



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA
NEVES

JONATAS VINÍCIUS COELHO

**APLICAÇÃO DA MODALIDADE SUBJETIVA À RESPONSABILIDADE CIVIL
POR OMISSÃO ESTATAL**

SÃO JOÃO DEL REI

2015

JONATAS VINÍCIUS COELHO

**APLICAÇÃO DA MODALIDADE SUBJETIVA À RESPONSABILIDADE CIVIL
POR OMISSÃO ESTATAL**

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 Raquel Maria Vieira Braga.

SÃO JOÃO DEL REI

2015

JONATAS VINÍCIUS COELHO

**APLICAÇÃO DA MODALIDADE SUBJETIVA À RESPONSABILIDADE CIVIL
POR OMISSÃO ESTATAL**

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 Raquel Maria Vieira Braga.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Raquel Maria Vieira Braga

Prof. Cristiano Lima da Silva

Prof. Antônio Américo de campos Junior

SÃO JOÃO DEL REI

2015

DEDICATÓRIA

Àqueles que sempre acreditaram no meu potencial e contribuíram para a conclusão deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Sou grato a Deus, pela saúde física e mental.
Aos amigos e familiares, pelo reconhecimento.
À professora Raquel, pela assistência.

Quando as leis forem fixas e literais, quando apenas confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para indicar se esses atos são conformes à lei escrita, ou se a contrariam; quando, finalmente, a regra do justo e do injusto, que deve orientar em todos os seus atos o homem sem instrução e o instruído, não constituir motivo de controvérsia, porém simples questão de fato, então não se verão mais os cidadãos submetidos ao poder de uma multidão de ínfimos tiranos.

Cesare Beccaria

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado é regulada pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente o dever de reparação do dano causado pelo Estado, em decorrência de sua atuação. Nos casos de condutas comissivas, a responsabilidade, sem dúvida, tem caráter objetivo, modalidade em que basta a existência do nexu causal entre o fato e o dano para que haja a obrigação de indenizar. Porém, o texto legal não deixa clara a responsabilidade objetiva em casos de omissão, visto que atos omissivos não causam diretamente dano, mas dão condição para que ocorra. Diante da possibilidade de ocorrência do dano, há que se analisar a culpa do agente, remetendo-nos então, à modalidade subjetiva de responsabilidade. A metodologia empregada na presente pesquisa foi a análise reiterada de jurisprudências e do posicionamento de doutrinadores. Fato é que o Estado deve ser responsabilizado pelas condutas de seus agentes, sejam estas comissivas ou omissivas, para que o administrado não se veja totalmente desamparado frente às atividades do Estado, tão presentes na vida em sociedade. Porém, há que se ponderar na análise da responsabilidade, pois deve haver comprovação de que o Estado tinha o dever legal de impedir o evento danoso e não o fez, seja por culpa ou dolo. Destarte, concluiu-se pela responsabilidade subjetiva como a que melhor traduz o dever de indenização por parte do Estado nos casos omissivos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado; Ação; Dano; Nexu Causal; Responsabilidade Objetiva; Omissão; Responsabilidade Subjetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO....	10
1.1 Teoria da irresponsabilidade.....	10
1.2 Teoria civilista.....	11
1.3 Teoria publicista.....	13
1.4 Responsabilidade civil do Estado perante o novo Código Civil e a atual Constituição Federal.....	15
2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	19
2.1 Natureza jurídica.....	20
2.2 Pressupostos.....	20
2.3 Excludentes de responsabilidade.....	22
2.3.1 Culpa exclusiva da vítima.....	22
2.3.2 Caso fortuito e força maior.....	23
2.3.3 Fato de terceiro.....	24
2.4 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	25
3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO ESTATAL.....	27
3.1 Responsabilidade civil objetiva.....	27
3.2 Responsabilidade civil subjetiva.....	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	36

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado, inexistente num primeiro momento da história, surgiu na segunda metade do século XIX, a fim de assegurar ao administrado a segurança de que, em caso de dano causado pelo ente, este seria obrigado a repará-lo. Com isso, haveria a segurança de que as desigualdades, até então existentes entre Estado absolutista e indivíduo, estariam, se não sanadas, diminuídas.

Dessa forma, houve uma significativa evolução da responsabilidade civil do Estado, pois esta passou da irresponsabilidade total para a responsabilidade subjetiva, na qual há análise da culpa do agente e num segundo momento, para a responsabilidade objetiva, em que basta a comprovação do nexo causal entre a atuação do agente e o dano causado para que se configure a responsabilidade.

Atualmente, muito se tem discutido a respeito da responsabilidade do Estado na sua forma omissiva. Regulada pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 e art. 43 do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil do Estado vem sendo alvo de interpretações jurídicas distintas, havendo a defesa de seu caráter objetivo por alguns tribunais e a defesa de seu caráter subjetivo por outros.

Assim, em casos de omissão do Estado, que se efetiva no momento em que não age quando deveria, faz de maneira atrasada ou se faz, o realiza de forma precária, parte da doutrina entende que seria necessária a comprovação da culpa do agente por parte da vítima.

Os defensores da responsabilidade objetiva, porém, seguem a literalidade da lei, alegando que a conduta omissiva, assim como a comissiva, se apresenta como causa do resultado,, e não apenas como condição para que ocorra, sendo, portanto, desnecessária a análise do elemento culpa.

Pois bem, diante da grande repercussão jurídica que tem o tema, relevante se faz o estudo da responsabilidade civil do Estado.

Diante disso, através de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, este trabalho busca elucidar as questões pertinentes ao tema e demonstrar que diante da omissão do Poder Público diante da lei, este poderá ser responsabilizado de forma subjetiva.

