



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VINÍCIUS TEIXEIRA DE FARIAS

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
POR OMISSÃO**

CAMPINA GRANDE – PB
2014

VINÍCIUS TEIXEIRA DE FARIAS

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
POR OMISSÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Tércio de Sousa Mota

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

F224r Farias, Vinícius Teixeira de.

Responsabilidade extracontratual do Estado por omissão
[manuscrito] / Vinicius Teixeira de Farias. - 2014.
35 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

"Orientação: Prof. Me. Tércio de Sousa Mota, Departamento de
Direito Privado".

1. Estado. 2. Responsabilidade extracontratual. 3.
Ordenamento jurídico. I. Título.

21. ed. CDD 346.02

VINÍCIUS TEIXEIRA DE FARIAS

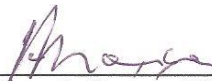
RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 26/02/2014.



Prof. Me. Tércio de Sousa Mota / UEPB
Orientador



Prof. Me. Amilton de França / UEPB
Examinador



Prof. Esp. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho / UEPB
Examinador

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

FARIAS, Vinícius Teixeira de¹

RESUMO

Ao longo do tempo a responsabilidade extracontratual do Estado passou por diversas transformações benéficas aos ordenamentos jurídicos. Primitivamente, imperava a teoria da irresponsabilidade do Estado que excluía completamente qualquer dever de indenizar. Superada esta fase, surgiram as teorias lastreadas na ideia de culpa do direito privado, as quais deram lugar as teorias publicistas. No Brasil, a responsabilidade, nos moldes atuais, encontra-se constitucionalizada desde 1946. Embora exista uniformidade doutrinária e jurisprudencial acerca das condutas comissivas, o mesmo não ocorre em relação as condutas omissivas. Diante disso, o trabalho aqui desenvolvido tem como objetivo principal analisar natureza jurídica da responsabilidade imputada as omissões no ordenamento jurídico brasileiro, observando o que nos revela a doutrina e jurisprudência nos tribunais pátrios. Dessa forma, aborda desde a origem da responsabilidade extracontratual do Estado até a apresentação de cada uma das teorias que procuram enquadrar a responsabilização dos atos omissivos na seara objetiva ou subjetiva. Outrossim, busca-se ampliar a discussão acerca do tema para uma melhor elucidação da questão.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade extracontratual do Estado. Teorias. Omissões. Natureza jurídica.

INTRODUÇÃO

É cediço que o Estado interfere cada vez mais nas vida das pessoas. Isso ocorre porque, atualmente, está obrigado não apenas a abster-se de certas ações que violariam direitos fundamentais delas, mas também a agir preventivamente protegendo-os, quando estejam sendo ameaçados.

Sendo sua presença uma imposição e possuindo o monopólio do uso legítimo da força, é indubitável que eventualmente provocará uma lesão aos administrados, fazendo surgir, desde que presentes determinados pressupostos, a obrigação de indenizar. Ou seja, a obrigação de recompor, tanto quanto possível, o *status quo ante* daquele que sofreu o dano.

No entanto, se hoje está presente nos mais variados países, a possibilidade de responsabilização do Estado nem sempre foi aceita, tendo sido resultado de um lento processo evolutivo, representado por sucessivas teorias que se seguiram ao longo do tempo. Outra não poderia ser a conclusão, pois se o Estado existe em razão da lei, nada mais lógico que também esteja submetido ao ordenamento que ele mesmo impõe aos administrados.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. viniciustf@gmail.com.

A propósito, Marçal Justen Filho (2013. p. 1296) assevera que “a responsabilidade jurídica do Estado traduz uma característica da democracia republicana. A responsabilidade do Estado deriva da supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal”.

Ressalte-se, contudo, que a responsabilidade civil do Estado está sujeita a um regime próprio, com características peculiares de sua composição, compatibilizando-se com as espécies de danos (MELLO, 2011, p. 998) que suas condutas comissivas ou omissivas, materiais ou jurídicas, lícitas ou ilícitas, podem gerar.

No que se refere às omissões, pende forte divergência. Destarte, diferentemente do que ocorre com as condutas comissivas, em que doutrina e jurisprudência são unânimes em reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, lastreada na noção de risco que envolve a atividade administrativa, a natureza da responsabilidade pelas condutas omissivas não se afigura bem delineada.

Assim, o presente trabalho se propõe a realizar a análise das distintas correntes doutrinárias que procuram explicar a natureza jurídica da responsabilidade do Estado proveniente de condutas omissivas, bem como perquirir a situação atual encontrada nos tribunais pátrios.

Para tanto, utilizamos o método dedutivo de abordagem, partindo de uma pesquisa bibliográfica, teórica e documental. As principais fontes compreenderam: a legislação vigente sobre o assunto, a bibliografia pertinente ao tema, principalmente ligados ao Direito Administrativo e Civil, incluindo livros, revistas, jornais, artigos e periódicos, bem como a jurisprudência.

No intuito de aprimorar a compreensão e aproveitamento do conteúdo, dividiu-se o trabalho em seis capítulos. O primeiro, tratará do conceito da responsabilidade civil e da responsabilidade extracontratual do Estado. O segundo capítulo, por seu turno, fará uma análise histórica da responsabilidade do Poder Público, procurando esmiuçar cada uma das teorias desenvolvidas ao logo desse tempo.

O terceiro capítulo, destina-se a análise da responsabilidade extracontratual do Estado no ordenamento jurídico brasileiro. Inicia-se a abordagem a partir de breve histórico do tratamento conferido ao instituto pelas constituições do país. Em seguida, parte-se para o exame do dispositivo constitucional que o embasa atualmente, bem como de seus fundamentos, conforme o dano seja proveniente de atuação lícita ou ilícita.

Posteriormente, verificar-se-á os pressupostos ou condições deflagradoras gerais da responsabilidade da Administração Pública: ação ou omissão estatal, evento dano, nexo causal. O capítulo subsequente terá por finalidade perquirição das excludentes e atenuantes de

responsabilidade, que podem, respectivamente, romper o nexo de causalidade ou diminuir o valor da indenização.

Por fim, firmados estes conceitos, será abordado o regime de responsabilização aplicável ao Estado por condutas omissivas. Para tanto, serão apresentadas as três posições doutrinárias que procuram explicar a natureza jurídica (objetiva ou subjetiva) que a responsabilidade pela inação estatal deverá ser apurada.

1 NOÇÕES GERAIS

O estudo da responsabilidade civil da Administração Pública, tradicionalmente denominada de responsabilidade civil do Estado, requer algumas considerações gerais para que a matéria possa ser perfeitamente entendida. Assim, neste primeiro capítulo abordar-se-á de forma sucinta o conceito da responsabilidade civil e responsabilidade extracontratual do Estado.

1.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Em seu sentido etimológico, a responsabilidade está atrelada a ideia de contraprestação, dever, compromisso, encargo e obrigação. A palavra deriva do vocábulo *respondere, spondeo*, e possui ligação direta com o conceito de obrigação de natureza contratual do direito romano, baseada no princípio multissecular do *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar).

Segundo Rui Stoco (2007, p. 112), o termo “variou da expressão *sponsio*, da figura *stipulatio*, pela qual o devedor confirmava ter com o credor uma obrigação que era, então, garantida por uma caução ou *responsor*”.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 712), responsabilidade civil é a que se “traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização. Como obrigação meramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir sem, todavia, se confundir”.

1.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Como qualquer sujeito de direito e obrigações, embora normalmente atue em posição de superioridade conferida pelo regime jurídico administrativo, o ente estatal poderá ser responsabilizado pelos atos danosos que seus agentes causarem, desde que atuando nessa

qualidade. Não poderia ser diferente, pois a atuação estatal é imposta à sociedade que nada pode fazer para impedi-la.

A responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação legal de ressarcir os danos causados a terceiros em decorrência da atividade de seus agentes, podendo derivar de um liame contratual ou não (extracontratual).

Nas palavras da insigne jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 698), a responsabilidade extracontratual do Estado “corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos omissivos ou comissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Diante de uma análise perfunctória dos conceitos estabelecidos pela doutrina, observa-se que o instituto da responsabilidade civil do Estado não costuma sofrer grandes variações. O ponto central é a ideia de que a responsabilidade civil do Estado alcança todas as situações em que o exercício de atividades lícitas ou ilícitas desenvolvidas pelas pessoas jurídicas de direito público ou pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos violem direito dos particulares causando-lhes prejuízo material ou moral.

