

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE – FARN
CURSO DE DIREITO

LARISSA NOBRE CORDEIRO DE FARIAS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO

NATAL - RN
2011

LARISSA NOBRE CORDEIRO DE FARIAS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Orientador: Professor Msc. Fernando Gaburri de Souza Lima

Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN
Setor de Processos Técnicos

Farias, Larissa Nobre Cordeiro de
Responsabilidade Civil por omissão do Estado / Larissa Nobre
Cordeiro de Farias. – Natal, 2011.
70 f.

Orientador: Fernando Gaburri de Souza Lima (Mestre)
Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Direito Civil - Monografia. 2. Responsabilidade Civil – Monografia.
3. Omissão – Monografia.
I. Título.

RN/FARN/BC

CDU 347.51

BIBLIOTECA UNI-RN

347.51 F224r - RB: 37585 (M002138)

Título: Responsabilidade civil por omissão do

Autoria: Farias, Larissa Nobre Cordeiro de
2011, ex. 1

LARISSA NOBRE CORDEIRO DE FARIAS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN

Monografia aprovada em: 09/12/2011

Larissa Nobre Cordeiro de Farias

Profº. Msc. Fernando Gaburri de Souza Lima
Orientador

Profº. Msc. José Albenes Bezerra Júnior
Examinador Titular

Profº. Esp. Marcelo Henrique de Sousa Torres
Examinador Suplente



A minha mãe Nadjá, pela dedicação, carinho, apoio
e incentivo a mim prestados nos momentos difíceis
da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado forças e iluminado meu caminho para que eu pudesse concluir mais uma etapa da minha vida;

À minha mãe Nadja, pela dedicação e amizade, por ser a pessoa que mais me apoia e acredita na minha capacidade, meu agradecimento pelas horas em que ficou ao meu lado não me deixando desistir e me mostrando que sou capaz de chegar onde desejo, sem dúvida foi quem me deu o maior incentivo para conseguir concluir esse trabalho;

Ao meu pai Farias (*in memoriam*), por ter sido sempre um pai presente e amoroso, mesmo em suas dificuldades, meu eterno amor e agradecimento;

À minha avó Altiva, por estar sempre rezando para que meus objetivos sejam alcançados;

Aos amigos que fiz durante o curso, pela amizade que construímos e por todos os momentos que passamos durante esses cinco anos meu especial agradecimento;

Ao meu orientador, professor Fernando Gaburri, pela fonte de inspiração e pela dedicação e ensinamentos dispensados à concretização dessa monografia;

A todos os professores do curso de Direito, pela dedicação e ensinamentos disponibilizados na sala de aula, o que contribuiu para a conclusão desse trabalho e consequentemente para minha formação profissional;

Por fim, gostaria de agradecer aos meus amigos e familiares, pelo carinho e pela compreensão nos momentos em que a dedicação aos estudos foi exclusiva, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para que esse trabalho fosse realizado meu eterno agradecimento.

RESUMO

Aborda-se a responsabilidade civil Estado nos casos em que ele causou danos a terceiros e usuários do serviço público, quando este não funciona, foi prestado tardiamente ou de maneira insatisfatória. Demonstra-se que a doutrina e a jurisprudência são divergentes acerca da natureza da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. Observam-se duas correntes acerca da responsabilidade civil por omissão estatal: uma que defende a natureza subjetiva, com base no artigo 43 do Código Civil de 2002 e a outra que defende a natureza objetiva, baseada no artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988. Verifica-se que os direitos dos administrados estão salvaguardados pelo ordenamento jurídico, uma vez que diversos são os modos pelos quais se torna possível responsabilizar o Estado pelos danos causados, seja por ação ou omissão, aos usuários de serviço público. Conclui-se que a responsabilidade civil do Estado por danos que seus entes possam causar a terceiros e usuários do serviço público pela *faute du service* é objetiva.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Omissão. Estado.

RESUMEN

Se refiere a la regla de responsabilidad en los casos en donde causó daños a terceros y los usuarios del servicio público, no funciona cuando se dispuso tarde o mal. Se demuestra que la doctrina y la jurisprudencia son divergentes acerca de la naturaleza de la responsabilidad por la conducta de omisión del Estado. Observamos dos pasivo a corto plazo en el estado por defecto: uno que defiende la naturaleza subjetiva, basada en el artículo 43 del Código Civil de 2002 y el otro defiende la naturaleza objetiva, basada en el artículo 37, § 6 de la Constitución de 1988. Parece que los derechos de los ciudadanos están protegidos por la ley, como son las diversas formas en que se hace posible obligar al Estado por los daños causados por acción u omisión, los usuarios de servicios públicos. Se concluye que la responsabilidad del Estado por los daños que pueda causar a su ser querido a terceros y los usuarios del servicio público por faute du service es sencillo.