No primeiro capítulo far-se-á a exposição da evolução histórica do instituto, apresentando as teorias que nortearam a responsabilidade civil no desenrolar da história. A exposição se faz necessária para que se compreenda o tratamento dispensado ao assunto atualmente, pela Constituição Federal e Código Civil.

O segundo capítulo tratará de aspectos relevantes para a compreensão do tema, como a noção de responsabilidade civil, sua natureza jurídica, os elementos necessários para que se caracterize tal responsabilidade, bem como as situações que a excluem.

O terceiro capítulo, por sua vez, abordará a questão da responsabilidade civil por omissão estatal. Além disso, far-se-á à luz da doutrina, a diferenciação entre as modalidades objetiva e subjetiva de responsabilidade e o entendimento dos Tribunais acerca do instituto.

1. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Clara é atualmente a concepção de que, assim como o particular, o Estado também deve se responsabilizar pelos danos causados a terceiros, indenizando-os. Tal ideia surge do fato de que, se o Estado é presença constante nas relações sociais, interferindo até mesmo nos direitos individuais, suscetível de erro está, mais até do que o particular, não sendo possível que ignore a lesão por ele causada. É o que explica Mello (2007, p. 965):

Seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, sob pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.

Assim, o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, deixa clara a responsabilidade do Estado, impondo tanto às pessoas jurídicas de direito público, quanto às de direito privado prestadoras de serviços públicos o dever de indenizar, ou seja, reparar os danos causados a terceiros.

Cabe ressaltar que para ser reparado, o bem lesado deve ser juridicamente tutelado, ou seja, deve ser amparado pelo sistema normativo. Não basta que o Estado cause qualquer dano ao particular, mas sim, viole um bem protegido por lei.

Porém, a responsabilidade civil do Estado nem sempre foi concebida da forma como a conhecemos hoje. Portanto, para melhor entendimento das características do instituto e seus fundamentos, necessária a abordagem às diversas teorias que se desenrolaram sobre o assunto no decorrer da história.

1.1 Teoria da irresponsabilidade

Ao longo da história, a responsabilidade civil do Estado vem sendo abordada de forma diferente, seguindo a evolução cultural e jurídica da própria sociedade, surgindo assim, diversas teorias acerca do assunto.

A primeira delas vigorou entre o século XVIII e início do século XIX, fase do absolutismo, em que a ideia de que o rei não errava nunca, traduzia a crença de que o Estado era soberano e gozava de imunidade total.

Assim, à vítima não caberia nenhum tipo de ação contra o Estado, devendo suportar o ônus do prejuízo sofrido em razão de sua atuação.

A teoria da irresponsabilidade foi adotada 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*; lê *roi ne peut mal faire*) e de que 'aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei' (*quod principi placuit habet legis*). Qualquer atividade atribuída ao Estado significa colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania. (DI PIETRO, 2004, p. 597).

Interessante ressaltar que a razão para tal onipotência residia no fato de que todos acreditavam que o soberano estatal era indicação divina e, sendo assim, aquele escolhido por Deus não poderia ser contestado.

Além do argumento da soberania que sustentava a teoria da irresponsabilidade, outros são colocados por Tavares (2003, p. 115):

- a) A finalidade do Estado é o bem-estar do cidadão. Desta forma, qualquer ato praticado por seus agentes, visa, unicamente, a atender a este objetivo.
- b) Como o Estado é uma ficção, uma pessoa moral - como é tratado no Direito Português - não há como imputar a ele culpa ou dolo, uma vez que lhe falta o elemento psicológico-normativo.
- c) Não é razoável que o Estado aplique uma lei contrária a si mesmo.
- d) O agente, quando atua fora dos limites da lei, deve responder pessoalmente, uma vez que ele só age em nome do Estado, se estiver dentro dos parâmetros legais.
- e) Quem responde pela escolha dos agentes estatais, é a autoridade competente para a nomeação. O Estado, dessa forma, não pode responder pela culpa *in eligendo* em relação a seus agentes.

Sabe-se que nos ordenamentos jurídicos modernos, não mais cabe tal teoria, tamanha a fragilidade dos argumentos que a permeiam. Em razão disso, por volta do sec. XIX, a teoria da irresponsabilidade foi sendo superada.

1.2 Teoria civilista

Aqui, dá-se o primeiro passo ao reconhecimento da responsabilização do Estado. A ideia de responsabilidade surgiu na França, por volta da metade do século XIX, baseada nos moldes do Direito Civil, quando começaram a serem admitidas ações propostas contra o Estado em algumas situações. Tal concepção tomou força a partir do Código Civil de Napoleão e estava ligada diretamente à noção de Direito Privado.

O renomado autor Cavalieri Filho (2005, p. 249) aponta as causas do surgimento da responsabilização do Estado:

De fato, se no Estado de Direito o Poder Público também se submete à lei, a responsabilidade estatal é simples corolário, consequência lógica e inevitável dessa submissão. Como sujeito dotado de personalidade, o Estado é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, inexistindo motivos que possam justificar a sua irresponsabilidade. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por ato próprio do Estado?

Mas ainda era precária a responsabilização do Estado, pois havia a divisão dos atos estatais em “atos de gestão” ou “atos de império”. Ocorria que no desempenho de um ato de gestão, o Estado poderia ser civilmente responsabilizado. No caso dos chamados “atos de império”, o mesmo não se aplicaria. Estes derivavam da soberania estatal, enquanto os “atos de gestão” eram os atos que o Estado praticava despido de suas prerrogativas, estando em igualdade de condições com os administrados.

Assim diferenciava-se a atuação da Administração Pública Estatal:

Tinha-se como certo que duas classes de funções desempenha o Estado: as essenciais ou necessárias, no sentido de que tendem a assegurar a existência mesma do Poder Público (manter a ordem constitucional e jurídica), e as facultativas ou contingentes, no sentido de que não são essenciais para a existência do Estado, mas este, não obstante, as realiza para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura; quando realiza as funções necessárias, age como Poder Público, soberano; quando realiza funções contingentes, age como gestor de interesses coletivos. (CAHALI, 2007, p. 22).

