); paciente não consegue realizar exames pedidos pelo médico após dar entrada no hospital e falece no dia seguinte (Ap. Civ. 35985/2008).

Cavaliere Filho (2004, p. 248) faz referência a ambas omissões. Senão vejamos:

Veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz traseira. A administração não pode ser responsabilizada pelo fato de esse veículo ainda estar circulando. Isso seria responsabilidade pela omissão genérica, mas se esse veículo foi liberado numa vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, aí já teremos omissão específica.

Muitos doutrinadores entendem que quando configurada a omissão específica, a responsabilidade Estatal seria subjetiva ao argumento de que os motivos da falta de ação do Estado deve ser levada em consideração já que a omissão seria condição essencial do evento danoso.

Contrário a essa corrente, Sérgio Cavalieri Filho advoga a tese de que a responsabilidade do Estado deve ser objetiva nos casos de omissão específica por entender que a omissão no dever de agir é uma causa direta do resultado danoso e não apenas uma condição para a ocorrência do evento. Para ilustrar seu posicionamento, o mencionado autor apresenta um caso hipotético. Vejamos:

Se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. 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 uma omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 248)

No caso em tela, o Estado, por ser detentor de privilégios e figurar como garantidor, deveria ter impedido o condutor de prosseguir, tendo em vista seu estado de embriagues, e assim evitado o acidente; como não agiu, foi omissor e deve responder de forma objetiva.

3.2- Natureza jurídica da ação omissiva

A ação omissa Estatal é caracterizada pela inércia na obrigação de atuar. O Estado deve primar pelo cumprimento das determinações emanadas pela Lei já que detém incontáveis prerrogativas além da obrigação de garantir o cumprimento da legalidade em prol de saciar as demandas de seus administrados.

A omissão do Estado, no tocante a falta de serviço pode se apresentar em três modalidades diferentes quais sejam: o efetivo funcionamento, contudo de forma

tardia, o não funcionamento quando se era esperado que funcionasse e por último o mau funcionamento. A respeito dessas modalidades, MELO (1993 p. 933) aduz o seguinte: “A ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administradores”.

Destarte, diante do impasse no tocante a natureza jurídica da ação omissiva do ente Estatal, este trabalho, em consonância com autores como Yussef Said Cahali e Odete Meduar, defende a tese de possuir natureza jurídica objetiva quanto aos casos de omissão Estatal.

3.3 Responsabilidade Objetiva do Estado nos casos omissos

Conforme já foi mencionado neste trabalho, o entendimento a respeito da responsabilidade do Estado nos casos omissos é divergente. Não se pode negar, entretanto, que a adoção da teoria da responsabilidade objetiva é mais benéfica para os interesses dos administrados, já que os requisitos para se configurar a responsabilidade do Estado são menores.

A base da teoria da responsabilidade objetiva estatal encontra-se na teoria do risco administrativo, segundo o qual basta a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano decorrente desta, independentemente de comprovação de culpa por parte do ente estatal, conforme preceitua o artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Apesar da teoria da responsabilidade objetiva ser uma corrente minoritária, é fácil notarmos que o tema encontra-se em transformação, sendo possível encontrarmos julgados no qual se prevaleceu a responsabilidade objetiva com o intuito de proteger a vítima, parte hipossuficiente da lide.

Nesse diapasão, Marinela (2011, p.944) posiciona-se de maneira favorável à aplicação da teoria da responsabilidade objetivas e esclarece o seguinte:

Hoje o assunto se apresenta de forma bem divergente, sendo fácil perceber que o tema está em mutação, admitindo em grande parte dos julgados a teoria subjetiva, mas já é possível identificar em algumas decisões, ainda corrente minoritária, que mesmo na omissão reconhecem a teoria objetiva com o objetivo de proteger sempre mais a vítima.

O promotor de justiça Márcio Luiz Coelho de Freitas, em seu artigo “Da responsabilidade civil do estado por omissões”, propões uma alternativa inovadora para os casos de omissão do Estado.

