

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

E SUA APLICABILIDADE AOS ATOS OMISSIVOS

O presente estudo tem por escopo analisar a responsabilidade civil objetiva do estado e sua aplicabilidade aos atos omissivos. Para tanto, primeiramente, abordar-se-á a responsabilidade civil do Estado, analisando seu conceito, os pressupostos que a configuram e as excludentes que ilidem-na, bem como a evolução histórica sobre o tema, desde a teoria da irresponsabilidade estatal até a teoria objetiva adotada pela Carta Magna de 1988.

Posteriormente, verificar-se-á a evolução da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro e a aplicação da teoria objetiva aos atos comissivos e omissivos.

3.1 Responsabilidade civil e fundamento da responsabilidade do Estado

San Tiago Dantas aduz que a ordem jurídica tem como objetivo principal a proteção do lícito e a repressão do ilícito, onde tutela-se a conduta do homem que age de acordo com o ordenamento jurídico e reprime àqueles que o contrariam (Cavaliere Filho, 2005).

Cavaliere Filho (2005) leciona que, para atingir este fim, a ordem jurídica estabelece determinados deveres que, de acordo com sua natureza, podem ser positivos, surgindo uma obrigação de fazer ou de dar, como também negativos, não fazer ou tolerar alguma coisa. Ela compreende o dever de reparar alguém pelo prejuízo sofrido em decorrência da violação de um dever jurídico:

Responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico

preexistente, uma obrigação descumprida (Cavaliere, 2005, p. 24).

O termo responsabilidade, em seu sentido etimológico, exprime obrigação, encargo ou contraprestação, e seu significado jurídico não é muito diferente. Neste, o dever, seja de pessoa física ou jurídica, prima pela reparação do prejuízo sofrido por outrem. É a obrigação de reparar os danos antijuridicamente causados (Annoni, 2003).

Desta forma, a responsabilidade civil pode ser conceituada como:

A aplicação de medidas que possam obrigar uma determinada pessoa a reparar o dano causado na moral ou no patrimônio de terceiro, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (Diniz, 2002, p. 20).

A responsabilidade civil traduz a noção de justiça e é o meio coercitivo de imposição, estabelecida pela sociedade através de regras, e que todos têm o dever de responder por seus atos danosos (Stoco, 2004).

Conforme lição de Cavaliere Filho (2005), a função da responsabilidade civil advém de um sentimento de justiça onde se aspira obrigar o agente causador do dano a repará-lo, fazendo com que se restabeleça o equilíbrio jurídico-econômico rompido, ou seja, busca-se indenizar o dano em razão de sua proporção.

No que se refere à responsabilidade civil do Estado, Gasparini (2006) destaca que tendo o comportamento do agente estatal causado algum tipo de dano em seus administrados cabe o seguinte questionamento: o Estado deve recompor os gravames de ordem material ou moral ocasionados na vítima de sua ação ou omissão lesiva? Deste questionamento se pode obter a seguinte resposta:

Na obrigatoriedade, ou não, de restaurar o patrimônio ofendido reside o problema da responsabilidade civil do Estado. Não se trata de responsabilidade oriunda de ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros, denominada responsabilidade contratual (nesta a responsabilidade está fixada e se resolve com bases nas cláusulas do contrato) ou de responsabilidade criminal (as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, não cometem contravenções ou crimes, embora seus agentes, causadores diretos do dano, possam cometê-los). Também não diz respeito à obrigação de indenizar, que cabe ao Estado pelo legítimo exercício de poderes contra direito de terceiros, como ocorre na desapropriação e, algumas vezes, na servidão. Cuida-se, isto sim, da responsabilidade patrimonial do Estado, responsabilidade extracontratual

do Estado ou responsabilidade civil do Estado (Gasparini, 2006, p. 965).

Ao tratar da originalidade da responsabilidade pública, Mello (2001) assevera que o Estado se governa por princípios próprios e por isto sua responsabilidade é maior que a das demais pessoas privadas. Isto se deve por que ele exerce funções que produzem danos mais intensos que os gerados pelos particulares. Desta forma:

[...] seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, 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 (Mello, 1999, p.659.)

Em face de tal garantia, Annoni (2003) assevera que a responsabilização do Estado pelas lesões provocadas ao particular implica na responsabilização de toda a sociedade, uma vez que a teoria objetiva adotada pela Constituição Federal de 1988 se fundamenta nos princípios da legalidade e da igualdade dos encargos sociais da justiça distributiva.

Em suma, pode-se conceituar a responsabilidade civil do Estado como a “obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável” (Gasparini, 2006, p. 966).

Di Pietro (2003, p. 523), ao delimitar o tema da responsabilidade extracontratual do Estado, assevera que “quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa”.

Em razão disto conclui que:

Trata-se de dano resultante de comportamento do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício da parcela

de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária (Di Pietro, 2003, p. 523)

No linear histórico evolutivo do instituto da responsabilidade civil, ligado originariamente às relações privadas, chegou-se à responsabilização do Estado sob os fundamentos dos princípios da legalidade e da igualdade (Mukai, 1999).

Em razão disto se observa que, quando o comportamento do Estado, seja ele comissivo ou omissivo, causar dano a terceiro, de ordem patrimonial ou moral, enseja a responsabilidade civil objetiva do Ente Público e o dever de reparar o dano, pois “a responsabilidade civil do Estado diz respeito à obrigação a este imposta de reparar os causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões” (Medauar, 2004, p. 433).

Como visto, dos conceitos expostos, para que haja a necessidade de restabelecer-se a ordem violada através do dano provocado pelo agente estatal, faz-se necessário à identificação de certos elementos configuradores de tal responsabilidade civil. Para tanto, há doutrinadores, dentre eles Annoni (2003), que enumeram alguns pressupostos, quais sejam: o sujeito ativo e o passivo, o fato antijurídico causador do dano, o nexo de imputação, o nexo de causalidade entre o fato e o dano, os quais passamos a dissertar.