Para melhor entendimento do que seriam os “atos de império” e “atos de gestão”, explica Di Pietro (2008, 608-609):

Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Vê-se que os atos de império ainda continuavam sob a proteção da irresponsabilidade estatal, sendo gradativo o rompimento com a teoria da irresponsabilidade do Estado. Nos “atos de gestão”, o Estado estaria sujeito a eventuais indenizações pelo fato de atuar no mesmo nível que o particular. “Nos atos de império”, seria possível dano causado pelo Estado, porém, como nesse caso age para atender as necessidades da sociedade, não seria exigível a indenização.

Contudo, embora começasse a florescer a responsabilidade civil do Estado, obstáculos surgiam na identificação dos “atos de gestão” e “atos de império”, dificultando por isso, a reparação do dano.

Além disso, deveria ser comprovado o elemento subjetivo da conduta, ou seja, o dolo ou culpa do agente público, para que o Estado fosse obrigado a indenizar o prejudicado, ressalvado o direito de regresso contra o agente causador do dano. Devido à dificuldade de se individualizar o agente responsável pela conduta lesiva e ainda a comprovação de culpa por parte deste, comuns eram os casos de irressarcibilidade, deixando o administrado em situação de prejuízo.

Em decorrência da gama de artifícios que tinha o Estado para esquivar-se do dever de indenizar, tal teoria se viu enfraquecida, passando-se a uma terceira fase, denominada teoria publicista.

1.3 Teoria Publicista

A partir das teorias publicistas o elemento subjetivo, qual seja, a culpa do agente estatal, deixou de ser analisado para que se viabilizasse a reparação do dano. As teorias publicistas se dividem ainda em outras três teorias: teoria da culpa administrativa, teoria do risco integral e teoria do risco administrativo.

A teoria da culpa administrativa reflete o primeiro estágio evolutivo entre a teoria subjetiva da responsabilidade civil e a teoria objetiva que a sucedeu. Também chamada de *faute du service*, essa teoria não mais exigia a identificação do agente estatal causador do dano para que este fosse reparado. Isso porque com a proporção tomada pela máquina estatal, difícil seria para a vítima tal identificação. O que se levava em conta nessa terceira fase era a prova da existência de falhas, deficiências no serviço público, ou seja, a culpa da máquina estatal ainda deveria ser comprovada.

É o que esclarece Cavalieri Filho (2007, p. 221):

A culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.

Finalmente, a teoria da culpa anônima ou falta do serviço evoluiu para o que se chama de teoria objetiva da responsabilidade civil, em que as teorias do risco integral e do risco administrativo dividem espaço no que se refere à modalidade objetiva de responsabilidade.

A teoria do risco integral embasa-se na ideia de responsabilidade absoluta do Estado, diferenciando-se da teoria do risco administrativo apenas pela relevância ou não das excludentes de responsabilidade. Melhor definindo, de acordo com os moldes da teoria do risco integral, o Estado responderia de forma objetiva mesmo que presente uma das excludentes do nexo causal, assumindo a administração todo e qualquer risco decorrente de sua atividade.

O renomado autor Cavalieri Filho (2007, p. 221) opina acerca do assunto, apresentando crítica consistente a tal teoria:

É modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. É o que ocorre, por exemplo, no caso de acidente de trabalho, em que a indenização é devida mesmo que o acidente tenha decorrido de culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito. Se fosse admitida, o Estado ficaria obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade, posto que

estaria impedido de invocar as causas de exclusão do nexu causal, o que, a toda evidência, conduziria ao abuso e à iniquidade.

Já a teoria do risco administrativo, consiste em atribuir ao Estado responsabilidade pelo risco criado por sua atuação. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2007, p. 223), argumenta:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.

Assim, na teoria do risco administrativo basta para a reparação do dano por parte do Estado, a evidência da relação de causa e efeito (nexu causal) e o dano sofrido pela vítima.

1.4 Responsabilidade civil do Estado perante o novo Código Civil e a atual Constituição Federal

Atualmente, a responsabilidade civil do Estado encontra-se pontuada no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, que tem a seguinte redação:

§ 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.

Do citado artigo abstrai-se a responsabilidade civil objetiva, pelo que o verbo “causarem” não dá margem alguma para que se inclua aí a análise de culpa do agente estatal nas condutas comissivas, levando-se em conta, portanto, dano, ação administrativa e o nexu causal entre o dano e ação administrativa.

Segundo Di Pietro (2008, p. 414) este artigo apresenta os seguintes requisitos:

1. Que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos (...); 2. Que essas entidades

prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada (...); 3. Que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito; 4. Que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas (...); 5. Que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções.

Presume-se ainda, a aplicação da teoria do risco administrativo, em que o Estado não será responsável nos casos em que não der causa ao dano, excluindo-se assim, o nexo causal nos casos de caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou de fato exclusivo da vítima. Como visto, pela redação do artigo em comento, a teoria do risco integral não poderia mesmo ser utilizada, visto que esta não admite as excludentes de responsabilidade, respondendo o Estado em qualquer situação de dano em que se envolva.