Em seu artigo, inicia dizendo que a constituição não trouxe distinção no que tange aos danos decorrentes de ação ou omissão do Estado. Aduz, ainda o autor, que o Direito é uma ciência normativa, partindo do princípio da imputação e não da causalidade. Assim posto, Márcio Freitas ensina da seguinte forma:

Assim, sendo a imputação o modo de nexos funcional próprio das ciências normativas, como sói ser o Direito, e sendo este nexos funcional um produto da vontade da norma, nada impede que uma norma impute a uma conduta omissiva a responsabilidade por ressarcir um dano. Não há, portanto, que se falar em aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva em relação aos atos omissivos, vez que nada impede, a priori, que o Estado venha a ser responsabilizado por suas omissões independentemente de verificação de culpa do agente ou de culpa administrativa. (FREITAS, 2001, p .2)

Temos como clímax do artigo a sugestão do autor de se utilizar a teoria da imputação objetiva para os casos de omissão estatal. Tendo em vista que o autor advoga a tese de que a imputação deve prevalecer em detrimento da causalidade, considerando a causalidade e a imputação como modos diferentes de um nexos funcional, a teoria da imputação objetiva se apresenta como um limite à configuração do nexos causal. Sobre a teoria de imputação objetiva, GRECO (2011, p.234) ensina o seguinte:

Com o surgimento da teoria da imputação objetiva, a preocupação não é, à primeira vista, saber se o agente atuou efetivamente com dolo ou culpa no caso concreto. O problema se coloca antes dessa aferição, ou seja, se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser imputado ao agente.

Em suma, a proposta do autor é que a teoria da responsabilidade objetiva seja utilizada nos casos de ação e omissão e as excludentes de responsabilidade sejam analisadas sob a ótica da teoria da imputação objetiva. O autor conclui seu posicionamento nos seguintes termos:

[...] tem-se que a responsabilidade civil do Estado, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, independe da pesquisa

acerca de culpa ou dolo do agente ou da ocorrência da culpa anônima da Administração, critérios claramente violadores da Constituição. A responsabilidade do estado exsurge sempre que, comprovada a existência de um dano a um particular, este dano for objetivamente imputável ao Estado, isto é, sempre que o dano for consequência da violação do papel destinado ao Estado nas relações sociais, podendo ser a imputação excluída sempre que o dano estiver dentro dos limites do risco permitido, quando for possível aplicar-se o princípio da confiança, quando o ato, por si só, for invariavelmente inapto a causar danos ou quando a própria vítima for responsável pelo dano. (FREITAS, 2001, p .3)

Apesar de ainda necessitar de um maior aprofundamento, a teoria apresentada por Márcio Luiz Coelho de Freitas passa a ser mais uma ferramenta que sustenta a utilização da teoria da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de omissão.

Muitos são os exemplos de ações omissas do Estado que geram dano e que a comprovação da culpa não seria relevante. É o caso do Prefeito que não faz a limpeza semanal dos bueiros de uma determinada localidade pois precisa das máquinas para desobstruir os bueiros de outro bairro. Por fatalidade, a cidade é surpreendida por uma forte chuva e o bairro que ficou sem o serviço de desobstrução é inundado. Neste caso, apesar de não ser cabível a imputação de culpa ao ente estatal, não podemos afastar a responsabilidade do Município decorrente da omissão na prestação do serviço de limpeza dos bueiros.

O autor Emerson Gabardo traz o seguinte exemplo no tocante ao tema. Vejamos:

Outra ilustração desta relação poderia ser constatada no caso em que há previsão expressa na constituição de um prazo específico para a nomeação de candidato aprovado e classificado em concurso público. Se não há nomeação no prazo, caracteriza-se a omissão, o ilícito, o dano e, finalmente, o dever de indenizar, independentemente de culpa ou mesmo dos motivos que levaram ao descumprimento do dever. (GABARDO, 2003, p. 283).