Demais disso, ressalte-se que a respeito do instituto é possível encontrar diferentes designações na doutrina. Alguns o tratam como responsabilidade civil do Estado, caso do Professor Diógenes Gasparini (2011), outros como responsabilidade civil da Administração Pública, podendo ainda ocorrer a associação de cada uma delas a expressão “extracontratual”, que, conforme já explicado, não cria um vínculo jurídico entre as partes. Tal responsabilidade, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da *Lex Aquilia de Damno*, é que receberá enfoque no presente estudo.

Hely Lopes Meirelles, por exemplo, se utiliza da expressão responsabilidade civil da Administração Pública, por entender que, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política, os quais, em princípio, não fazem emergir a responsabilidade civil (2011, p. 712).

Ante o problema da denominação que perdura até os dias de hoje, no presente trabalho, utilizar-se-á de todas as expressões aceitas para designar o dever de reparação dos prejuízos causados pela atuação ou abstenção do Poder Público.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A responsabilidade civil do Estado passou por um longo período de transformação e adaptação aos diferentes estágios de desenvolvimento social, compreendendo, basicamente, três

fases principais: 1^a) teoria da irresponsabilidade do Estado; 2^a) teorias civilistas; 3^a) teorias publicistas.

Por óbvio, cada país seguiu um ritmo próprio de evolução histórica da responsabilidade estatal de acordo com as peculiaridades de cada região e do direito positivo, portanto, a data de transição de uma teoria para outra sofreu variação, a depender de fatores locais. Outrossim, é pouco provável, dentro de um regime jurídico, a adoção de apenas uma teoria para todas as hipóteses. Assim, normalmente, o que ocorre é a prevalência de uma regra geral.

2.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

Também conhecida como teoria feudal, regalista ou regaliana, ganhou força com os Estados Absolutistas, onde a palavra do rei tinha força de lei. Sustentava que a responsabilização do Estado implicava em atentado à soberania.

Nesta primeira fase, a responsabilidade Civil do Estado foi regida segundo as máximas ou princípios de que o rei não erra (*the king do not wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que aquilo que agrada o príncipe tem força de lei (*quod principi placuit legis habet vigorem*).

Em decorrência da concepção político-teológica, os monarcas eram tidos como representantes das divindades na terra, escolhidos e investidos no poder diretamente por estas, recebendo os atributos de infalibilidade, onisciência e onipotência. Portanto, suas decisões não podiam ser contestadas ou consideradas passíveis de anulação, razão pela qual na maioria dos Estados inadmitia-se a responsabilização do ente público por eventuais danos causados. Nos demais, só poderia haver responsabilização se estivesse assim consignado em leis específicas.

Essa teoria foi combatida “por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica é titular de direitos e obrigações” (DI PIETRO, 2012, p. 699).

Atualmente, a teoria da irresponsabilidade encontra-se inteiramente superada, tendo encontrado os últimos redutos nos Estados Unidos e na Inglaterra onde foi abandonada, respectivamente, em 1946, através do *Federal Tort Claims Act*, e em 1947, com o *Crown Proceeding Act*.

2.2 TEORIAS CIVILISTAS

Com o advento do Estado de Direito, abandonou-se a teoria da irresponsabilidade do Estado e surgiram teorias apoiadas na ideia de culpa e nos princípios do direito civil (privado), designadas de teorias civilistas.

Num primeiro momento, contudo, indispensável era considerar a existência de dois tipos de atos do Estado: atos de império e atos de gestão. Os primeiros eram praticados por uma pessoa soberana, não suscetível ao erro, com arrimo nas prerrogativas que lhe atribuíam posição de superioridade, e impostos independentemente de autorização judicial. Já os atos de gestão eram os praticados pela Administração na prestação de serviços públicos e administração do patrimônio público em situação de igualdade com os administrados, idealizados como forma de mitigar a teoria da irresponsabilidade e, portanto, passíveis de reparação patrimonial.

Posteriormente, a própria dificuldade de distinção entre os atos de império e de gestão e o reconhecimento da impossibilidade de imputação ao Estado de duas personalidades distintas, fez surgir a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, que procurava equiparar a responsabilidade da Fazenda Pública a do patrão, vinculando-se a ideia de culpa do funcionário. Ou seja, havia a possibilidade de indenização pelos prejuízos causados pelo ente estatal desde que presente o elemento subjetivo, culpa ou dolo, além dos demais pressupostos.

2.3 TEORIAS PUBLICISTAS

A dificuldade de identificação do agente causador do dano, o aumento da interferência do Estado nas relações sociais, a concentração da prestação de serviços públicos e a impossibilidade de o particular dele se defender, justificaram o abandono das teorias civilistas, concebendo-se uma novo paradigma de teorias aplicáveis ao Estado.

Ademais, a utilização de um regime de direito privado foi se mostrando inadequada na seara do direito público, que deveria submeter-se a princípios próprios. Por conta disso, surgiram as teorias publicistas com fundamento na noção de risco assumida pelo Estado na prestação de um serviço público, sendo comumente associada a ideia de solidariedade social, justiça distributiva e partilha de encargos.

O ponto de partida e de grande influência para a elaboração de teorias orientadas pelos princípios do direito público foi a decisão tomada pelo Tribunal de Conflitos na França no célebre caso conhecido com Aresto Blanco, no qual o Estado foi civilmente responsabilizado pelo atropelamento da francesa Agnès Blanco que, enquanto brincava nas ruas da cidade de Bordeaux, foi atingida por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo.

Consoante Di Pietro (2012, p. 700), neste caso “entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme a necessidade do serviço e a imposição do Estado de conciliar os direitos do Estado com o direito privado”. A partir de então começaram a ganhar força as teorias publicistas, distanciando a responsabilidade estatal dos regime jurídico de direito privado.

2.3.1 Teoria da Culpa Administrativa, Culpa do Serviço ou Culpa Anônima

A primeira teoria publicista, denominada de teoria da culpa administrativa ou teoria da culpa do serviço, busca desprender a responsabilidade estatal da noção de culpa do funcionário, bastando a comprovação da falha na prestação do serviço público que ocasionou o prejuízo, isto é, situações em que o serviço público não funcionou, funcionou mal ou com atraso. Daí assumir também a designação de culpa anônima, haja vista voltar o foco para o serviço e não mais para o agente público.

Segundo a Professora Fernanda Marinela (2012, p. 986):

A evolução abre espaço para que a responsabilidade passe da subjetiva na culpa do agente para a subjetiva na culpa do serviço. Nesse caso, a vítima não precisa apontar o agente; basta a demonstração de que o serviço não foi prestado quando deveria ter sido, ou foi prestado de forma ineficiente ou foi malfeito ou a prestação ocorreu com atraso quando deveria funcionar a tempo, o que se denomina falta do serviço, ou para os franceses “*faute du service*”, também conhecida por culpa anônima.

Com efeito, segundo a teoria da culpa do serviço, a responsabilidade por culpa restará caracterizado quando revelar padrões inferiores aos normalmente exigidos, deliberação na prática do comportamento proibido ou falta de atenção ou habilidade legalmente exigíveis.

A falta do serviço (*faute du service*), em qualquer uma dessas três hipóteses acima, passa a ser suficiente para a responsabilidade, ainda que não identificado o agente responsável pela omissão. Ressalte-se, entretanto, que nem todo funcionamento defeituoso, por si só, acarretará a responsabilização.

Comumente associada à responsabilidade objetiva, por alguns autores em face da presunção de culpa que haverá de ser admitida na maioria das situações, a culpa anônima para o eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello é, indubitavelmente, modalidade subjetiva, “pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência — antítese de culpa —, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade” (2011, p. 1020-1021).

2.3.2 Teoria do Risco Administrativo

A teoria do risco administrativo, considerando o risco que permeia toda e qualquer atividade administrativa, avança ainda mais no sentido da publicização da responsabilidade e proteção aos administrados ao dispensar o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou dolo.