Importante ressaltar que “agente” difere-se de “funcionário”; o primeiro tem maior abrangência que o segundo, à medida que se refere a todo aquele que presta serviço público em caráter permanente ou transitório, enquanto que o segundo, refere-se apenas àquele que ocupa cargo público em caráter efetivo. É o que explica Melo (2007, p. 998):

Para que haja a responsabilidade pública importa que o comportamento derive de um agente público. O título jurídico da investidura não é relevante. Basta que seja qualificado como agente público, é dizer, apto para comportamentos imputáveis ao Estado (ou outras pessoas, de Direito Público ou de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, quando atuarem nesta qualidade). Importa, outrossim, que o dano tenha sido produzido por alguém graças a esta qualidade de agente público, e não em situação alheia ao qualificativo em causa. A condição de agente, no sentido ora indicado, não se descaracteriza pelo fato de este haver agido impulsionado por sentimentos pessoais ou, por qualquer modo, estranhos à finalidade do serviço. Basta que tenha podido produzir o dano por desfrutar de posição jurídica que lhe resulte da qualidade de agente atuando em relação com o serviço público, bem ou mal desempenhado.

Além disso, segundo Crettela Junior (2002, p. 145), a expressão “nessa qualidade”, inserida no texto constitucional, referente ao agente causador do dano, dá a idéia de:

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

Por fim, o Código Civil de 2002, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, também regula a matéria, em seu art. 43:

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

A jurisprudência, por sua vez, vem caminhando nas diretrizes da Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, como se vê no julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO POLICIAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. LESÕES FÍSICAS EM BRAÇO E MÃO ESQUERDA. ABUSIVIDADE. LEGÍTIMA DEFESA E CULPA CONCORRENTE NÃO CONFIGURADA. DANO MORAL IN RE IPSA. MAJORAÇÃO. 1. Nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, a Administração Pública responde pelos danos causados aos administrados independentemente da existência de culpa por parte do agente público causador do dano. Porém, é necessária a demonstração de um resultado lesivo e do nexo de causalidade com o agir dos policiais militares. 2. O contexto fático-probatório dos autos autoriza concluir pela configuração da culpa por parte da ré pelo demandante ter sido abordado por policiais e lhe ser deferido tiro com arma de fogo em seu braço esquerdo. Foi constatado que não foi manifestada qualquer reação pelo autor, perdendo parcialmente o movimento de um dos dedos da mão esquerda, além de possuir dificuldades de movimentação no braço atingido. Afastada a alegação de culpa concorrente. 3. Age em legítima defesa aquele que, diante de uma agressão injusta, atual e iminente, a direito próprio ou de terceiro, utiliza-se moderadamente dos meios necessários para repeli-la, no caso, não restando demonstrada sua configuração. 4. Os danos morais, neste caso, por serem subjetivos e se passarem no íntimo psíquico da pessoa, não necessitam de prova. São presumíveis e decorrem diretamente do ilícito. É desnecessária, portanto, a prova objetiva acerca da ocorrência dos danos morais, porquanto estes se presumem diante da constatação da existência do ilícito. 5. A indenização por danos morais fixada na sentença deve ser majorada,

tendo em vista que restou demonstrada a abusividade e a precipitação na conduta dos policiais, não configurando enriquecimento injustificado para o autor e, ao mesmo tempo, não desconsiderando o caráter pedagógico da pena. APELO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DO RÉU DESPROVIDO. (TJ, Apelação Civil N° 70016302739/RS, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, julgado em 12.09.2007, DJ de 01.10.2007).

Muito se caminhou no desenvolvimento das teorias de responsabilização civil do Estado, até chegar aos ordenamentos jurídicos que se tem hoje, os quais elegem a teoria objetiva nas condutas comissivas, com a observação do nexos causal entre fato Administrativo e dano para estabelecer o dever de indenizar por parte do Estado.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil baseia-se na ideia do dever que tem alguém de reparar o dano causado por sua atividade, abrangendo, portanto, todos aqueles que assumem determinadas condutas. Ressalte-se que o Estado, enquanto Administração Pública, enquanto administração dos interesses da sociedade, também responde por seus atos. Assim, conceitua Diniz (2005, p. 40):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por que ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Da mesma forma, complementa Araújo (2007, p. 727):

[...] A conotação da palavra responsabilidade é sempre estabelecida com a ideia de imputabilidade a alguém, relativamente ao desequilíbrio que esse alguém causou na ordem regular ou natural das coisas.

Assim, a responsabilidade civil enquanto obrigação de reparar, surge a partir de uma situação de desequilíbrio, em que o descumprimento de uma obrigação causou prejuízo a outrem.

Outra situação pertinente ao tema é que o instituto busca viabilizar a vida em sociedade, estabelecendo limites para o comportamento individual. Nesse sentido, comenta Oliveira (2001, p. 11-12):

A vida em sociedade implica compartilhar os bens disponíveis, qualquer que seja a natureza destes, observando-se os limites traçados por um determinado ordenamento jurídico. A convivência social estabelece os espaços permitidos à fruição da liberdade por parte do indivíduo, delimitando, pois, seu alcance. Uma transgressão a essa delimitação significa uma lesão aos bens daquele que compartilha o ambiente comum. Deve-se, pois, pautar o comportamento individual com observância ao direcionamento de seus efeitos. [...] Transportado esse dever moral de não lesar para a esfera jurídica, constrói-se a noção de responsabilidade civil assentada numa sanção consistente na obrigação de reparar o prejuízo causado a terceiro. Com efeito, importa para o mundo jurídico manter o equilíbrio social e, com o aparato normativo, restabelecê-lo quando rompido pela conduta comissiva ou omissiva de um dos componentes da sociedade.

Desta feita, tem-se que a responsabilidade civil do Estado é o restabelecimento da condição de normalidade anterior ao fato lesivo, sendo necessária a existência de três requisitos, que são o fato, o dano e o nexo causal entre estes.

A partir da conceituação do instituto, tratar-se-á da análise dos princípios da responsabilidade civil, sua natureza jurídica e seus pressupostos, imprescindíveis à elucidação de questões posteriores acerca do assunto.