3.2 Pressupostos da responsabilidade civil do Estado

Dentre os pressupostos da responsabilidade do Estado citados, analisar-se-á primeiramente os sujeitos. O sujeito ativo da relação jurídica é o cidadão, o administrado, ou seja, qualquer pessoa, física ou jurídica, que sofra um dano indenizável (Motta, 2004).

Já o sujeito passivo, continua o autor, é o causador do dano, ou seja, o Estado que por meio de seus agentes lesionam outrem:

Assim, configurado o nexo causal entre o fato administrativo e o dano, surge para o lesado (vítima), ou na sua falta, para seus dependentes (...), a legitimidade (ativa) para propor ação condenatória de reparação, (...) contra a entidade responsável (pessoa jurídica de direito público, ou, de direito privado prestadora de atividade pública), seu agente ou contra ambos, compondo a legitimidade passiva. (Motta, 2004, p.280).

Dispõe o artigo 37, § 6º da CF/88, que a Administração Pública é responsável pelos atos de seus agentes, que nessa qualidade, causarem a terceiros. Sem esgotar o assunto neste tópico, eis que suscita divergência, bem como porque será abordado no próximo capítulo, o termo agente usado pelo texto constitucional deu uma nova roupagem à responsabilidade estatal. Em razão disto destaca-se que:

O exame deste dispositivo revela ter sido expurgado do texto constitucional o termo funcionário, que tanto questionamento ensejou no regime anterior. O termo não era apropriado porque 'funcionário', em seu sentido técnico, é somente aquele que ocupa cargo estatutário (Cavaliere Filho, 2005, p. 257).

Vê-se que a expressão agente abarca todos aqueles que de alguma forma exerçam atividade pública inerente ao Estado, visto que “a expressão agente por sua vez é bastante abrangente; assim, a responsabilidade alcança até os atos praticados pelos agentes de poder” (Vargas, 1999, p 36).

Dando seqüência a análise dos pressupostos mencionados, e a fim de realçar o dever que o sujeito passivo tem de indenizar os danos advindos de sua conduta positiva ou negativa, faz-se necessário analisar o nexo de imputação que se difere nexo de causalidade, pois:

Nexo de imputação é o fundamento por meio do qual determinado dano é imputado ao sujeito responsável.

Em regra, na responsabilidade civil geral, este fundamento é a atuação culposa (dolo, negligência, imprudência ou imperícia) do agente causador do dano. No tocante ao Estado, a razão da imputação é a teoria do risco, a idéia de risco criado pela atividade administrativa. A pessoa jurídica pública (ou privada prestadora de serviço público) ao realizar uma atividade assume o risco.

No primeiro caso, tem-se a responsabilidade subjetiva. No segundo, a objetiva. O diferenciador é, portanto, um elemento subjetivo – culpa – de que se prescinde na responsabilidade objetiva (Annoni, 2003, p. 09).

Já o nexo de causalidade pode ser definido como “o vínculo, o elo de ligação entre a atividade estatal e o dano produzido a terceiro. Ele surge da obrigação extracontratual entre o sujeito estatal e o particular” (Siqueira *apud* Bühring, 2004, p. 120).

Doutrinadores, dentre eles Odete Medauar e José Cretela Junior, lecionam que o nexo causal é de suma importância para a averiguação e comprovação da responsabilidade civil do Estado, pois, na responsabilidade extracontratual

somente com a demonstração do nexo de causalidade existente entre a conduta comissiva ou omissiva e o dano experimentado pela vítima, excluídas as circunstâncias que ilidem-na, é que restará caracterizado o vínculo obrigacional para o Estado (Bühning, 2004).

A relevância do nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade civil do Estado é tamanha que:

Na jurisprudência, reconhecendo-se o nexo de causalidade surge a obrigação de indenizar, o que incoorre se ausente sua demonstração. Isto porque, como visto, o nexo de causalidade é o mais complexo dos pressupostos da responsabilidade civil. Uma vez identificado o elo entre o fato lesivo e o dano, restarão evidentes os demais, como o sujeito passivo e ativo, o fato antijurídico, o dano certo (Annoni, 2003, p. 14).

Outro pressuposto fundamental é o dano, que na visão de Stoco (2004, p. 129) “é o elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito (...); de ato ilícito ou de inadimplemento contratual”.

O dano pode ser conceituado como:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a sua imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral (Cavaliere Filho, 2005, p. 96).

Para ser indenizável, o dano deve corresponder a uma lesão a bem protegido pelo direito, e que o lesado não está obrigado a suportar o ônus sem ser reparado. No entanto, para que tais danos sejam indenizáveis pelo Estado, é preciso que concorram os pressupostos mencionados: os sujeitos ativo e passivo, ato ou fato antijurídico, e, o nexo de causalidade, já que o nexo de imputação está inerente à regra da responsabilidade objetiva (Annoni, 2003).

Ao analisar o comportamento danoso praticado pelo Estado através de seus agentes, Mello (2001) classifica em três modos distintos a responsabilização: danos por ação do Estado; danos por omissão do Estado; e, danos por situação propiciadora de risco.

Através desta classificação se tem que, quando o dano advém da ação do Estado, “não há, pois, de se falar em culpa, dolo ou infração ao Direito quando o

comportamento estatal comissivo gera ou produz dano a alguém, pois a responsabilidade neste caso é objetiva” (Bühning, 2004, p. 147).

Porém, quando os danos são provocados pela omissão do Estado existem dois entendimentos que suscitam divergência. A responsabilidade subjetiva:

[...] para configurar a responsabilidade estatal não basta, portanto, a simples relação entre o dano sofrido e a ausência do serviço, ou seja, a omissão estatal. Se não existir a obrigação legal de impedir um certo evento danoso, deve haver algo mais, como culpa por negligência, imprudência ou imperícia que ensejam o dano, ou dolo, com intenção de omitir-se, quando era obrigado atuar e a fazê-lo para evitar o evento danoso. É necessário que o Estado aja com ilicitude, quando não impede o dano ou não faz o possível, com comportamento abaixo do padrão legal exigível.

Se o Estado, em seu dever de agir, por imposição da lei, não agiu, ou se fez deficientemente, abaixo dos padrões, responderá pelos danos que vier a causar. Se, no entanto, atuou de forma organizada e eficiente e mesmo assim não conseguiu impedir o dano, não há de se falar em responsabilidade.