Segundo Bandeira de Mello (2011, p. 1013), está “ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso”, admitindo em algumas hipóteses, como culpa exclusiva ou concorrente da vítima, força maior e caso fortuito, a isenção ou abrandamento do dever de indenizar do Estado.

Acerca do seu fundamento, Di Pietro (2012, p. 701) revela:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.

O princípio parte do pressuposto da divisão equânime de benefícios e encargos. Assim, quando o administrado é onerado excessivamente, o ente estatal tem o dever de indenizar o prejudicado com os recursos do erário, a fim de restabelecer o equilíbrio violado.

2.3.3 Teoria do Risco Integral

A segunda tese arrimada na ideia de risco é conhecida como teoria do risco integral. Modalidade radical da teoria do risco administrativo, estabelece o dever de indenizar mesmo quando demonstrado o caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, baseando-se numa presunção absoluta (*jure et de jure*), portanto, insuscetível de ser afastada.

É fácil perceber os exageros e injustiças que a aplicação dessa teoria permite ao erigir-se o Estado a condição de segurador universal. Basta, por exemplo, imaginar a situação de um cidadão que deliberadamente se atira na frente de uma viatura policial, regularmente conduzida pelo agente público. Nesta situação, se aplicada a teoria do risco integral, o Estado estaria obrigado a indenizar, mesmo estando devidamente comprovada a culpa exclusiva do próprio particular, nem ter criado nenhuma situação risco exagerado.

A respeito das implicações e consequências da adoção da teoria do risco integral, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 175) adverte que “a teoria do risco, sem qualificações, conduz

necessariamente à responsabilidade objetiva em sua plenitude, com a dispensa de qualquer pressuposto de falha do serviço, ou culpa anônima da administração, na verificação do evento danoso”.

3 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NO BRASIL

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, as Constituições Federais de 1824 e 1891 não traziam nenhum artigo capaz de dar ensejo a responsabilização direta do Estado por danos causados ao particular, mas tão somente a responsabilidade do funcionário público. Advirta-se, no entanto, que leis esparsas preceituavam a reponsabilidade solidária do agente e daquele, motivo pelo qual se afirma que nunca houve período de irresponsabilidade civil do Estado no Brasil.

O Código Civil Brasileiro de 1916 inspirado pela teoria civilista consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva no seu art. 15. Interessante notar que este código foi o primeiro diploma legal a prever especificamente a responsabilização do Estado. Além disso, da análise do artigo é possível inferir que o Estado passou a assumir a responsabilização direta e primária pelos atos de seus funcionários, os quais apresentavam a condição de representante do ente estatal, resguardando ainda a possibilidade de ação regressiva.

O texto legal da Carta Magna de 1934, promulgada em 16 de junho de 1934, prescrevia, no artigo 171, a responsabilidade solidária entre o agente e a Fazenda Pública, que deveriam ser demandados em juízo na condição de litisconsortes passivos, sendo posteriormente reproduzida com redação idêntica pela sua sucessora promulgada em 1937.

A grande alteração legislativa concernente à responsabilidade do Estado ocorreu a partir da Constituição de 1946 que inseriu no ordenamento jurídico a teoria objetiva. Redação semelhante apresentou a Carta de 1967, tendo como diferença da Constituição que lhe precedeu ter feito referência ao cabimento de ação regressiva também nos casos de dolo do funcionário.

Por sua vez, a Carta de 17 de outubro de 1969 (com a Emenda nº 1/1969), no art. 107, praticamente repetiu a disposição da Constituição anterior e continuou consagrando a responsabilidade objetiva do Estado.

Por fim, nossa atual Constituição da República, vigente a partir de 1988, firmou a aplicação da responsabilidade objetiva, avançando no sentido de incluir a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. O Novo Código Civil de

2002, atualmente vigente, contudo, não tratou da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços público.

Para Bandeira de Mello (2011, p. 1046) esta distinção “Não é de estranhar. Ao contrário do Código anterior, o atual, toda vez que se abalança a referir algo da esfera do direito público, incorre em alguma impropriedade ou omissão”.

3.2 A REGRA DO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Atualmente, a vigente Constituição regula a responsabilidade civil extracontratual do Estado no artigo 37, § 6º, quase nos mesmos termos das duas que a precederam, com a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O dispositivo nos revela duas relações de responsabilidade. A primeira, a regra da responsabilidade objetiva em relação às pessoas jurídicas de Direito Público (União, Estado, Distrito Federal, Município, autarquia e fundação pública) e de Direito Privado prestadoras de serviço público (concessionárias e permissionárias), com fulcro no risco administrativo, em que pese as discussões na doutrina e jurisprudência acerca dos tipos de condutas que abrangeria.

Logo, respondem, independentemente de terem agido com dolo ou culpa, ficando sujeitos a comprovação de três pressupostos: conduta estatal,nexo de causalidade e dano. A lesão há de ser causada pelo agente ou preposto, sob pena de não se ter caracterizada a responsabilidade objetiva.

Já a segunda, a regra da responsabilidade subjetiva em relação ao agente público, o qual poderá ser responsabilizado em ação regressiva, nos casos de culpa em sentido estrito (imprudência, imperícia e negligência) ou dolo.

Em suma, da análise do dispositivo legal, pode-se inferir que, em regra, o Poder Público responde objetivamente pelas lesões causadas a terceiros, enquanto que a seu agente causador direto do dano será atribuída a responsabilidade subjetiva.

3.3 FUNDAMENTOS

Questão importante a definir são os fundamentos da responsabilidade estatal, os quais não podem ser confundidos com as condições, pressupostos ou requisitos deflagradores.

Uma coisa é saber-se quais os requisitos necessários para dar causa a obrigação de reparar o dano, e situação completamente distinta é a justificativa da existência de tal responsabilização. A última corresponde ao fundamento da responsabilidade, consistente na razão pela qual é estabelecido o dever de reparar o prejuízo causado (MELLO, 2011, p. 1006).

Tal fundamento é bipartido conforme seja a responsabilidade decorrente de atos lícitos ou ilícitos. No caso dos comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, o dever de reparar o prejuízo é justificado pelo princípio da legalidade, pois a própria acepção do termo (ilicitude) está ligado ao descumprimento da lei.

Se tratando de comportamentos lícitos, bem como na hipótese danos ligados a situação de risco, desde que comprovado os pressupostos, busca-se uma repartição equânime do prejuízos causados aos administrados, impedindo que alguns sejam onerados excessivamente, enquanto outros sejam beneficiados pelo desenvolvimento de ações estatais realizadas no interesse da coletividade (MELLO, 2011, p. 1007).

Nessas situações, o dever de reparar tem arrimo no princípio da igualdade ou isonomia, que se assenta na ideia de repartição dos encargos sociais. Portanto, se a atividade estatal visa o interesse público, isto é, o benefício da sociedade, os gravames dela oriundos deverão ser compartilhados pela mesma sociedade.

Fernanda Marinela (2012, p. 984), prestigiando o entendimento aqui sustentado, acrescenta:

Assim, o princípio da isonomia é importante fundamento para o dever de indenizar do Estado, primeiro porque, em uma ordem jurídica una, o comportamento de responsabilidade também deve ser único, tendo o Estado o mesmo compromisso que o particular de indenizar os danos de sua ação. Segundo, porque não é justo que toda a sociedade ganhe quando um administrado está pagando a conta por isso; a indenização a esse indivíduo tem como propósito devolver o equilíbrio da relação e restabelecer o tratamento isonômico.

4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL

Os elementos definidores ou pressupostos são as condições imprescindíveis para a configuração da responsabilidade civil do Estado, assim elencadas: dano indenizável, conduta comissiva ou omissiva imputável ao Estado, o nexu causal e a culpa, esta última desde que se esteja diante da responsabilidade subjetiva.

No presente estudo, não foi reservado tópico específico para o estudo da culpa, porquanto não ser considerada pressuposto da responsabilidade estatal, em face da existência

de outra modalidade (teoria objetiva) no sistema jurídico brasileiro, faltando-lhe, portanto, a generalidade.

Entretanto, impende frisar que a culpa analisada pela teoria subjetiva da falta do serviço (teoria publicista), embora guarde resquícios com a concepção de culpa das teorias civilistas da responsabilidade do estado, se afasta da noção de culpa do direito privado (culpa *lato sensu*), haja vista que é identificada na falta anônima do serviço em uma de suas três modalidades.