2.1 Natureza jurídica

A natureza jurídica da responsabilidade civil está relacionada ao seu objetivo, que é compensar a vítima pelo prejuízo sofrido, a fim de amenizar seu sofrimento. Portanto, há para o agente causador do dano, uma sanção por descumprimento de preceito legal, e, para a vítima, indenização para compensar o dano.

O dano pode evidenciar-se na esfera material ou moral, devendo a vítima ser indenizada, através de um quantum estabelecido de forma justa.

A esse respeito, nos ensina Gonçalves (2003, p. 02):

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.

Claro está, portanto, que a natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado tem caráter obrigacional, visto que a partir do dano cria-se um vínculo entre vítima e agente, devendo este último reparar os prejuízos causados.

2.2 Pressupostos

No disposto no art. 186 do Código Civil de 2002, encontramos os pressupostos de análise da responsabilidade civil. O aludido artigo diz que [...] aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar

direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. A partir daí, tem-se que os três requisitos necessários ao surgimento da responsabilidade são ação ou omissão do agente, nexos de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

O primeiro requisito, a ação ou omissão do agente, envolve outras três modalidades descritas por Gonçalves (2003, p. 37):

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.

Inferre-se do artigo citado, bem como das palavras de Gonçalves, que o dano pode decorrer de ato próprio do agente que o causou. Num segundo caso, pode haver responsabilização do responsável pelo agente causador do dano. E em último caso, há responsabilidade civil por parte dos detentores de animais, caso estes venham a causar algum dano.

Quanto ao nexo de causalidade, segundo pressuposto aqui analisado, tem-se que, em não existindo conexão entre o dano e a atitude do agente, não haverá dever de indenizar.

Assim define Cavalieri Filho (2005, p. 70):

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.

Por fim, quanto ao terceiro pressuposto, a saber, o dano, este é a consequência da ação ou omissão do agente, sem o qual não se efetiva a responsabilidade civil.

Já vimos que não há que se falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe

causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 605):

Cabe ressaltar que o prejuízo tem que ser efetivo, surgindo assim, o dever de reparação. Se não há dever de reparação, não há responsabilidade civil.

2.3 Excludentes de responsabilidade

Estabelecidos os elementos que compõem a responsabilidade civil, conclui-se que ausente qualquer um deles, não haverá tal responsabilidade. Imprescindível, pois, o estudo das hipóteses que afastam o nexo de causalidade existente entre a ação ou omissão e o dano. Trata-se das excludentes de responsabilidade.

As excludentes de responsabilidade são muito bem definidas pelo autor Cavalieri Filho (2005, p. 89):

É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstâncias que as impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas. E, como dizem os antigos, *ad impossibilia nemo tenetur*. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado. Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente.

Assim, as excludentes de ilicitude que excluem o nexo causal e, conseqüentemente, o dever de indenizar são: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro.

2.3.1 Culpa exclusiva da vítima

O que ocorre nesse caso é que a vítima deu causa ao próprio dano, excluindo a responsabilidade de indenização, pois o Estado em nada contribuiu para que ocorresse tal evento. Assim, quem deve pagar a indenização é quem deve recebê-la também.

Pode ocorrer, entretanto, que a vítima não tenha dado causa ao evento danoso, mas apenas concorrido para que este ocorresse. Nesse caso, a

responsabilidade do agente é abrandada e a indenização será definida na medida da culpabilidade de quem a cometeu.

É o que define Carvalho Filho (2008, p. 504-504):

Entretanto, pode ocorrer que o lesado tenha sido o único causador de seu próprio dano, ou que ao menos tenha contribuído de alguma forma para que o dano tivesse surgido. No primeiro caso, a hipótese é de autolesão, não tendo o Estado qualquer responsabilidade civil, eis que faltantes os pressupostos do fato administrativo e da relação de causalidade (...) Se, ao contrário, o lesado, juntamente com a conduta estatal, participou do resultado danoso, não seria justo que o Poder Público arcasse sozinho com a reparação dos prejuízos. Nesse caso, a indenização devida pelo Estado deverá sofrer redução proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o resultado danoso.

Dessa forma, como foi afastada a culpa exclusiva da vítima, a indenização é devida, mas deve ser calculada, levando-se em consideração a ação/omissão do agente e daquele que sofreu o dano.

2.3.2 Caso fortuito e força maior

No que se refere ao caso fortuito e força maior, consenso não há quanto ao conceito de ambas as excludentes. Porém, conforme entendimento majoritário, Cavalieri Filho (2005, p. 91) apresenta brilhantemente a diferenciação entre as duas excludentes:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face de força maior, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.

No caso de responsabilidade civil do Estado, assinala Carvalho Filho (2008, p. 406):

Ora, na hipótese de caso fortuito ou força maior nem ocorreu fato imputável ao Estado, nem fato cometido por agente estatal. E, se é assim, não existe nexos de causalidade entre qualquer ação do

Estado e o dano sofrido pelo lesado. A consequência, pois, não pode ser outra que não a de que tais fatos imprevisíveis não ensejam a responsabilidade do Estado.

De qualquer forma, em qualquer das situações dá-se o acaso, motivo pelo qual a responsabilidade será excluída, em virtude da quebra do nexo causal entre ação ou omissão do agente e o dano.

2.3.3 Fato de terceiro

Assim como o caso fortuito e a força maior, o fato de terceiro é evento externo, estranho à relação entre as duas partes envolvidas. Terceiro é o agente autônomo, constituindo assim, excludente de responsabilidade.

Terceiro ainda na definição de Aguiar Dias (ob, cit., v. II/299), é qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado. Pois, não raro, acontece que o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 90).