Então, no direito brasileiro, a responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, convive com a teoria da responsabilidade subjetiva. Nos atos omissivos, determina-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou da falta de serviço, ou que não funcionou, quando deveria funcionar, que funcionou mal ou tardiamente. (Bühning, 2004, p. 149 a 152)

Contudo, esta teoria, sob a ótica do artigo 37, § 6º da CF/88, encontra novo posicionamento, fulcro na responsabilidade objetiva:

Não é correto dizer sempre, que toda a 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 de individualização de agir. (Castro, 2000, p. 57).

Já a classificação dos danos, tendo por objeto a situação propiciadora de risco, pode ser definida:

Aqui, não é uma ação, nem uma omissão do Estado, mas é em razão de sua atividade que se cria uma situação favorável ao dano, ou seja, quando se expõe alguém ao risco, mesmo que de forma indireta, e razão da guarda de coisa ou pessoas perigosas, é a responsabilidade do Estado objetiva (Bühning, 2004, p. 153)

Convém destacar, após esta sucinta abordagem dos pressupostos constitutivos da responsabilidade civil do Estado, que, ausente o nexa causal entre a conduta e o dano, restará afastada a responsabilidade civil, eis que ausente um dos pressupostos essenciais E, assim, estar-se-á diante de causas capazes de ilidir a responsabilidade estatal conforme se verá no próximo tópico.

3.3 As excludentes da responsabilidade civil do Estado

O Estado, como visto, responsabiliza-se pelos danos que provocar, por meio de seus agentes, em seus administrados. Contudo, há casos em que o Poder Público se exime de tal encargo. Quando isto acontece, verifica-se configurada a inexistência do nexos de causalidade entre a lesão sofrida pelo particular e o comportamento do agente do Estado para a ocorrência do dano, e, assim, inexigível é o dever indenizatório do Poder Público (Annoni, 2003).

Sob esta premissa pode-se afirmar que:

Por certo não se há de admitir sempre a obrigação de indenizar do Estado. Com efeito, o dever de recompor os prejuízos só lhe cabe em razão de comportamentos danosos de seus agentes e, ainda assim, quando a vítima não concorreu para o dano, embora nesta hipótese se possa afirmar que o Estado só em parte colaborou para o evento danoso. Se a vítima concorreu para a ocorrência do evento danoso atribui-se-lhe a responsabilidade decorrente na proporção de sua contribuição (...). De sorte que não se cogita de responsabilidade por ato de terceiro ou de fato da natureza, salvo a hipótese de comportamento estatal culposos. Isso é mais que óbvio. Em suma, diz-se que não cabe responsabilidade do estado quando não se lhe pode atribuir a autoria do evento danoso (Gasparini, 2006, 972).

Por esta razão, pode-se elencar como causas excludentes da responsabilidade civil do Estado: a força maior e o caso fortuito, a culpa da vítima, a culpa ou fato de terceiro, agente estatal ter cometido o dano fora de suas atribuições funcionais e estado de necessidade (Bühning, 2004).

No que tange as excludentes da força maior e do caso fortuito há conceitos que os diferem e outros que os têm como sinônimos (Bühning, 2004). Por não ser objeto principal deste trabalho, a distinção pormenorizada destes conceitos faz-se prescindível.

Nesta seara conceitual, Di Pietro (2003, p. 530) leciona que a força maior:

É o acontecimento imprevisível e inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexos de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

No entanto, mesmo que ocorra um motivo de força maior, o Estado deve responsabilizar-se por danos advindos de sua omissão decorrente de um dever

legal de agir através de um serviço que viesse evitar o evento danoso que era previsível. Mesmo assim, a responsabilidade não é objetiva (Di Pietro, 2003).

Com relação ao caso fortuito, Di Pietro (2003) afirma que o dano é decorrente de ato humano ou de falha da Administração.

Gasparini (2006), ao dissertar acerca das excludentes da responsabilidade civil do Estado, afirma que há duas hipóteses em que o ente estatal estará dispensado de indenizar pelo seu evento danoso: por eventos imprevisíveis e irresistíveis, bem como quando a vítima der causa ao dano. Por meio de sua classificação, tem-se que a primeira diz respeito a acontecimentos causados por força externa decorrente de eventos da natureza, que seria o caso fortuito, e por ações humanas, o que caracterizaria a força maior.

Fernando Noronha, ao tratar do assunto assevera pontualmente que:

A distinção prática destes dois institutos é, de fato, inútil, haja vista que os efeitos deles decorrentes são os mesmos. No entanto, ao fazer a distinção prefere o critério segundo o qual o caso fortuito seria um acontecimento (força da natureza ou fato humano) normalmente imprevisível, ainda que pudesse ser evitável, em si mesmo ou em suas consequências, se houvesse sido previsto, enquanto a força maior seria algo natural ou humano a que não fosse possível resistir, mesmo quando se pudesse prever a ocorrência (apud Annoni, 2003, p. 18)

Pelo exposto, em que pese tais conceituações, Annoni (2003, p. 20) aponta como requisitos básicos para a configuração destas duas causas excludentes de responsabilidade, a “inevitabilidade (o evento não pode ser impedido) e a imprevisibilidade (não se pode prever os efeitos do fato)”.

Como acima descrito, a culpa da vítima também é causa excludente da responsabilidade civil. Esta pode ser exclusiva ou concorrente:

Configura-se a culpa da vítima quando o causador do dano e o lesado se confundem na mesma pessoa. Contudo, só ocorre a ilusão da responsabilidade do Estado em indenizar quando esta culpa for excludente. Se esta for concorrente com a do Estado, isto é, houver ação conjunta do agente estatal (por ação ou omissão) e do particular, responde o Poder Público pelo evento danoso, na proporção em que haja participado para a produção do dano (Annoni 2003, p. 15).