4.1 CONDUTA IMPUTÁVEL AO ESTADO

Por óbvio, tratando-se de uma ficção jurídica, o Estado desfruta apenas de uma realidade técnica, precisando ser representado ou apresentado como preferem alguns. Com efeito, a conduta estatal indenizável comissiva ou omissiva é proveniente, necessariamente, da ação ou inação de um agente, que atua nessa qualidade. Assim, preliminarmente, será estudada a figura do agente público.

Amaro Cavalcanti (*apud* CAHALI, 2012, p. 81), a propósito, proclama que:

[...] o agente age nessa qualidade: 1) quando pratica o ato no exercício das suas funções e dentro dos limites de sua competência; 2) quando pratica o ato, mesmo com excesso de poder, mas revestido da autoridade do cargo, ou servindo-se dos meios deste, isto é, meios de que não poderia dispor na ocasião, se não se achasse na posse do cargo; 3) quando cargo tenha influído, como causa ocasional do ato.

Desse modo, ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, tal fato poderá ensejar a responsabilização do Poder Público. *A contrario sensu*, quando não estiver atuando nessa qualidade, sua responsabilidade será regida pelo direito privado (CARVALHO, 2012, p. 552).

Outrossim, a responsabilidade é atribuída à Fazenda Pública em razão do princípio da impessoalidade, que pode ser analisado por duas perspectivas, quais sejam: do administrado e do administrador.

A primeira, estabelece que a administração tem que tratar todas as pessoas de forma igualitária. Já sob o prisma do administrador, os atos devem ser imputados ao órgão e não ao agente que o comete, tendo em vista que este comete em função daquele (teoria da imputação direta). Ou seja, quando o agente atua, é a pessoa jurídica que está atuando.

Por fim, ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, aperfeiçoou o texto legal utilizando expressão mais ampla em substituição à expressão anteriormente utilizada (serviço público) e “significa todo aquele que exerce função pública, seja de forma temporária ou

permanente, seja com ou sem remuneração independente do vínculo jurídico” (MARINELA, 2012, p. 992).

A noção atual, portanto, compreende membros dos Poderes da República, servidores públicos e, ainda, como bem observa Odete Medauar (2010, p. 370):

[...] todas as pessoas que, mesmo de modo efêmero, realizam funções públicas. Qualquer tipo de vínculo funcional, o exercício de funções de fato, o exercício de funções em substituição, o exercício de funções por agente de outra entidade ou órgão, o exercício de funções por delegação, o exercício de atividades por particulares sem vínculo de trabalho (mesários e apuradores em eleições gerais) ensejam responsabilização.

No que tange às condutas estatais, é imprescindível, ainda, apresentar três situações distintas, arroladas pela doutrina que envolvem o dever de indenizar do ente estatal, quais sejam: conduta comissiva, conduta omissiva e criação de uma situação de risco propícia a ocorrência do dano (MELLO, 2011, p. 1026).

A primeira é apurada objetivamente, não merecendo maiores comentários. Acerca da segunda, a doutrina que ainda parece ser majoritária sustenta a aplicação da responsabilidade subjetiva (*faute du service*), embora exista grande celeuma, a qual será estudada mais adiante. Trata-se de responsabilidade sempre por ato ilícito, porquanto se está diante de um dever legal de agir segundo padrões de eficiência exigidos.

Por fim, a terceira situação refere-se a um dever de guarda de coisas ou pessoas (relações de custódia). Ou seja, o Estado cria uma situação de risco exagerado, assumindo, desse modo, o dever de indenizar o eventuais prejuízos sofridos. Tais casos estão normalmente vinculados à responsabilidade de natureza objetiva.

4.2 NEXO CAUSAL

O nexo de causalidade ou nexo causal, pressuposto da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, nas palavras de Tartuce (2012, p.444) “constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém”.

Trata-se de elemento essencial. Desse modo, embora prescindida do elemento subjetivo, a responsabilidade objetiva não poderá desconsiderar o nexo de causalidade. A propósito, Savatier (*apud* GONÇALVES 2011, p. 520), consigna que “um dano só produz

responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”.

O nexu causal foi alvo de estudos que acarretaram no desenvolvimento de diversas teorias para explicá-lo, representando, evidentemente, um dos pontos mais tormentosos do estudo da responsabilidade civil extracontratual.

O Professor Serpa Lopes (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 127), notando a complexidade do tema, dedicou trecho de sua obra na análise do pressuposto, *verbis*:

Uma das condições essenciais a responsabilidade civil é a presença de um nexu causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Dentre as diversas teorias que procuram explicar o nexu causal, especial atenção deve se voltar para três delas, quais sejam: a teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da causalidade adequada e teoria dos danos diretos e imediatos.

Para a teoria da equivalência, elaborada por von Buri, das condições ou do histórico dos antecedentes (*sine qua non*) não se distingue causa ou condição. Seus defensores sustentam a indivisibilidade do resultado, o que permite uma regressão infinita.

Na teoria da causalidade adequada, concebida por von Kries, em síntese apertada, se perquire a causa predominante ou mais relevante para o evento danoso. Já a teoria do dano direto e imediato, determina que ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa e que somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso ou lesivo.

No Brasil adota-se a última tese (também designada teoria da causalidade adequada e teoria da interrupção do nexu causal), conforme esclarece Tepedino: “Como se sabe, em termo de causalidade, prevalece no Brasil a teoria do dano direto e imediato (ou da necessidade do dano), sufragado pela melhor doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal” (*apud* BRAGA NETTO, 2012, p. 170).

Entretanto, a despeito do afirmado acima, o Supremo Tribunal Federal já colocou em segundo plano a adoção de qualquer teoria, conforme trecho da decisão a seguir:

[...] A comprovação da relação de causalidade – qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) –, revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como

imputar ao causador do dano a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. [...] (RE 481110 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 06.02.2007, DJ 09.03.2007 PP-00050 EMENT VOL-02267-04 PP-00625 RCJ v. 21, n. 134, 2007, p. 91-92).

Reforçando esse entendimento, Rui Stoco (2007, p. 147) conclui que, independentemente da teoria adotada, caberá ao juiz, no exame de cada caso, sopesar as provas, interpretá-las no contexto geral e perquirir os pressupostos.

4.3 EVENTO DANOSO

O prejuízo, como pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, é imprescindível para fazer surgir a pretensão ressarcitória e tornar certo o dever de indenizar da pessoa jurídica de direito público, o qual compreende a tentativa de recomposição da situação da vítima ao estado anterior, na medida do possível.

Nessa vereda, não se pode olvidar que sua efetiva demonstração, juntamente com os demais pressupostos, é condição fundamental do dever de indenizar, mesmo porque, só a ilegalidade do ato sem o dano não pode produzir nenhuma responsabilidade, mas apenas sua invalidade.

Cahali (2012, p. 65) acentua que, em regra, “constitui condição *sine qua non* para o pedido de perdas e danos a sua efetiva demonstração tanto na inicial como na fase de conhecimento, relegando-se para a execução apenas a apuração do seu montante”.

Da mesma forma, Rui Stoco (2007, p. 64), preleciona que jamais existirá responsabilidade civil sem que haja a existência de um dano e salienta ser esta a posição da doutrina de forma unânime.

Não poderia se chegar a conclusão diferente, pois admitir a responsabilização do Estado por conduta em que não se vislumbra dano tornaria legítimo o enriquecimento ilícito e pagamento sem causa.

O dano conforme a sua origem lícita ou ilícita, analisada anteriormente, pode gerar diferentes implicações na responsabilidade administrativa. Quando provenientes de atividades ilícitas precisam apresentar duas características: ser certos, ainda que futuros; e ferir interesse juridicamente protegido.

No que tange aos danos oriundos de ações lícitas, mister trazer a lume as características dos danos indenizáveis arroladas por Weida Zancaner (1981, p. 66 e 67), *in verbis*:

É necessário cumular-se as exigências cabíveis aos danos provenientes de atividades ilegais mais duas outras que explicitam o dano como anormal e especial, portanto, injusto: c) ser anormal – exceder os incômodos provenientes da vida societária; d) ser especial – isto é, relativo a uma pessoa ou a um grupo de pessoas.