Exemplo prático do exposto é o que segue:

Assim, a ação ou omissão que causa um dano parte diretamente do agente, mas é ocasionada por um terceiro. Isso pode ser evidenciado nos casos em que um veículo em movimento atropela uma pessoa quando esta é empurrada por um terceiro na direção do carro. No evento descrito ocorreu de fato um dano, mas teve a interferência de uma pessoa alheia à relação. (FARIAS, 2007, p. 38-39).

Há que se observar, porém, que para que se dê a exclusão da responsabilidade por fato de terceiro, o comportamento do terceiro causador do dano deve ser inevitável e imprevisível, seguindo a mesma lógica do caso fortuito e da força maior.

Gonçalves (2003, p. 721-722) trata do assunto:

Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo,

somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano.

Cabe dizer ainda sobre a culpa de terceiro que deve ser sua ação evitável por aquele que teria o dever de evitar o dano, para que não incida sobre este último a responsabilização pelo prejuízo. Se, pois, dentro dos cuidados exigíveis, era possível a neutralização de sua atuação e assim não o fez, cabe a responsabilidade civil.

2.4 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

A responsabilidade civil decorre de duas formas distintas de descumprimento da obrigação. Trata-se a primeira de responsabilidade contratual, pois deriva do descumprimento de um contrato previamente existente. A segunda, denominada responsabilidade extracontratual, surge em decorrência de ofensa à norma jurídica ou violação de um direito, através de um ato ilícito.

A responsabilidade contratual rege-se pelos princípios gerais dos contratos, instrumento de vontade das partes e decorre da inadimplência do acordado. E assim, no descumprimento do acordo de vontades por uma das partes, nasce o dever de compensação, caso haja dano.

Essa espécie de responsabilidade encontra-se regulada no art. 389 do Código Civil de 2002: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Nesse sentido, afirma Diniz (2005, p. 245):

Sendo um princípio da obrigatoriedade da convenção um dos princípios fundamentais do direito contratual, as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente.

Cabe ressaltar que no caso de responsabilidade contratual o ônus da prova caberá ao credor, que deverá demonstrar o descumprimento da obrigação contratual em questão.

Já a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, o dever de reparar o dano não decorre de descumprimento contratual, pois não há contrato previamente estabelecido. O que ocorre é a prática de um ato ilícito, que ao causar o dano, estabelece para o agente o dever de indenizar.

Tal modalidade de responsabilidade encontra-se pontuada no artigo 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo o qual, no exercício da atividade pública, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos serão responsabilizadas, ou seja, terão que reparar os danos causados a terceiros, seja por atos lícitos, ilícitos, comissivos ou omissivos, sendo esta o ícone da responsabilidade objetiva do Estado na Constituição Federal.

Rodrigues (2002, p. 10) apresenta a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, no que se refere ao ônus da prova:

[...] na responsabilidade contratual, demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *onus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá que evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou outra excludente da responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar, enquanto, se for aquiliana a responsabilidade, caberá à vítima o encargo de demonstrar a culpa do agente causador do dano.

Cabe ressaltar que no caso de responsabilidade contratual, o ônus da prova caberá ao credor, que deverá demonstrar o descumprimento da obrigação contratual em questão. Em contrapartida, a responsabilidade extracontratual traz o ônus da prova à vítima, o que, em tese, traz para a vítima o dever de demonstrar a culpa do agente causador do dano.

Diante do exposto, percebe-se que a responsabilidade civil do Estado é extracontratual, visto que a relação entre este e os administrados não decorre de contrato. Ocorre que tal explanação refere-se ao Direito Civil. A seguir iremos tratar especificamente da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, oportunidade em que estudaremos que, atualmente, o lesado não tem que comprovar culpa do Estado quando seu agente causa um dano.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO ESTATAL

Sabe-se que tanto os atos comissivos, quanto as condutas omissivas do ente estatal, geram dever de indenizar quando delas decorre o dano. As condutas comissivas se referem ao agir do Estado, enquanto as condutas omissivas ocorrem quando este teria o dever legal de agir e não o fez. A omissão é, pois, a ausência de comportamento do agente estatal.

Para isso, há num primeiro momento que se evidenciar que se a conduta não realizada tivesse sido feita, o dano seria evitado.

Sendo assim, observa Cretella Junior (1970, p. 210):

Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração. A omissão configura a culpa *in omittendo* e a culpa *in vigilando*. São casos de 'inércia', casos de 'não-atos'. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por 'inércia' ou 'incúria' do agente. Devendo agir não agiu.

Além do não funcionamento do serviço quando este deveria funcionar, também configura-se como omissão, o mau funcionamento e o efetivo funcionamento, mas de forma atrasada.

O objeto de estudo desse capítulo é a atual divergência doutrinária acerca da responsabilidade do Estado por atos omissivos dos agentes públicos que venham ocasionar um dano efetivo aos administrados, visto que muitos atribuem a essa responsabilidade a modalidade objetiva e, outros, a modalidade subjetiva.

3.1 Responsabilidade civil objetiva

Fundamentada na teoria do risco, que diz que todo aquele que exerce algum tipo de atividade, responde pelos riscos que sua atividade propõe, devendo arcar com esses riscos, encontra-se a teoria objetiva da responsabilidade do Estado. Assim, o art. 297, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro diz: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. A esse respeito, explica Sílvio Rodrigues (2002, p. 10):

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e

seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

A responsabilidade civil objetiva, amparada pelo Código atual, é aquela em que o agente causador do dano tem o dever de reparação mesmo que não tenha agido com culpa, bastando apenas a comprovação do nexos causal entre a conduta do agente e o dano. Sílvia Rodrigues (2002, p. 10) assim define a responsabilidade objetiva:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Da mesma forma entende Odete Medauar (2004, p. 435):

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

Percebe-se que na responsabilidade civil objetiva, importa apenas se o dano teve como causa o funcionamento do Estado. Aqui não se analisa se tal funcionamento foi regular ou não, bastando apenas a ocorrência de ato lesivo ao indivíduo.