Como bem afirma Friede, a culpa da vítima produz a quebra do nexo causal necessário:

A culpa exclusiva, ou concorrente da vítima comprovada, ocasiona uma quebra do nexo de causalidade entre a ação do Estado e o evento danoso, essencial para caracterizar a responsabilidade civil objetiva do Estado. Se a contribuição culposa do particular não foi completa e suficiente para afastar o nexo causal, não será excluída a responsabilidade objetiva do Estado, pois o evento teria ocorrido independentemente da participação da vítima. Se apenas um das partes envolvidas sofreu prejuízos, a indenização será pela metade. No caso de ambas as partes terem sofrido danos todos os prejuízos serão somados e divididos entre os envolvidos, compensando-se os valores (apud Bühring, 2004, p. 162)

A excludente da responsabilidade civil relacionada com o fato ou a culpa de terceiros, não há que se cogitar em responsabilidade do Estado, pois a conduta danosa não foi provocada por agente estatal (Medauar, 2004).

Importante ressaltar que por terceiro pode-se entender como qualquer pessoa que esteja fora do binômio agente estatal e pessoa lesada (Bühring, 2004)

Nestes casos, configura-se elidida a responsabilidade estatal tendo em vista que inexistente nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano experimentado (Annoni, 2003).

A CF/88, em seu artigo 37, § 6º, reza que o Estado responderá pelos danos que seus agentes, nesta condição, causarem a terceiros. Do texto legal vê-se que o ente estatal não responderá pelos danos de seus agentes quando estes não estiverem exercendo função.

Por esta razão, Carmem Lúcia Rocha afirma que não se pode cogitar em responsabilizar o Estado:

O agente público pratica atos em sua vida que não tem pertinência com a função correspondente ao cargo, função ou emprego público no qual se encontra investido, vale dizer, não são todos os seus atos praticados na sua condição de servidor público. O que exorbita daquela qualidade, ainda que ocasione dano, não terá qualquer relação obrigacional gerada para a entidade a cujo quadro de pertença. (apud Bühring, 2004, p. 165)

Neste diapasão, Bühring (2004) afirma que o dispositivo constitucional é enfático e que somente haverá responsabilidade do Estado quando seu agente estiver no exercício de suas funções.

Por fim, há o estado de necessidade. Esta excludente não é aceita de modo unânime na doutrina, pois “o estado de necessidade se caracteriza pelo sacrifício de um direito privado, em proveito do bem-estar da coletividade, na via inversa da

teoria objetiva consagrada pela Constituição de 1988” (Annoni, 2003, p. 21).

Nessa espécie de excludente não há uma agressão propriamente dita, mas uma situação fática que enseja iminência do dano, e, assim, no intuito de evitá-lo, acaba sacrificando a coisa alheia, o que faz dentro da lei e que enseja a utilização deste instituto pelo agente estatal (Bühning, 2004).

Portanto, o estado de necessidade caracteriza-se “pelo sacrifício do direito individual do lesado em favor do interesse público da coletividade, representada pelo Estado que, ao atuar, o faz em razão do perigo iminente” (Annoni, 2003, p.21).

Todavia, em se tratando de Estado, Annoni (2003) leciona que esta excludente é de difícil configuração, pois a teoria objetiva do risco adotada pela Carta Magna fundamenta-se nos princípios da legalidade, da igualdade dos encargos sociais e da justiça distributiva, ou seja, pauta-se ela solidariedade. Por esta razão:

[...] nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se isenta de responder se não existir o nexo de causalidade entre o seu agir e o dano produzido. Isto implica dizer que só se exime se não for o autor da lesão que lhe for imputada. Mesmo que agindo em estado de necessidade, se foi sua conduta que ocasionou o dano não há que se falar em ilidente de responsabilidade. O Estado será responsável pelo dano a que deu causa, tendo, contudo, direito à ação regressiva contra o terceiro responsável pela situação de perigo, causa originária do dano (Annoni, 2003, p. 22).

Em sentido oposto, Cretella Junior assevera que nesta excludente há um choque de direitos, tendo de um lado os coletivos e de outro os individuais. Em razão disto, o que irá ou não justificar a responsabilidade é “a necessidade pública, prevalecendo sobre os direitos privados, o que implica a renúncia na gama dos direitos individuais, em prol do interesse coletivo” (apud Bühning, 2004, p. 167).

Araújo (2005) destaca que esta excludente não é admitida pacificamente. Contudo, a seu ver, esta é uma excludente autêntica, sendo que estão presentes todos os elementos necessários à exclusão, bem como a circunstância específica do interesse público.

Por esta razão Bühning (2004, p. 167) conclui que “nos casos de estado de

necessidade, também não há que se cogitar da responsabilidade para o Estado”.

E sendo assim, como bem destaca Annoni (2003), a responsabilidade civil Estado por atos e omissões de seus agentes é consenso no mundo todo, entretanto a obrigação ora imposta ao Estado nem sempre foi assim, e da análise pretérita vê-se outras fases e concepções acerca da matéria.

3.4 Teorias da responsabilidade civil do Estado

Já vigorou o entendimento de que o Estado não se responsabilizava pelos atos e omissões de seus agentes. Era a teoria da irresponsabilidade estatal. Nesta, negava-se que a Administração Pública tivesse o dever de indenizar os danos causados aos administrados. Era época dos Estados despóticos e absolutistas, que aplicavam a máxima *the King can do no wrong*, ou seja, o Rei não erra, ou não pode errar. Entretanto, mesmo assim, havia leis específicas e excepcionais que responsabilizavam o Estado por seus atos lesivos (Araújo, 2005).

Esta teoria logo foi combatida por ser demasiadamente injusta, pois se o Estado tem o poder de tutelar o direito, deve também responder quando de seus eventos danosos em face dos seus administrados (Di Pietro, 2003).

Em razão disto e com o “crescente reconhecimento dos direitos dos indivíduos perante o Estado e com a difusão da idéia de submissão do Estado ao direito, essa teoria deixou de prevalecer” (Medauar, 2004, p. 434).

Superada a fase da irresponsabilidade, a partir do século XIX surge a teoria civilista marcada pelo individualismo liberal e que procurou resolver o problema da responsabilidade civil do Estado por meio de princípios de Direito Civil apoiados na idéia da culpa. Nesta fase, os atos praticados pelo Estado foram divididos em atos de império e de gestão (Annoni, 2003).