Anormal, porque o dano diz respeito a sua excepcionalidade, vale dizer, que vai além dos incômodos toleráveis, enquanto a especialidade se relaciona com a singularidade do dano, que causa prejuízo apenas a alguns administrados, poupando os demais.

Pode, ainda, ser patrimonial ou extrapatrimonial, conforme a situação jurídica que gere o direito violado, sendo cabível sua cumulação. Será patrimonial quando prejudicar interesse juridicamente protegido suscetível de avaliação econômica ou pecuniária. Já o dano extrapatrimonial é entendido por muitos doutrinadores como expressão sinônima de dano moral, isto é, dano pertinente aos direitos da personalidade elencados no art. 5º, V e X, da Constituição Federal.

5 EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

As excludentes de responsabilidade extracontratual do Estado ou excludentes de nexo causal, normalmente invocadas pelo ente público, devem ser compreendidas como situações que acabam por prejudicar um dos pressupostos da responsabilidade civil (o nexo de causalidade), fulminando a pretensão indenizatória, mesmo que adotada uma perspectiva subjetivista, em que se exige, como regra, a comprovação do elemento subjetivo.

Diferentemente do que ocorre com as excludentes que ocasionam o rompimento do nexo causal, a culpa concorrente atua como atenuante do valor da indenização.

5.1 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

São casos, também chamados de autolesão, em que o dano advém da intenção deliberada do próprio prejudicado, utilizando-se para tanto da prestação de algum serviço público. Por exemplo, se alguém é atropelado por um veículo do Estado, haverá um dano indenizável.

Se, todavia, for provado que a vítima, na verdade, se jogou na frente de viatura para ser atropelada, deixará de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pelo lesado, haverá interrupção do nexo causal, elidindo a obrigação de indenizar.

Adverte-se que nem sempre a culpa exclusiva da vítima será em si mesma causa excludente, já que em situações especiais de risco criadas pelo estado, também chamadas de situações de custódia, o Estado poderá não ser eximido do dever de indenizar, como no caso em que o presidiário comete suicídio.

Diferente é a solução dada para os casos em que a vítima e o agente público tenham concorrido, por culpa recíproca, para a ocorrência do prejuízo. São hipóteses em que se verifica culpa concorrente ou culpa comum, não sendo possível imputar ao Poder Público integralmente à responsabilização.

É certo que nem sempre é fácil determinar qual das causas dever ser considerada juridicamente relevante. Por isso é imprescindível a leitura da regra dos artigos 738, parágrafo único, e 945 do atual Código Civil, os quais orientam o juiz a reduzir a indenização pleiteada pelo lesado, na proporção do seu grau de culpa, em confronto com a do autor do dano.

O art. 945, por exemplo, preceitua que “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

É o que se denomina de compensação das culpas, consoante assinala José dos Santos Carvalho (2012, p. 556):

[...] a indenização devida pelo Estado deve sofrer redução proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o resultado danoso. Desse modo, se o Estado e lesado contribuíram por metade para a ocorrência do dano, a indenização devida deve atingir apenas a metade dos prejuízos sofridos, arcando o lesado com a outra metade. É a aplicação do sistema de compensação das culpas no direito privado.

A culpa concorrente, conforme alertado anteriormente, não é excludente da responsabilidade estatal, como ocorre com a culpa exclusiva da vítima. É na verdade, causa de atenuação, abrandamento ou mitigação do *quantum* indenizatório, sendo aplicável a teoria objetiva e teoria subjetiva. Nesta última principalmente, devido a necessidade de perquirição acerca da culpa ou dolo.

5.2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Na concepção de Di Pietro (2012, p. 707) força maior é o “acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio”. Já o caso fortuito, “ocorre nos casos em que em que o dano seja decorrente de ato humano ou falha da administração”.

Acrescente-se que, para a doutrina que assim define os dois institutos, apenas a força maior poderia romper o nexu causal, eximindo o ente público do dever de indenizar. Essa é, por exemplo, a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao sustentar que “O caso fortuito não é utilmente invocável, pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexu entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido” (2011, p. 1012).

Na verdade, em sede de responsabilidade extracontratual do Estado, é temerário falar-se em soluções definitivas em qualquer sentido. Principalmente porque, diante de contextos peculiares, é possível imaginar determinadas situações em que, tanto eventos da natureza, quanto fatos humanos, poderão acarretar a responsabilização estatal.

Por exemplo, em decorrência das chuvas, pode ocorrer alagamentos na cidade por causa do acúmulo de lixo verificado nas galerias que serviriam de vertedouro, impedindo o seccionamento do nexu causal a ponto de restar caracterizado a responsabilidade do administrador pelo descumprimento do dever legal de manter aquelas áreas limpas para o escoamento das águas. Por óbvio, se houve culpa do agente, as excludentes não poderão ser arguidas em sua defesa, haja vista que não será possível romper o nexu de causalidade.

Assim, o ente público responderá perante o prejudicado, não pelo fato da natureza em si, mas pela incúria, por não ter executado obras suficientemente adequadas para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato era perfeitamente previsível.

Por fim, cabe destacar que outros conceitos e critérios de distinção acerca dos dois institutos foram desenvolvidos. Dessa forma, alguns autores costumam diferenciar o caso fortuito e a força maior segundo critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. O primeiro estaria ligado ao caso fortuito, independente de conduta ser humana ou decorrente de fato da natureza, enquanto o último caracteriza a força maior também por fatos humanos ou da naturais, mesmo que passíveis de previsão.

De qualquer modo, observa-se que as distinções aludidas guardam íntima relação com ideia moderna que se tem dos dois fenômenos, sempre ligados a noção de imprevisibilidade, inevitabilidade e ausência de culpa.

5.3 FATO DE TERCEIRO

Os fatos de terceiros consistem nas situações em que o evento danoso ao administrado não guarda relação direta com a atuação da pessoa jurídica de direito público, rompendo o nexu

de causalidade, quando constituir evento imprevisível e inevitável (maioria dos atos de multidões e passeatas).

Notadamente, o fato de terceiro se reveste de características semelhantes as do caso fortuito e força maior. Com efeito, se verifica, com certa frequência, na doutrina e na jurisprudência um tratamento que o aproxima e as vezes o iguala àqueles dois fenômenos.

Nesse sentido Aguiar Dias citado por Braga Netto (2012, p. 121), consignou que “Para nosso legislador, não foi especificamente considerada a hipótese do fato de terceiro, sinal que se encontra equiparado para todos os efeitos, ao caso fortuito ou força maior”.

A solução pode parecer de fácil deslinde, todavia, situações distintas podem se apresentar. Quando verificado que o agente público, nas situações que envolvem responsabilidade extracontratual do Estado, concorreu para a ocorrência do dano, ou quando o havia condições de evitar determinado dano, em face do dever legal, mas não o fez, poderá, então, surgir a responsabilidade, ainda que causado por particulares.

É o que ocorre, tradicionalmente, nos casos em que o Poder Público é chamado a responder pela morte de presidiários, em decorrência de rebeliões ou rixas com outros presidiários. A jurisprudência dominante, atualmente, reconhece o liame entre a atuação estatal, que criou aquela situação de risco, e o dano, costumeiramente responsabilizando o Poder Público.

Isso porque, hodiernamente, exige-se do Estado uma postura cada vez mais ativa, no sentido resguardar direitos fundamentais, e não somente abster-se de violá-los. Portanto, se o mesmo em uma posição de garantidor falha, não poderá se eximir da responsabilidade.

6 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL POR OMISSÃO ESTATAL

Conforme já se verificou alhures, o Estado pode ser responsabilizado não apenas pela ação, mas também pela inação (condutas omissivas). A propósito, leciona Cretella Júnior (1970, p. 279):

Não apenas a ação produz danos. 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 pela "inércia" ou "incúria" do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o "bonus pater familiae", nem como o "bonus administrador". Foi negligente, às vezes imprudente e até imperito.

Evidentemente, não é qualquer omissão que dá origem à responsabilização do Estado. Deve-se estar diante de uma omissão juridicamente relevante ou qualificada. Se há conduta comissiva do Poder Público geradora de dano, não há dúvida de que eventual responsabilidade deva ser apurada objetivamente, com base na teoria do risco administrativo.