Tal entendimento, para muitos, aplica-se também às condutas omissivas, com fundamento na letra da lei constitucional. E tem sido adotada em alguns julgados como o que segue emitido pelo Supremo Tribunal Federal:

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).

Alguns doutrinadores entendem que considerar a responsabilidade objetiva, até mesmo nos casos de omissão estatal, é estabelecer uma situação de igualdade da vítima perante o todo-poderoso Estado. E assim, assegura-se a igualdade, a justiça e o bem-estar social.

3.2 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade subjetiva pressupõe além dos três elementos supracitados (conduta, nexo causal e dano), um quarto elemento, qual seja, a culpa. Acerca do assunto, disserta Cavalieri Filho (2005, p. 53):

A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, ainda, o elemento culpa. A conduta culposa do agente, erige-se, como assinalado em pressuposto principal da obrigação de indenizar. [...] A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo.

Os defensores da responsabilidade civil subjetiva do Estado nos atos omissivos alegam que o verbo “causarem”, expresso no art. 37, § 6º da Constituição Federal, refere-se apenas aos atos comissivos, visto que o fato de deixar de agir não causa dano, mas apenas dá condição para que ele ocorra. Só causa dano quem age para que tal ocorra; se, ao contrário, não age, mas se omite, não causa dano. Este pode vir a ocorrer ou não, devendo ser analisada a culpa do agente que se omitiu. É o que nos diz Bandeira de Mello (2006, p. 976-977):

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-

lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Dessa maneira, se o Estado não é causador do dano, há que se analisar para sua responsabilização em caso de omissão, se teria ele o dever legal de agir. É o que explica Mello (1981, p. 19 – 20):

Não obstará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e dano sofrido. Com efeito: inexistindo a obrigação legal de impedir certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isso equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la, prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então, o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter agido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente nesse mister, em razão do comportamento inferior ao padrão exigível. Quando se trata de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva. Responsabilidade subjetiva é aquela cuja incursão depende de procedimento contrário ao Direito, doloso ou culposo.

Do citado infere-se também, que ninguém merece censura ou juízo de reprovação, sem que tenha faltado com dever de cautela em seu agir. Dessa forma, a obrigação do Estado em indenizar surge do dever legal que teria em agir ou deixar de impedir quando deveria fazê-lo.

Nesse sentido, encontra-se a posição de Figueiredo (2007, p. 281):

Ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. [...] Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado. [...] Em outro falar: se o Estado omitiu-se há de se perquirir se haveria o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço. Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute de service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.

Reforçando tal entendimento tem-se as palavras de Mello (2006, p. 957):

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Destarte, o Estado responde por sua omissão, desde que não se preste a cumprir a contento atividade que lhe cumpriria, revelando-se diligente, desatento ao seu dever (hipóteses de culpa), omitindo-se quando deveria agir para impedir o dano.

Interessante passagem do professor português Fausto de Quadros, citada por Tavares (2003, p. 129), nos alerta para mais um ponto a ser observado quando da análise da responsabilidade civil do Estado: a ciência do problema a ser sanado para que não seja desencadeado o dano:

[...] pode-se estabelecer uma diferença prática na adoção de uma ou outra teoria. O exemplo que o autor cita é de um buraco na estrada, provocado pelas intempéries. Se o buraco é recente e vem a provocar um acidente, o Estado só será responsabilizado se for adotada a teoria do risco. Não importa se o Estado tomou ou não conhecimento do buraco na estrada. Afinal o Estado assume o risco de manter suas estradas sempre em boas condições de utilização. Caso se adote a teoria subjetiva, o Estado só será responsabilizado, se o buraco for de conhecimento da Administração, que não vem a tomar providências. Isto demonstra o comportamento negligente por parte dos agentes estatais, que justificaria a reparação do dano com fundamento na culpa.

Além disso, a responsabilidade subjetiva requer ainda a análise da culpa, a partir do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, mesmo que haja o dever de agir, pois:

É imprescindível, no entanto, que a obrigação possa ser razoavelmente exigida no Estado. É dizer, não podemos condená-lo a pagar indenização pela ocorrência de dano que não poderia razoavelmente impedir. O Estado não é onipresente, não se pode exigir do mesmo uma atuação materialmente impossível. É fisicamente impossível – e razoavelmente inexigível – por exemplo, imaginar que possa haver policiamento em cada trecho das cidades, imaginar que possa haver recrutas aptos a combater o crime a toda hora e em qualquer lugar. Sistema policial nenhum do mundo possui um efetivo capaz de tal proeza. (TAVARES, 2003, p. 134).

Além disso, segundo Di Pietro (2010, p. 655) há ainda que se analisar a possibilidade de agir, além do dever de agir, para atribuir culpa ao Estado:

Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o *dever de agir* por parte do Estado e a *possibilidade de agir* para evitar o dano. [...] Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável. [...] tem que se tratar de uma conduta que seja *exigível* da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o *princípio da reserva* do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano.

A partir de todo o exposto, tem - se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MUNICÍPIO. ALAGAMENTO DE IMÓVEL. CASO FORTUITO NÃO CONFIGURADO. REDE DE ESCOAMENTO PLUVIAL INSUFICIENTE. OMISSÃO DO ENTE ESTATAL. CULPA. 1. Não se está diante de caso de responsabilidade objetiva da Administração Pública, em que poderia ser aplicada a teoria do risco administrativo. Trata-se, na verdade, de hipótese de responsabilidade subjetiva, tendo por fundamento a omissão estatal, decorrente de comportamento ilícito, sendo necessária a prova do dolo ou de alguma das modalidades de culpa. 2. O alagamento do imóvel da autora não pode ser considerado como caso fortuito, tendo em vista que ficou demonstrada a omissão do Município em relação à limpeza dos bueiros da região. 3. Agiu com culpa o Município, principalmente na modalidade de negligência, ao deixar de atuar preventivamente, a fim de evitar a ocorrência de danos aos moradores. 4. Presentes os pressupostos da obrigação de indenizar, evidente se mostra a ocorrência dos danos em virtude do alagamento e destruição do imóvel da autora decorrentes da insuficiente rede de escoamento pluvial existente na região. Danos comprovados. APELO DESPROVIDO. (TJ, Apelação Civil N° 70014276059/RS, Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, julgado em 10.05.2006, DJ de 22/05/2006).