Os atos de império representavam um poder vertical do Estado para com o cidadão e eram “manifestações da vontade pública soberana, escapariam do domínio do direito privado, não sendo, em consequência, responsabilizado o

Estado por prejuízos causados por seus agentes agindo nessa qualidade” (Araújo, 2005, p. 718).

Já os atos de gestão eram praticados pelo Estado em situação de igualdade com os particulares, “para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum” (Di Pietro, 2003, p. 525).

Araújo (2005) afirma que esta dicotomia foi um avanço e constituiu-se na primeira abertura da responsabilidade estatal. Contudo isso não foi suficiente, pois não solvia os problemas, eis que havia grande dificuldade em separar estas duas formas de atos.

Em razão disto, o autor Cretella Junior leciona que:

[...] embora apresentado inegável avanço em relação à teoria anterior, a teoria dos atos de gestão (com culpa evidente do funcionário) de modo algum é satisfatória em face dos princípios que informam os sistemas jurídicos, porque para aquele que sofre o dano não interessa a natureza do ato, se é de império ou de gestão. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar desamparado o cidadão que sofreu prejuízo por ato do próprio Estado? Por que motivo o Estado vai criar distinção cerebrina para eximir-se da responsabilidade com o fundamento de que o desequilíbrio verificado no patrimônio do particular foi produzido por ação administrativa insuscetível de crítica? (apud Annoni, 2003, p. 29).

Por esse motivo, Nunes (1999) assevera que a jurisprudência nacional rechaçou essa teoria por diversas vezes, visto que, mesmo quando o Estado atua sem o poder de império, visa o seu fim maior que é o interesse público.

Embora abandonando a distinção de entre atos de império e de gestão, o apego à teoria civilista continuou evidente; agora embasada na idéia de culpa, fulcro na teoria subjetiva (Di Pietro, 2003).

Para esta nova concepção, o Estado seria o responsável quando se demonstrasse a culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*:

A culpa *in eligendo* era atribuída ao estado quando da escolha de seus funcionários. O dano causado por um ilícito conferia ao Estado o dever de indenizar o prejudicado, haja vista que era o responsável pela escolha de seus funcionários. A culpa *in vigilando*, por sua vez, resultava da conduta negligente ou imprudente dos agentes públicos, quando no exercício de suas atribuições, que fazia o Estado responder também pelos danos

causados (Annoni, 2003, p. 28).

A culpa ou dolo do agente público era condição para que houvesse a responsabilização estatal (Gasparini, 2006).

Vê-se que em ambos os casos, a teoria civilista não consegue solucionar o problema da responsabilidade civil, pois tanto a idéia de condicioná-la à natureza dos atos do agente estatal ou, então, a da peculiaridade da conduta deste, além de mostrarem-se injustas e inadequadas, juridicamente acabaram por não resolver o problema, pois haverá sempre interpretações subjetivas capazes de ilidir a responsabilidade estatal (Araújo, 2005)

Posteriormente, surge a teoria publicista, que é dividida, segundo Di Pietro (2003), na teoria da culpa administrativa e na teoria do risco integral ou administrativo, ou teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria da culpa administrativa, conhecida também por teoria da culpa do serviço público ou falta de serviço “desatou a responsabilidade do Estado da idéia da culpa do funcionário, indagando-se apenas da falta objetiva do serviço (o serviço não funcionava, funcionava mal ou funcionava tardiamente)” (Nunes, 1999, p. 24).

A responsabilização do Estado por falta de serviço pode ser assim entendida:

Sem abandonar o preceito de que, se o agente incidiu em culpa, dá-se a obrigatoriedade da indenização, esta teoria admite também a responsabilidade estatal quando o dano é decorrente de falha na realização do serviço público, seja por má organização, funcionamento defeituoso ou extemporâneo, seja até por não funcionamento do aparelho administrativo.

Desloca-se o centro de fundamentação da responsabilidade: o que é julgado é o serviço, não o agente público, (...).

O princípio geral é a perfeição e continuidade do serviço público, em contraposição ao ato lesivo a patrimônio do particular, no caso desequilibrado por acidente administrativo ou culpa do serviço.

Assim, se o serviço público funcionar mal, não funcionar, ou mesmo funcionar com atraso em relação ao que na ocasião era razoavelmente exigível, e disso resultar dano para o administrado, será responsabilizado o Estado, eliminando-se portanto as dificuldades relativas à apuração da culpa e à distinção entre atos de império e atos de gestão (Araújo, 2005, p. 722)

Na culpa do serviço, a obrigação de indenizar do Estado surge tão somente

da verificação do nexo causal existente entre o dano e a ação ou omissão do agente estatal causador do dano, vale dizer, decorre do risco que a atividade pública gera para com administrados (Nunes, 1999).

Embora esta teoria tenha trazido inegável progresso ainda não era a melhor solução visto que ainda exigia do administrado lesado a comprovação da falta do serviço para que pudesse obter a devida indenização (Araújo, 2005)

Sem abandonar essa teoria, o Conselho de Estado francês, passou a adotar a teoria do risco que serve de fundamento para a objetiva do Estado. Meirelles (2003) aduz que a teoria do risco compreende-se nas modalidades do risco administrativo e do risco integral. A primeira admite causas excludentes de responsabilidade enquanto a segunda não. Cabe ressaltar que ainda existe certa divisão doutrinária acerca de qual delas fundamenta a responsabilidade objetiva.

Na modalidade do risco integral, a idéia de culpa é substituída pelo nexo causal existente entre o “funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular” (Di Pietro, 2003, p. 515). Destaca, ainda, a autora, que esta teoria prescinde da apreciação de culpa ou dolo.

Por sua vez, observa Gasparini (2006) que na teoria do risco o Estado está obrigado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no evento danoso. Já Araújo (2005), assevera que o pagamento se deve pelos danos causados, mesmo que regulares e praticados por agente público no exercício de suas funções, independentemente da intenção deste, bastando, portanto, apenas a lesão sem o concurso do lesado.