No entanto, o mesmo consenso não se verifica em relação a inação estatal, normalmente associada à fatos da natureza e comportamentos materiais de terceiros, cuja lesividade o Poder Público não impediu, embora pudesse e devesse fazê-lo.

Acerca dessas últimas reside grande celeuma doutrinária, em parte, porque “o direito positivo não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão” (PINTO, 2008, p. 155).

Acrescenta a autora (2008, p. 178):

Conclui-se, assim, que a jurisprudência assume maior destaque em matéria de responsabilidade por omissão. Afinal, a responsabilidade por ação é disciplinada de forma peremptória no Texto Constitucional, com a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado por atos que seus agente, atuando nessa qualidade, causem a terceiros.

Entretanto, na jurisprudência dos tribunais superiores observa-se a mesma controvérsia. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já decidiram ser subjetiva em algumas decisões, mas também proclamaram ser objetiva em outras.

Busca-se, portanto, uma definição acerca do regime de responsabilização aplicável ao Estado pelas condutas omissivas, se objetivo ou subjetivo (com base na “culpa anônima” ou culpa administrativa ou, ainda, *faute du service*).

Com o objetivo de esclarecer em que seara da responsabilidade civil (objetiva ou subjetiva) enquadram-se as condutas omissivas, três correntes doutrinárias e seus fundamentos serão analisadas a seguir.

6.1 CORRENTE OBJETIVISTA

A corrente doutrinária capitaneada por Hely Lopes Meirelles e Yussef Said Cahali, advoga a tese que o Estado, em face do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República, responde objetivamente, na modalidade risco administrativo, pelos danos causados a terceiros, seja na ação ou na omissão, notadamente em face da política de repartição dos ônus e encargos.

Desta forma, sustentam que, evidenciada a relação de causalidade com o evento danoso, seja por ação ou omissão, a responsabilidade estatal será apurada objetivamente, vale dizer,

independentemente da culpa ou dolo do agente público. Isso porque o referido dispositivo constitucional não fez nenhuma ressalva ou distinção de tratamento em relação às condutas omissivas, quando poderia fazê-lo, devendo a responsabilidade objetiva ser aplicada a elas também, de modo que a interpretação de modo diverso se apresentaria inadequada.

Para Gustavo Tepedino (2008, p. 221), partidário da corrente objetiva, “não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte”. Argumenta, ainda, que a adoção da teoria objetiva com fulcro no risco administrativo não eleva o Poder Público a condição de segurador universal, uma vez que, diferentemente da teoria do risco integral, aquela admite a incidência de excludentes do nexo de causalidade.

Além disso, defende-se que com o advento do Código Civil de 2002 não haveria mais espaço para a responsabilidade subjetiva, uma vez que o art. 43, que praticamente repetiu o teor do dispositivo constitucional, pelo menos em relação às pessoas jurídicas de direito público, teria revogado o art. 15 do Código Civil de 1916, o qual serviria de suporte legal para a responsabilidade subjetiva, reafirmando que a perquirição de culpa ou dolo ocorre tão somente na ação regressiva do Estado em relação ao agente.

Corroborando o entendimento esposado, João Agnaldo Donizeti Gandini e Paola da Silva Salomão sustentam que a legislação brasileira não teria razão para recuar quase um século aos tempos da culpa civilista ou da culpa do serviço, estabelecendo a responsabilidade objetiva apenas para os casos de conduta comissiva, visto que a responsabilidade objetiva já havia sido consagrada desde 1946 no direito brasileiro.

O jurista Álvaro Lazzarini, afirma que improcede o raciocínio defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello de que somente o ato comissivo constituiria causa, enquanto o ato omissivo seria apenas condição do dano. Cahali (2012, p. 216), sintetizando o pensamento de Lazzarini, aduz que para esse autor “Causa, nas obrigações jurídicas, é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer)”.

Weida Zancaner Brunini, adotando tal tese, conclui (1981, p. 62):

Portanto, o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-se à comprovação de culpa para a consequente imputação de responsabilidade ao Estado.

Aliás, a Corte Suprema, em algumas oportunidades, já prestigiou a teoria objetiva, conforme se extrai das ementas colacionadas abaixo:

Professora. Tiro de arma de fogo desferido por aluno. Ofensa à integridade física em local de trabalho. Responsabilidade objetiva. Abrangência de atos omissivos.” (ARE 663.647-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 14-2-2012, Primeira Turma, DJE de 6-3-2012.)

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (AI 766.051-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes).

6.2 CORRENTE SUBJETIVISTA

Com algumas peculiaridades em relação aos fundamentos, pode-se mencionar entre outros partidários da corrente que adota a teoria subjetiva nos casos de omissão do Poder Público, Celso Antônio Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Dirley da Cunha Júnior e Fernanda Marinela.

Preliminarmente, já é possível inferir que a doutrina majoritária adota a tese subjetiva. Não parece ser diferente o posicionamento da jurisprudência. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado do qual foi relatora a então Ministra Eliana Calmon, se pronunciou acerca da divisão jurisprudencial, enfatizando a preponderância da teoria subjetiva. Vejamos:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO - QUEDA DE ENTULHOS EM RESIDÊNCIA LOCALIZADA À MARGEM DE RODOVIA. 1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima. 3. **Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização por culpa do preposto.** 4. Recurso especial improvido. (STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 21/08/2007, T2 - SEGUNDA TURMA) – Grifei.

Demais disso, atualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo o que já preceituava seu pai, pode ser considerado um dos principais defensores da aplicação da teoria subjetiva por culpa anônima no caso de danos oriundos da omissão estatal, caracterizada pela falta do serviço. Isto é, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar,

seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente (critérios genéricos voltados para o serviço e não para o agente público).

Argumenta que “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”, razão pela qual a responsabilidade por omissão será sempre proveniente de atividade ilícita.

Além disso, para a corrente doutrinária que defende a responsabilização pelas condutas omissivas de forma subjetiva, a omissão estatal não é a causa do evento danoso, mas a condição para o resultado. Desse modo, o Estado não pode responder objetivamente por um dano que não causou. Existe a necessidade de analisar-se o elemento subjetivo (culpa) a fim de constatar se a omissão estatal realmente deu ensejo ao dano.

Segundo Rui Stoco (2007, p. 962), o art. 37, §6º, apenas atribui responsabilidade objetiva ao Poder Público pelos eventos danosos que seus agentes causarem a terceiros, nessa qualidade. Logo, nas hipóteses de omissão normalmente relacionadas aos fatos da natureza e de terceiros não estariam acobertados pela teoria do risco administrativo, exigindo-se a comprovação de culpa da Administração.

Para os defensores da tese subjetiva, também é imprescindível que se faça presente a possibilidade de evitar o evento danoso a partir de uma atuação diligente, uma vez que pela aplicação da teoria da falta do serviço, se houve dano para o administrado, mas o serviço foi prestado dentro dos padrões aceitáveis, não exsurge para o Estado a obrigação de indenizar.

Normalmente, a dificuldade da tese subjetiva reside nessa segunda peculiaridade das condutas omissivas, pois a atuação em conformidade com os padrões exigíveis deverá ser analisado em cada caso, adstrita sempre a uma determinada conjuntura.

Não estando presentes essas duas características, constituiria “um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico” (MELLO, 2011, p. 1013).

Em linhas gerais, pode-se dizer que o Estado não agiu, quando deveria por imposição legal, ou o fez abaixo dos padrões exigíveis, responde por esta incúria, negligência ou deficiência. De outro modo, não poderá ser responsabilizado quando agiu de forma compatível com as possibilidades, mas sua atuação não elidiu o dano.

Não por outro motivo, a Fazenda Pública vem apresentando defesas construídas com base no princípio da reserva do possível. Surgida no Direito Alemão e corolário do princípio da razoabilidade, a referida tese justifica a omissão estatal na implementação de serviços públicos, direitos sociais e políticas públicas, usando como pretexto a limitação orçamentária.

A regra é a de que limitações orçamentárias não podem legitimar a inércia estatal no cumprimento preceituado na Carta Magna, sob pena de o Poder Público se ver dispensado de suas incumbências. Excepcionalmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a utilização da tese da reserva do possível, desde que haja um justo motivo comprovado.