Aqui, percebe-se a responsabilidade civil subjetiva do Estado por sua omissão, visto que, sabendo o Poder Municipal dos problemas enfrentados por aquela comunidade com relação ao escoamento da água, nada fez para evitar os danos, sendo de sua competência fazê-lo. Houve, portanto, negligência, uma das modalidades de culpa.

Nota-se, portanto, que a aplicação da responsabilidade civil do Estado não é pacífica nos casos de omissão, havendo divergências no entendimento jurisprudencial e doutrinário quanto à atribuição da responsabilidade objetiva ou subjetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de analisar a responsabilidade civil do Estado em sua forma subjetiva, o presente trabalho buscou conceituar o instituto da responsabilidade civil, sua natureza jurídica e os pressupostos necessários à configuração do dever de indenizar.

Através da evolução histórica do instituto, desde a fase da irresponsabilidade total do ente estatal, foi possível entender a forma como a conhecemos hoje, embora divergências acometam tal responsabilidade no que diz respeito aos atos omissivos do Estado.

Nesse caso, após explanação do que se denomina responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva, conclui-se que a responsabilidade subjetiva é perfeitamente aplicável nos casos de danos causados por omissão do Estado, além de ser a que melhor traduz o bom senso das decisões jurídicas.

Isso porque nos casos em que a responsabilidade por omissão é tratada pelo viés da responsabilidade objetiva, analisa-se apenas a atuação do agente estatal e o nexo causal entre este e o dano, o que daria ao Estado o status de segurador universal, responsável por todos os eventos danosos que porventura viessem a acontecer.

Em contrapartida, no que se refere à responsabilidade subjetiva aplicada aos atos omissivos, percebe-se a análise da culpa como um “plus” aos elementos que caracterizam a responsabilidade objetiva, elemento imprescindível nos casos em que o Estado não age quando deveria agir, age com ineficiência ou tardiamente.

Pois bem. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, § 6º, prevê o dever de indenização para aqueles que “causarem” dano, referindo-se o citado verbo a atos comissivos, pois, atos omissivos apenas dão condição para que o evento danoso ocorra, podendo este se concretizar ou não. Destarte, omitindo-se o Estado, possibilita com sua inação, a ocorrência de eventos ou ações que efetivamente causem o prejuízo. Daí a necessidade de análise da culpa do agente que se omitiu.

Além disso, há que se analisar o dever legal de agir do Estado, que se faz através da responsabilidade subjetiva. O procedimento contrário ao Direito por culpa ou dolo, deve ser levado em conta quando da omissão estatal, se este, em sendo obrigado por lei a fazer, não o faz, e, em decorrência disso, ocorre o dano.

Outro ponto a ser observado quando da análise da responsabilidade subjetiva nas condutas omissivas estatais, é o que se refere à ciência por parte do Estado do problema a ser por ele sanado. O Estado não é onipresente, capaz de se fazer presente em toda e qualquer situação de risco, a qualquer momento, o que faz da culpa o elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil estatal em decorrência de sua omissão.

E ainda, em decorrência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, há que se saber da possibilidade de agir do Estado, pois em alguns casos, mesmo sendo obrigado a atuar, não seria razoável exigir da Administração tal conduta.

Diante do exposto, verifica-se a necessidade da análise do caso concreto, em que a responsabilidade subjetiva, caracterizada pela culpa, determinará o dever de indenizar por parte do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 965.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao88.htm.> Acesso em: 16 jan. 2014.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm.> Acesso em: 16 jan 2014.

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: 30 jan 2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça*. Apelação Civil Nº 70014276059/RS, Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, julgado em 10.05.2006, DJ de 22/05/2006. Disponível em:

http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php.> Acesso em 22 out. de 2007.

Acesso em 30 jan. 2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça*. Apelação Civil Nº 70015619992/RS, Rel. Leo Lima, Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, julgado em 25.10.2006, DJ de 27/11/2006. Disponível em:

http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php.> Acesso em 30 jan 2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça*. Apelação Civil Nº 70016302739/RS, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, julgado em 12.09.2007, DJ de 01.10.2007. Disponível em:

http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php.> Acesso em 30 jan 2014.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal*. AC: 200351010119886 RJ 2003.51.01.011988-6, Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, Data de Julgamento: 25/10/2010, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 09/11/2010 - Página: 341. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/51100656/stf-21-02-2013-pg-204>>. Acesso em 30 jan 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. V. 8. 1. ed. São Paulo: Forense, 1970.

- _____. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- _____. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- _____. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FARIAS, Antônio Adonísio. *Responsabilidade Civil do Estado pelos atos omissivos de seus agentes no âmbito do Poder Executivo*. Fortaleza, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*. Volume 552. Revista dos Tribunais, 1981.
- OLIVEIRA, João Adilson Nunes. *Responsabilidade civil do Estado no Brasil: natureza, evolução e perspectivas*. Florianópolis: UFSC, 2001.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil vol. IV*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TAVARES, Flávia Oliveira. *Responsabilidade do Estado por omissão no âmbito administrativo*. Rev. Fun. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Ano 11, Ed. Especial. Brasília: set 2003.