No risco administrativo é prescindível a comprovação de falta do serviço ou então da culpa subjetiva do agente administrativo. Neste sentido, Nunes (1999, p. 27) destaca que através desta teoria, a obrigação do Estado em reparar o dano surge no momento em que há o nexo causal entre o dano e o ato lesivo. É suficiente a demonstração do fato danoso decorrente da ação ou omissão estatal e do nexo causal existente.

Corroborando tal assertiva, Araújo (2005) que adverte que isso não significa

que a Administração deva indenizar sempre.

Em suma, pode conceituar a teoria como:

A teoria do risco administrativo, também chamada de responsabilidade objetiva, é a teoria pela qual cabe ao Estado o encargo de reparar os danos que os seus agentes, atuando nessa qualidade, por ação ou omissão, vierem a causar a terceiros, independentemente de culpa ou dolo destes, basta a verificação do nexó causal (nem sempre fácil) entre a ação administrativa e o dano sofrido, afastando qualquer apreciação de elementos subjetivos, pois baseia-se na igualdade de repartir os ônus e encargos sociais (Bühning, 2004, p. 121).

A teoria do risco administrativo fora adotada pela Constituição Federal de 1988, estando esta inerente ao artigo 37, § 6º. Portanto, vige no ordenamento brasileiro a responsabilidade civil objetiva do Estado, a qual prescinde do elemento subjetivo relativo à culpa. Contudo, nem sempre foi assim, e a responsabilidade civil do Estado continua em seu processo evolutivo.

3.5 Evolução da Responsabilidade Civil do Estado no direito brasileiro

No período imperial vigiam as Ordenações portuguesas, nas quais a irresponsabilidade do Estado pelos seus atos era absoluta. Com o advento do Império e da Constituição de 1824, o Imperador continuou imune à responsabilidade, mas esta já era admitida em face dos Conselheiros do Estado (art. 99) e dos agentes públicos (art. 79, item 29), como eram conhecidos os servidores do império (Araújo, 2005).

Com a República e a Constituição de 1891, Jacira Mourão (apud Annoni, 2003) assevera que havia responsabilidade do Estado no sentido do dever de reparar o dano. Este entendimento pode ser visto no parecer de Rui Barbosa emitido em 14/03/1898 e citado pela autora:

Nem vale contra a responsabilidade civil do Estado o argumento da responsabilidade pessoal, a que se submete o artigo 82 da Constituição, porquanto a obrigação do Estado pelo dano resultante dos atos de seus agentes longe de ser incompatível, coexiste naturalmente com a tríplice responsabilidade individual desses agentes: responsabilidade política, responsabilidade criminal, responsabilidade civil do preposto para com o proponente pelo valor da satisfação por este paga a terceiro prejudicado. E, ainda quando na disposição do art. 82 se queira ou simplesmente não se sabe porque enxerto num código político, uma regra de puro direito do funcionário para o prejudicado na propriedade por um abuso ou erro do

poder gratuito seria concluir da responsabilidade do preposto, a irresponsabilidade do proponente, quando pelo contrário, sempre se entendeu que as duas responsabilidades solidárias, da qual resulta para o paciente do dano a escolha da ação, contra um dos dois responsáveis ou ação cumulativa contra ambos (Mourão apud Annoni, 2003, p. 36).

O Código Civil de 1916 apresenta a responsabilidade civil extracontratual do Estado em seu artigo 15¹. Com efeito, segundo Medauar (2004, p. 436), este dispositivo estava calcado na doutrina civilista, “centrada no dolo ou na culpa do agente público, embora a redação pudesse ensejar algum enfoque de responsabilidade objetiva”.

As Constituições de 1934 e de 1937, por sua vez, acolheram o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário. Segundo o que dispunham os artigos 171 e 158, respectivamente, os funcionários estatais eram responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, pelos prejuízos causados à terceiros decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos cargos (Di Pietro, 2003).

Contudo, foi com a Constituição de 1946, no seu artigo 194, que se marcou, de forma explícita, a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado. Diga-se, por oportuno, que de forma semelhante foi mantida na Constituição de 1967 e na Emenda nº 1 de 1969 (Medauar, 2004).

A partir da Constituição Federal de 1988 e da regra preconizada no artigo 37, § 6º, se mantém a responsabilidade objetiva do Estado², adotada nas constituições anteriores, Gasparini (2006) e Araújo (2005) salientam que a responsabilidade constante no dispositivo constitucional decorre da teoria do risco integral. Outros autores, como Meirelles (2003), afirmam advir da teoria do risco administrativo.

¹ Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em 31 de agosto de 2008.

² A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 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 (Abreu Filho, 2007, p. 38).

Inobstante a divergência teórica preconizada, na verdade, para a doutrina, todos parecem concordar quando “consideradas as excludentes de responsabilidade, a teoria do risco integral é, na prática, equivalente à do risco administrativo” (Araújo, 2005, p. 734).

Do texto legal pode-se afirmar que o Estado:

Responde pelos danos causados ao particular por seu agente, por ação ou omissão, ou mesmo que não se identifique o causador, mas seja o dano referível ao Estado pelo serviço público ou por coisa a sua guarda, porque a situação jurídica daí decorrente é, repetimos imputadas ao Estado (Araújo, 2005, p. 715).

A responsabilidade civil objetiva está presente na maioria dos ordenamentos jurídicos e não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou a falha da Administração. Em suma, tem-se que o preceito constitucional estabelece duas relações de responsabilidade: a) de caráter objetivo, baseado no nexo de causalidade existente entre o dano sofrido pela vítima e a ação ou omissão do poder público e seus delegados; b) de caráter subjetivo, embasada na culpa ou dolo do agente público causador do dano perante a Administração Pública (Medauar, 2004).