Impende advertir, ainda, que a tese da falta do serviço é subjetiva, devendo, então, ser provada a culpa, inobstante seja ela presumida, na maioria das vezes, em face da condição de hipossuficiência do administrado. Com efeito, se o Poder Público demonstrar que não agiu com culpa ou dolo na conduta omissiva, não será possível responsabilizá-lo.

6.3 CORRENTE INTERMEDIÁRIA: OMISSÃO GENÉRICA E ESPECÍFICA

Sérgio Cavalieri Filho, integrante da corrente intermediária, afirma que o art. 37, § 6º, da CF diz respeito às ações e omissões estatais. No entanto, para o professor, a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica, conforme sustenta a primeira corrente, sendo fundamental distinguir a omissão genérica e omissão específica do Estado, a fim de visualizar em que seara a responsabilidade está situada: objetiva (risco administrativo) ou subjetiva (culpa anônima).

Tal necessidade foi inclusive objeto de estudo pelo jurista Guilherme Couto de Castro (1997, p. 37) que observou:

[...] não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.

As omissões específicas consistem nas ocasiões em que o Estado assume a condição de garante, como nas relações de custódia de coisas ou pessoas, e pressupõem um dever especial de agir para impedir o evento dano, fazendo surgir a responsabilidade objetiva. Pode-se pensar, por exemplo, no caso de um indivíduo que comete crime macabro, é retirado da delegacia e posteriormente morto pela população revoltada. Nesta situação, tendo criado um risco, não poderá eximir-se da responsabilidade de proteger o indivíduo detido.

A omissão genérica, por seu turno, resta caracterizada quando o evento danoso não resulta direta e imediatamente da inação do Estado, do qual não se pode exigir uma conduta específica, oportunidade em que prevalecerá o princípio da responsabilidade subjetiva, que tem como pressuposto a culpa *lato sensu*.

Nesses casos, o prejudicado deverá provar que a falta do serviço (*faute du service*) concorreu para o dano, seja porque este não funcionou quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou tardiamente, hipóteses em que é dispensável a prova de que qualquer agente do Estado tenha incorrido em culpa.

Não se pode olvidar, no entanto, que nem sempre é fácil distinguir a omissão genérica e específica. Assim, para compreender os diferentes tipos de omissão, Sérgio Cavalieri Filho nos traz um exemplo, que melhor elucida a questão na prática (2007, p. 231):

Se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Examinando a hipótese ilustrada e os conceitos estabelecidos pelo autor, denota-se que a omissão específica se assemelha e muito ao que Bandeira de Mello denomina de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, as quais, para os dois juristas, seriam apuradas objetivamente.

No entanto, para o segundo, essas “são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo se, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano” (MELLO, 2011, p.1034). Percebe-se, portanto, a divergência entre ambos reside principalmente na expressão utilizada para descrevê-la.

À luz de tais considerações, os mais recentes julgados admitem a ideia de que há dois tipos de omissão estatal, quais sejam: a omissão geral ou genérica e a omissão específica. É o que se depreende do seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALHA DO ESTADO. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL IN RE IPSA CONFIGURADO. A responsabilidade civil do Estado em caso de omissão é subjetiva, fugindo à previsão do art. 37, § 6º, da CF. Contudo, deve ser analisado se a omissão foi específica ou genérica. Em caso de omissão específica, ou seja, quando há o dever de agir, vale a regra constitucional. Hipótese dos autos em que o Estado falhou com o dever de garantir a vida e integridade física de seus detentos na medida em que deixou de prestar um serviço de proteção e vigilância constante e eficiente a garantir a integridade daqueles recolhidos sob sua custódia, culminando com a morte do familiar dos autores recolhido ao estabelecimento prisional [...] Precedentes jurisprudenciais. (TJ-RS - AC: 70044834190 RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Data de Julgamento: 30/05/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/06/2012).

6.4 PONDERAÇÕES ACERCA DA CONTROVÉRSIA

De tudo que foi exposto por cada uma das correntes, faz-se necessário a análise de um panorama atual acerca da adequação das teorias discutidas. Todas elas, de fato, apresentam-se muito bem fundamentadas, todavia, algumas ponderações devem ser feitas.

Preliminarmente, observa-se que a teoria objetiva não merece prosperar, pelo menos isoladamente. Costumeiramente defende-se que como nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar o dolo ou culpa, melhor se asseguram os direitos da vítima mediante a aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado. A afirmação é procedente, mas parcialmente apenas.

De fato, nem sempre será fácil comprovar o elemento subjetivo, no entanto, na maioria dos casos a responsabilidade subjetiva os tribunais vêm admitindo a presunção de culpa (*juris tantum*) e conseqüente inversão do ônus da prova, em face da situação de desigualdade ou hipossuficiência do particular. Além disso, a corrente subjetiva adota a culpa do serviço, não individualizável na pessoa do agente, devendo ser atribuída ao serviço estatal genericamente.

Outrossim, no Brasil, diante da deficiente proteção de direitos fundamentais e prestação de serviços públicos, deve-se afastar a adoção da teoria objetiva, sob pena de se estender em demasia a responsabilidade do Estado e inviabilizar, na prática, a Administração.

Entende-se, portanto, que o regime mais adequado para a responsabilização do Estado é o subjetivo. Não nos parece inadequado, contudo, a teoria mista. Explica-se. Conforme já demonstrado outrora, as situações diretamente propiciatórias de riscos, assim entendidas como as que o Estado encontra-se na condição de guardião de coisas ou pessoas (embora não seja as únicas), equiparadas às condutas comissivas pelo próprio Bandeira de Mello, guardam estrita relação com as omissões específicas. Tanto é assim, que o STF vem tratando, em algumas decisões, os casos de situações propiciatórias de riscos como omissões do Poder Público.

Essa tipo de situação, seja qual for a denominação utilizada, ensejou inclusive a primeira condenação do Estado pelo STF por omissão baseada na responsabilidade objetiva desde a constitucionalização da regra objetiva, que ocorreu tão somente em 1996, com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 109.615, do qual foi relator o Ministro Celso de Mello.

Na ocasião, analisava-se o dever de resguardar a incolumidade física e moral de estudante em escola pública do município que teve o olho perfurado por outro aluno, tendo o agente público, com sua omissão, permitido a concretização do dano a partir de uma situação de risco criada pelo próprio Estado.

Da análise dos casos de responsabilidade por omissão na jurisprudência, embora não seja possível estabelecer uma regra definitiva se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva, verifica-se que algumas situações já apresentam alguma uniformidade. Por exemplo, a jurisprudência dos tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o dano ocorra em hospitais públicos, ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica.

Neste diapasão, o STF declarou repercussão geral no julgamento do Recurso Extraordinário nº 136.861, deixando claro que algumas situações não se amoldam ao processo em análise, entre elas o assassinato de presidiário por companheiro de cela e o assalto cometido por foragido. A ação discute a responsabilização extracontratual do Estado pela explosão de local destinado a comercialização de fogos de artifício, decorrente da omissão no dever de fiscalizar, já que o proprietário requereu a licença, recolhendo a respectiva taxa, mas não obstante ausente a autorização, passou a funcionar com o comércio.

É essencial, ainda, que se tenha em mente que o ponto fulcral da celeuma diz respeito diretamente à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Assim, a solução para a uniformização das decisões poderia e deveria ser dada pelo seu próprio guardião, o Supremo Tribunal Federal, visto que a aplicação de teorias diferentes para caso semelhantes acabar por conferir insegurança jurídica aos particulares. Não se exime, no entanto, a necessidade de emissão pelo Poder Legislativo de um marco normativo claro e seguro para regradar a relação entre o Estado e os administrados.

Por oportuno, cabe destacar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 718, de dezembro de 2011, que dispõe sobre responsabilidade civil do Estado, com o objetivo expresso de consolidar e conduzir a uma solução justa e definitiva na reparação de danos do cidadão provocados pelo Estado, mediante o estabelecimento de um regime geral sobre a responsabilidade do Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, é pacífico o entendimento que o Estado, como qualquer outro sujeito de direitos, pode vir a ser responsabilizado quando causar danos à esfera juridicamente protegida de terceiros, do que lhe resulta a obrigação de reparar, obviamente, governada por princípios próprios.