Assim, sobre a responsabilidade estatal nos casos omissos, defendo a tese de que a responsabilidade deve ser objetiva. Ora, se vivemos sob a égide de um Estado democrático de direito, no qual dispomos dos nossos direitos naturais em favor de um “ente soberano” abstrato, para que este preste o devido auxílio a seus administrados, é razoável que este ente responda de maneira objetiva, tanto por suas ações, bem como por suas omissões.

É cediço que a atividade estatal é passível de gerar danos a seus administrados, portanto, sendo o Estado detentor de prerrogativas e recursos exclusivos, é um ímpeto de justiça que este responda, de forma objetiva, pelos danos causados por suas atividades, sejam essas atividades comissivas ou omissivas.

3.4 Análise Jurisprudencial

Hoje, prevalece ainda a teoria subjetiva para os casos de omissão do Estado. Vejamos o trecho da decisão abaixo:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE MINAS GERAIS - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - ANIMAL NA PISTA DE ROLAMENTO - DEVER DE CONSERVAÇÃO, MANUTENÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA VIA PÚBLICA - OMISSÃO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - INCIDÊNCIA - NEXO DE CAUSALIDADE - FALECIMENTO DO GENITOR DOS AUTORES - DANOS MORAIS POR DIREITO PRÓPRIO - COMPROVAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR - DANOS MORAIS A TÍTULO DE DIREITO SUCESSÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - DANOS MATERIAIS - NÃO COMPROVAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO.

- A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é, em regra, objetiva - independente de prova de culpa, porque amparada na teoria do risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal/1988.
- Quando o fato danoso se deve a uma omissão, decorrente de "faute du service" (o serviço não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou atrasado), aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva.
- Presentes a omissão antijurídica, o resultado danoso e o nexo de causalidade entre um e outro, deve ser mantida a condenação do Réu ao pagamento de indenização por danos morais.
- São indenizáveis os danos morais vivenciados pelos Autores (por direito próprio), na condição de filhos do falecido, não havendo que se falar em indenização por danos morais, a título de direito sucessório na hipótese.
- Inexistindo comprovação da perda total do veículo ou, em caso de perda parcial, da extensão dos prejuízos, deve ser afastada a obrigação de indenizar os danos materiais. (Ap. Cível Nº 1.0702.10.002134-5/001 Relator Ana Paula Caixeta Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgado em 03/09/2014)

No caso em tela, ocorreu um acidente automobilístico devido à omissão estatal no que tange a manutenção e fiscalização da pista de rolamento. Contudo,

tendo em vista que o dano foi decorrente de uma ação omissiva, restou caracterizado pelo julgador a responsabilidade subjetiva do Estado.

Contudo, conforme já dito anteriormente, este entendimento está se modificando, sendo possível encontrarmos julgados com posicionamentos contrários, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 573.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-2008, Segunda Turma, DJE de 15-8-2008).

É possível encontrar decisões recentes sobre a matéria. Vejamos o posicionamento de um dos desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. ATO ILEGAL DO PODER PÚBLICO. DANO MORAL. CONDENAÇÃO. DANO MATERIAL. RESSARCIMENTO. NECESSIDADE. CONTRATAÇÃO PELA PARTE AUTORA DE ADVOGADOPARTICULAR. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A LITIGANTE ASSISTIDO PELA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. NECESSIDADE.

- A responsabilidade civil do Estado é objetiva, e disso deriva o seu dever de indenizar o cidadão, sempre que por ação ou omissão de seus agentes vier a causar dano a este como, no caso, com a sua prisão injusta e ilegal, consoante o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 5º inciso LXXV, ambos da Constituição Federal.