Se for certo que nesta teoria a responsabilidade do Poder Público depende exclusivamente do nexo de causalidade existente entre o dano sofrido e ação ou omissão do Estado, é certo, também, que este pode eximir-se da indenização, total ou parcialmente, se demonstrar a culpa ou dolo de seu agente quando da prática e ocorrência do evento danoso. (Mukai, 1999)

A relação de caráter subjetivo, citada anteriormente, trata do direito de regresso que tem o Estado contra o agente causador do dano em face de sua responsabilização objetiva. Sobre o assunto, Araújo (2005) expõe que a culpabilidade ou o dolo do agente, tanto na ação prejudicial quanto na omissão, serão apurados para que o Estado possa promover a devida ação de regresso contra seu agente causador do dano. Vê-se, portanto, que, enquanto o Estado responde objetivamente em face dos danos causados a terceiros pelos seus agentes, estes, através da responsabilidade subjetiva, somente serão responsabilizados se provado dolo ou culpa nos seus atos ou omissões.

Nesse sentido, Cahali (1995, p. 278) elucida que “a teor da norma constitucional, o direito de regresso condiciona-se à comprovação de dolo ou culpa do servidor ou do agente na verificação do evento danoso”. A seguir, afirma que o exercício de tal prerrogativa condiciona-se ao pagamento efetuado à vítima do evento danoso.

Bastos (2001, p. 225) pondera que, da letra do artigo 37, §6º, da CF/88, o melhor entendimento que há sobre a obrigatoriedade de ajuizamento de ação regressiva “contra o causador do dano imputável ao Estado, nos casos de dolo ou culpa deste, (...) não permite outra interpretação que não aquela que a fixa como dever estatal inafastável”.

Annoni (2003) ressalta que a Constituição de 1988 inovou em dois aspectos no que se refere à responsabilidade objetiva. Primeiramente, porque inseriu as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, e, depois, pela inserção do termo agente, em substituição à expressão funcionário, empregada nas Constituições anteriores.

Em que pese a Constituição empregar um termo claro, há na doutrina divergência quanto sua abrangência. Por este motivo, necessária a análise da aplicação da teoria objetiva aos atos ativos e omissivos do Poder Público.

3.6 Aplicação da teoria objetiva aos atos omissivos

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria do risco administrativo e, assim, a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Em razão disto, Annoni (2003) leciona que a aplicação desta teoria resta pacífica, porém não em sua plenitude, pois há interpretações do dispositivo constitucional citado que fazem distinção entre atos comissivos e atos omissivos. Em suma, a divergência doutrinária restringe-se quanto à aplicação ou não da teoria objetiva para os casos de danos decorrentes de omissão estatal.

Tal divergência destaca a referida autora (2003), versa sobre a interpretação do verbo causar empregado no artigo constitucional, pois o uso do

termo causarem teve conotação de conduta ativa, e por isto ensejou interpretações de que a teoria objetiva somente caberia aos atos comissivos, enquanto para os omissivos a responsabilidade deveria pautar-se pelo Código Civil e ser subjetiva.

Ao tratar da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, bem anotou o Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto no Recurso Especial 258.726-5/AL, em 14/06/2002, que “lavra dissensão doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do estado por omissão” (apud Andrade, 2005, p. 35).

Neste diapasão, Gandini e Salomão (2003) destacam que há um consenso entre os doutrinadores pátrios acerca da aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado em relação aos seus atos comissivos. Todavia, no que tange aos seus atos omissivos, há divisão em dois grupos: de um lado os que sustentam a aplicação da teoria objetiva, tendo como expoentes Yussef Said Cahali, Odete Medauar, Álvaro Lazarini, entre outros; e de outro lado, os que sustentam ser subjetiva tal responsabilidade. Esta corrente é defendida por Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo entre outros.

Ao se reportar aos danos por omissão do Estado, Mello (2001) leciona que deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva, pois, se o Estado não agiu, não há lógica de ser ele o autor do dano. E, sendo assim, somente há possibilidade de responsabilizá-lo caso haja o dever legal de impedir o evento danoso. Continua:

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ato ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) 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 (Mello, 2001, p. 819).

Em razão desta concepção, Lúcia Valle Figueiredo entende que:

A responsabilidade só poderá ser atribuída ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário, pois, ainda que o texto constitucional consagre a responsabilidade objetiva não como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. E só é dessa forma, porque, nesses casos, deve-se observar se era de se esperar a atuação do estado, e se este omitiu-se, há de se verificar se havia o dever de agir (apud Bühring, 2004, p. 151).

Moreira destaca que antes da responsabilidade civil do Estado ter sido alçada à esfera do direito constitucional, já estava regulada pelo Código Civil de 1916 onde:

Da leitura do dispositivo, observa-se, porém, que o legislador nele não previu somente a ocorrência de danos a terceiros causados por atos dos servidores, mas a decorrente de suas omissões. Daí resulta que não está totalmente revogado o artigo 15 do Código Civil, mas apenas derogado no que se refere aos atos comissivos. A teoria do risco administrativo não se aplica, portanto, às omissões, inclusive os retardamentos dos serviços públicos, que causem danos a terceiros (Bühring, 2004, p. 151).

Sob este aspecto, Mello (2001) ressalva que a adoção da teoria objetiva somente para os atos comissivos se dá em razão de que:

De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer quem o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvesse ocorrido, teria impedido o resultado. É razoável e impositivo que o estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los (Mello, 2001, p. 820)

Annoni (2003) aduz que, de acordo com Mello, o texto constitucional refere-se a dano causado pelo agente estatal e que por esta razão deve corresponder a um ato comissivo, ou seja, uma atuação positiva capaz de gerar ou produzir um evento, pois a omissão poder ser tão-somente uma condição para que outro evento possa produzir um dano.

Por fim, Annoni (2003, p. 44) conclui que, segundo esta teoria, a “responsabilidade do Estado seria objetiva, nos casos de a conduta do agente estatal ser comissiva; e subjetiva, nos casos de a conduta ser omissiva, regendo-se neste último, pela regra-padrão da responsabilidade aquiliana”.

Como mencionado acima, a teoria da responsabilidade subjetiva é contraposta por aqueles que entendem ser objetiva a responsabilidade civil do

Estado por seus atos omissivos. No que tange a este último aspecto, qual seja a omissão ser condição e não causa do evento danoso, esta teoria entende que:

Causas, nas obrigações jurídicas, é todo o 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); daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição, ou, em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso (Lazzarini apud Gandini e Salomão, 2003, texto digital).