Conforme restou constatado, a obrigação do Estado ressarcir as vítimas por seus comportamentos danosos decorrentes de atos lícitos ou ilícitos, materiais ou jurídicos, comissivos ou omissivos, é costumeiramente denominada pelas seguintes expressões: responsabilidade extracontratual do Estado, responsabilidade civil do Estado e responsabilidade civil da Administração Pública.

Da análise de seu contexto histórico, verificou-se que o instituto sofreu várias modificações ao longo do tempo, passando da irresponsabilidade à regra da responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo das atividades do Poder Público.

Assim, inicialmente, vigorou a teoria da irresponsabilidade do Estado que excluía completamente qualquer obrigação de ressarcimento. Superada esta fase, surgiram as teorias baseadas na ideia de culpa e princípios do direito privado, as quais deram lugar, por sua vez, as teorias publicistas. Tais teorias deslocaram a ideia da culpa até se chegar à responsabilidade objetiva, independente de culpa, recepcionada pela constituição brasileira.

Analisando a evolução da responsabilidade civil da Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nas constituições, observou-se que nenhuma delas recepcionou a tese da irresponsabilidade, pois mesmo quando não expressamente disposto no texto constitucional já era prevista em legislação infraconstitucional a obrigação solidária (entre o Estado e funcionário público) de reparar os danos causados.

Ressaltou-se, ainda, que a regra objetiva foi adotada a partir da Carta Magna de 1946, tendo representado importante alteração legislativa. No que diz respeito a Constituição de 1988, atualmente em vigor, vislumbrou-se a regra que regulamenta a responsabilidade extracontratual do Estado, a qual apresenta duas relações de responsabilidade. A primeira, em relação ao Estado que, como regra, responderá objetivamente. A segunda, estabelecendo a responsabilidade subjetiva referente ao agente público.

Definiu-se os fundamentos da responsabilidade extracontratual da Administração Pública em conformidade com a espécie do ato danoso: lícito ou ilícito. Tais atos são justificados, respectivamente, pelos princípios da isonomia e ilegalidade.

Quanto aos pressupostos, ficou estabelecido que o dano, o nexo de causalidade e a conduta estatal comissiva ou omissiva, são condições deflagradoras da responsabilidade do Poder Público dotadas de caráter geral, uma vez que, em regra, será apurada objetivamente. Desse modo, a culpa é tratada como elemento acidental, sendo indispensável tão somente nos casos em que se apura a obrigação de ressarcir na seara subjetiva.

Inicialmente, foi desenvolvido o estudo da figura do agente público, representante ou preposto do Estado, bem como das situações distintas abrangidas pela conduta estatal

indenizável. Em seguida, no estudo do nexo causal, apurou-se que a teoria do dano direto e imediato é prevalente no ordenamento jurídico brasileiro, procedendo-se, por último, com o exame das características do dano indenizável.

Em relação à exclusão ou atenuação da responsabilidade do Poder Público, ressaltou-se que estão diretamente associadas ao nexo causal, podendo causar o seu rompimento e, conseqüentemente, elidir ou abrandar a obrigação de indenizar. São os casos de força maior, caso fortuito, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente.

Além disso, ficou consignado que, hodiernamente, no Brasil, a responsabilidade civil estatal por atos comissivos está fundamentada na responsabilidade objetiva, sendo que a Constituição Federal de 1988 consagrou tal premissa em seu artigo 37, § 6º. No entanto, em relação a natureza jurídica da responsabilidade estatal por condutas omissivas, restou demonstrado que persiste forte divergência, cujo resultado foi o desenvolvimento de três correntes.

No que se refere às teorias, preliminarmente, desenvolveu-se a tese que advoga a apuração objetiva da responsabilidade por condutas omissivas indenizáveis sob a modalidade do risco administrativo. Defendida por juristas como Yussef Said Cahali, afasta o elemento subjetivo, sustentando que a regra constitucional não diferencia as espécies de condutas.

Posteriormente, realizou-se o estudo da tese defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e continuada por Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual aponta a natureza subjetiva da responsabilidade do Estado por inação, com fundamento na teoria da culpa anônima ou falta do serviço (*faute du service*). Desse modo, deverá ser comprovada a ausência, a prestação tardia ou defeituosa do serviço.

Por último, foi apresentada a terceira corrente doutrinária (teoria mista ou intermediária) representada por Cavalieri Filho, que sustenta a necessidade de distinguir a omissão genérica da omissão específica, sendo aplicadas em cada um dos casos a teoria subjetiva e objetiva, nesta ordem.

De tudo que foi analisado, defende-se que a teoria objetiva, amparada na ideia de risco administrativo pelas condutas omissivas, não merece prosperar, isoladamente, pois a própria teoria da culpa administrativa (*faute du service*) já cumpre o papel de proteger o lesado, uma vez que se houver impossibilidade material ou dificuldade de prova da falta do serviço pelo administrado lesado, poderá ser decretada a inversão do ônus da prova, cabendo ao Estado demonstrar que inexistiu culpa anônima, isto é, que houve prestação eficiente do serviço público ou que ele não tinha a obrigação legal de impedir certo resultado danoso.

Ademais, deve-se ponderar que o ente público não pode ser erigido a condição de garantidor universal, ainda que parcialmente, sob pena de ser inviabilizado seu adequado funcionamento em decorrência do impacto econômico. Isso porque, é cediço que o Poder Público oscila constantemente entre a negação ostensiva da eficácia imediata dos direitos fundamentais e sua afirmação insatisfatória, diante da deficitária prestação de serviços públicos.

Com efeito, a vantagem em aceitar-se a teoria da falta de serviço é viabilizar a indenização justa nos casos de omissão sem erigir o Estado a condição de segurador universal em quase todas as hipóteses.

No que tange à teoria mista, verifica-se que os exemplos comumente encontrados para demonstrar hipóteses de omissão específica, evidenciam comportamentos equiparados às ações, definidos pela segunda corrente (subjetivista) como danos dependentes de situação apenas propiciada pelo Estado. Ora, nesses casos, obviamente, a responsabilidade deverá ser apurada com fulcro na teoria objetiva, pois o Estado cria uma situação de risco exagerado. Trata-se de uma ação do Estado equiparada a um comportamento positivo, incidindo a regra constitucional.

Em que pese a posição aqui defendida, impende ressaltar que, na prática, o resultado da aplicação da teoria mista será, em regra, o mesmo apresentado pela teoria subjetiva, pois a diferença entre as duas parece residir na terminologia e perspectivas adotadas.

Demais disso, o certo é que a Suprema Corte, a quem é reservada a última palavra na interpretação do texto constitucional, embora venha se posicionando de forma majoritária pela aplicação da teoria subjetiva na apuração de condutas omissivas do Estado, deve apresentar uma solução definitiva para a questão, uma vez que a indefinição acerca do tema não se coaduna com o Estado Democrático de Direito e acaba por conferir insegurança jurídica aos administrados, além de instabilidade ao ordenamento jurídico.

ABSTRACT

Overtime the non-contractual liability of the State has undergone several transformations beneficial to juridical orders. Originally, the theory that prevailed was of the irresponsibility of the state which completely excluded any duty to indemnify. As this phase was overcome, the theories of guilt that backed the idea of private law emerged, giving place to publicists theories. In Brazil, the responsibility in the current patterns is constitutionalized since 1946. Although there are doctrinal and jurisprudential positions about commissive behaviors, the same is not true for the omissive conducts. Before addition, the present work aims to analyze the legal nature of the liability imputed to omission in Brazilian law, observing what the doctrine and the jurisprudence reveal in the national courts. Thus, this work approaches the subject from the origin of the non-contractual liability of the State to the presentation of each of the theories that seek to frame the accountability of omissive acts in objective or subjective harvest. Furthermore, the present work seeks to broaden the discussion on the topic for a better understanding of the issue.

KEYWORDS: Non-contractual liability of the State. Theories. Omissions. Legal nature.

REFERÊNCIAS

- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 718, de 01 de dezembro de 2011. Dispõe sobre responsabilidade civil do Estado**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=100473&tp=1>>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.
- CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1970.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4365>>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 16. ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

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

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexo de causalidade**. Revista Jurídica, v. 50, n. 296, jun. 2002.

_____. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.