- Os transtornos e constrangimentos causados à parte autora da ação de indenização, pela decretação ilegal de sua prisão geram danos, os quais devem ser reparados. O dano moral, no caso, é consequência direta da humilhação e dos dissabores suportados pelo cidadão, que nada devia ao Estado, e ficou detido e submetido a evidentes constrangimentos, vendo atingida a sua imagem e o seu direito de ir e vir. (Ap Cível Nº 1.0035.12.000688-3/001 Relator Duarte de Paula Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgado em 31/07/2014)

Reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado mesmo nos casos de omissão é validar a aplicação do princípio da isonomia e garantir o equilíbrio na balança onde, de um lado está o Estado soberano, e do outro o administrado, parte hipossuficiente desta relação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito analisar a responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão, o presente trabalho buscou conceituar o instituto da responsabilidade civil, sua natureza jurídica e os pressupostos necessários à configuração do dever de indenizar.

O tema “responsabilidade do Estado” passou por muitas etapas no decorrer de sua história evolutiva, saiu da total irresponsabilidade e hoje encontra-se na responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo.

Conforme mostrado no corpo do trabalho, o Estado responde pelos danos decorrentes de sua atividade, seja ela comissiva ou omissiva. A divergência reside no tipo de responsabilidade imputada ao Estado para os casos de omissão.

Em que pese os fundamentos da corrente que defende a tese de que a responsabilidade do Estado é subjetiva nos casos omissos possuir fundamento lógico, essa teoria não é benéfica para o administrado quando este postula uma pretensão indenizatória em face do estado, tampouco é condizente com seus interesses.

Ao se adotar a teoria da responsabilidade subjetiva, o administrado lesado pela atividade do Estado deve comprovar, além do dano sofrido e o nexo de causalidade entre o dano e a ação praticada pelo agente público, o dolo ou a culpa na ação do agente. Tudo isso torna a ação mais gravosa para o indivíduo lesado.

Corroborando com isso temos que a Constituição Federal foi bastante clara em seu artigo 37, § 6º ao tratar como objetiva a responsabilidade estatal nos casos de dano decorrente de ação comissiva. Ora, se o legislador constituinte assim o fez para os casos de ação comissiva, por que faria diferente para os casos de omissão? É certo que o desejo do legislador foi banir a responsabilidade subjetiva por parte do Estado. A resposta chave do problema não estaria em questionar o “por quê” (por qual motivo) já que este estaria relacionado à responsabilidade subjetiva, mas sim os “comos” (de que modo), relacionado a responsabilidade objetiva.

Não o bastante, o administrado figura como parte hipossuficiente nas relações com o Estado. É dever da lei protegê-lo e equilibrar os pratos da balança. Por isso, não podemos aceitar que se adote uma teoria que claramente privilegia o Estado em detrimento do administrado.

Infelizmente a teoria da responsabilidade objetiva ainda é uma corrente minoritária. Entretanto, este entendimento vem sendo mudado. Nos tribunais de segundo grau (Tribunal de Justiça de Minas Gerais por exemplo), essa mudança de paradigma já é mais latente. Nos tribunais superiores (STJ e STF), a mudança ainda é tímida, mas já é possível encontrarmos esse entendimento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16. Ed. São Paulo: Método, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In *Forum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, mar.2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 573.595 – RS. Relator Ministro Eros Grau, 2ª Turma. Brasília, DF, 24 de junho de 2008. Divulgado no DJe de 14/08/2008. Publicado em 15/08/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 20 jul 2014.

BRASIL. *Tribunal de justiça de Minas Gerais*. Apelação Cível nº 1.0035.12.000688-3/001 – Relator Duarte de Paula, julgado em 31 de julho de 2014. Disponível em <<http://www.tjmg.gov.jus.br>> Acesso em: 10 set 2014.

BRASIL. *Tribunal de justiça de Minas Gerais*. Apelação Cível nº 1.0702.10.002134-5/001 – Relatora Ana Paula Caixeta, julgado em 03 de setembro de 2014. Disponível em <<http://www.tjmg.gov.jus.br>> Acesso em: 15 set 2014.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coords.). *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259-298.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980

_____. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

_____. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 9. Ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 7. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FREITAS, Márcio Luiz Coelho, Da responsabilidade civil do Estado por omissões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2247>>. Acesso em: 21 set. 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

QUADROS, Fausto de (org.) *Responsabilidade civil extracontratual da administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995.