Neste aspecto, Gandini e Salomão (2003) lecionam que o legislador brasileiro não teria o por quê recuar no tempo (teorias civilistas) e adotar a responsabilidade subjetiva do Estado nestes casos de omissão visto que a responsabilidade objetiva já estava consagrada no ordenamento pátrio desde a Constituição de 1946.

Ao comentar o entendimento acerca da aplicação da teoria objetiva somente aos atos comissivos, Almiro do Couto e Silva leciona:

Não me parece que este entendimento seja correto. Há inúmeras situações em que o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público e, no entanto, a responsabilidade é objetiva. Assim, por exemplo, na hipótese de um acidente de veículo ter sido causado por defeito de manutenção ou sinalização de via pública, ou na de o Estado omitir-se de socorrer pessoa enferma que recorra a hospital público. O comportamento omissivo do Estado só dá ensejo à responsabilidade subjetiva quando for concausa do dano, juntamente com o fato de terceiro ou força maior. Creio ser inaceitável adotar um conceito puramente naturalístico de causa, baseado no raciocínio de que a omissão nunca pode ser causa exatamente porque é o 'não ser', o nada. Na filosofia e no direito, porém, causa tanto pode ser um comportamento comissivo como omissivo. Basta que se agregue a noção de dever, moral ou jurídico, para que se perceba, com facilidade, como a omissão pode constituir-se em causa de um evento (apud Annoni, 2003, p. 46).

Castro (2000) por sua vez leciona que o dano proveniente de omissão estatal nem sempre deve ser tido como de responsabilidade subjetiva. Esta somente incidirá nos casos de omissão genérica, pois quando o dano advir de omissão específica há o dever de agir e, por conseguinte a responsabilidade será objetiva. Quanto à omissão genérica e específica disserta o autor:

Quando os danos decorrem de fato de natureza, não basta a simples alegação genérica de falta de adequado serviço. Na hipótese citada, a simples assertiva de ausência de drenagem e relativa previsibilidade das chuvas não é suficiente. É necessária a demonstração de culpa do Poder Público.

É ler o art. 37, § 6º, da Constituição e deduzir que a responsabilidade objetiva decorre da ação administrativa, e não da omissão não ligada a dever específico de agir. Nem poderia ser diferente, pois isto implicaria cobertura, pelo Estado, de boa parte dos riscos inerentes à vida coletiva. A chamada teoria do risco integral não tem cabimento, na espécie.

[...].

Em sendo o caso de conduta administrativa específica, omissiva ou comissiva, basta aferir o nexo de causalidade e o dano, e, inexistindo fortuito ou culpa exclusiva da vítima, a indenização será devida.

Exemplifique-se: em um momento a sinalização de uma rua falha, passando a indicar luz verde de modo permanente. Os órgãos competentes, alertados, providenciam o imediato conserto do equipamento e o envio de guarda ao local. Mas, no curto intervalo antes de efetivadas as medidas, ocorre uma colisão, em face do defeito.

Não houve ilícito por parte da Administração; foram adotadas as cautelas razoáveis e imediatas, mas o evento ocorreu, ainda assim. A responsabilidade é objetiva, pois há dever específico, isto é, individualizado de agir (Castro, 2000, 61-62).

Como visto, há, nesta teoria, o entendimento de que a responsabilidade civil deva ser objetiva tanto para os atos comissivos quanto para os atos omissivos, desde que estes estejam relacionados à serviços essenciais específicos:

A doutrina recente, ao contrário, entende que havendo a omissão a um dever legal de prestar (dever específico, relacionado com uma atividade essencial do Estado), a responsabilidade do Poder Público é objetiva, regendo-se pela regra da norma constitucional. O que não significa dizer que o Estado é responsável por todo e qualquer dano ocorrido na sociedade civil (por que deixou de agir), o que simbolizaria defender e adotar a teoria do risco social (responsabilidade sem risco).

No entanto, em se tratando de atividade essencial do Estado, na qual lhe incumbia o dever legal de ser atuante, a responsabilização do ente público há de ser objetiva, regida pela regra constitucional. Isto porque há casos, cada dia mais freqüentes, de danos ocorridos em razão da omissão da Administração Pública. Situações em que era obrigada (tinha o dever legal) a agir, a proceder de forma eficaz, a impedir o evento danoso. Hipóteses, muitas vezes, de danos ainda não ocorridos (Annoni, 2003, p. 45).

Em que pese tais considerações acerca das condições de aplicabilidade da teoria objetiva por atos omissos à responsabilização civil do Estado, tem-se, com Medauar (2004. p. 433), ao introduzir o tema da responsabilidade civil do Estado, que esta “diz respeito à obrigação a este imposta de reparar os danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões”.

Meirelles (2003) também defende esta tese. Ensina que a responsabilidade objetiva se fundamenta no risco proveniente de sua ação ou omissão. Por sua vez Cahali (1995), destaca que o artigo constitucional acolhe tanto os atos comissivos quanto os omissivos.

Assim, pelo exposto, pode-se tomar por conclusão que:

[...] a regra do ordenamento brasileiro é clara: responsabilidade objetiva do Estado, baseada no risco, independente de dolo ou culpa do agente, mesmo para os casos de omissão, levando-se em consideração esta culpa ou dolo somente para fins de ação regressiva (Bühning, 2004, p. 153).

Nesse passo, tem-se que a responsabilidade civil do Estado é o amparo do administrado em face aos danos provenientes do Poder Público. Não obstante, mitigar a responsabilidade é por demais penoso visto que já bastam as suas excludentes para elidi-la. E, assim, é preciso, como exposto, ter claro qual é o verdadeiro papel do Poder Público no Estado moderno, democrático e de Direito, não se podendo mais conviver com os resquícios da irresponsabilidade estatal.

BIBLIOGRAFIA

ANNONI, Danielle. **A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça e efetividade do processo: a ação monitória é um meio de dupração dos obstáculos?**. 2. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002.

DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/especial20.doc>>. Acesso em: 20 de outubro de 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luis Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MODESTO, Paulo. **Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Revista diálogo Jurídico, Salvador, 01 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 20 de outubro de 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 1999.