Palabras clave: Responsabilidad. Omisión. Del Estado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ESTADO E SUAS FUNÇÕES	10
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
4 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	14
5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	18
5.1 Teoria da irresponsabilidade	18
5.2 Teoria civilista	20
5.3 Teoria da culpa administrativa	22
5.4 Teorias publicistas	24
5.4.1 Teoria do risco administrativo	24
5.4.2 Teoria do risco integral	25
5.4.3 Teoria do risco social	26
5.5 Evolução da responsabilidade do Estado no Direito Brasileiro	27
6. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	31
6.1 Conceito de conduta	31
6.1.1 Responsabilidade subjetiva	32
6.1.2 Responsabilidade objetiva	36
6.1.3 Excludentes da ilicitude	37
6.2 Nexo de causalidade	39
6.2.1 Excludentes do nexo causal	42
6.2.1.1 Fato/culpa exclusiva da vítima	43
6.2.1.2 Fato de terceiro	45
6.2.1.3 Caso fortuito ou força maior	46
6.3 Dano	49
6.3.1 Dano material	50
6.3.2 Dano moral	51
7 AÇÃO OU OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO	54
8 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema "A Responsabilidade Civil por Omissão do Estado". Da natureza do tema derivam várias controvérsias, devido às diferentes posições adotadas na doutrina e jurisprudência, as quais irão ser enfatizadas no decorrer do trabalho.

A importância social do trabalho decorre da verificação diária dos problemas na prestação dos serviços públicos, ocasionados, muitas vezes, por erros no planejamento e fomento da atividade econômica, que deixam os usuários destes serviços sem um norte para saber a quem reclamar sobre os danos que sofreram.

Assim, o objetivo geral da pesquisa é identificar qual sistema de Responsabilidade Civil – objetivo ou subjetivo – resulta da omissão do Estado.

Para a realização da monografia foram realizadas pesquisas eminentemente bibliográficas, aplicando-se o conhecimento teórico em doutrina, artigos científicos, análise de legislação e da jurisprudência sobre o tema.

O trabalho foi dividido em oito capítulos. O primeiro tem o propósito de conceituar o Estado e demonstrar suas funções, quais sejam: a função legislativa, a função judiciária e a função administrativa. O Estado no uso de suas atribuições tem como finalidade maior pública alcançar o interesse público.

O capítulo segundo apresenta o conceito de "Administração Pública" no sentido objetivo e no sentido subjetivo, na qual administração pública em sentido objetivo consiste na atividade administrativa exercida pelo Estado através de seus órgãos e agentes; e, Administração Pública, em sentido subjetivo, corresponde ao conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas responsáveis pelo exercício da função administrativa;

O capítulo terceiro caracteriza o regime jurídico administrativo que se aplica aos órgãos e entidades da administração pública e à atuação dos agentes administrativos. Tal regime baseia-se na existência de prerrogativas e restrições expressas na forma de princípios como: supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

O capítulo quarto descreve a evolução da responsabilidade estatal, que vai desde a teoria da irresponsabilidade, passando pela teoria da culpa –

responsabilidade subjetiva, até chegar à teoria do risco administrativo – responsabilidade objetiva.

O capítulo quinto dispõe sobre os pressupostos e as excludentes da responsabilidade civil.

O capítulo sexto faz considerações acerca da ação ou omissão na prestação do serviço público, demonstrando as divergências existentes acerca da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva, fazendo-se um estudo do posicionamento da doutrina e dos Tribunais brasileiros.

E por fim são tecidas as considerações finais, bem como as referências bibliográficas de apoio à pesquisa.

2 O ESTADO E SUAS FUNÇÕES

O conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Do ponto de vista sociológico, é corporação territorial dotada de um poder de mando originário (Jellinek); sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção (Malberg); sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana (Biscaretti di Ruffia); na conceituação do Código Civil Brasileiro de 2002, é pessoa jurídica de Direito Público Interno (art. 41, I) (MEIRELLES, 2001, p. 54-55).

O Estado é um ente personalizado, apresentando-se não apenas exteriormente, nas relações internacionais, como internamente, neste caso como pessoa jurídica de direito público, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica (CARVALHO FILHO, 2009, p. 1).

O Estado é constituído de três elementos originários e indissociáveis: Povo, Território e Governo soberano. Povo é o componente humano do Estado; Território, a sua base física; Governo soberano, o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do Povo (MEIRELLES, 2001, p. 55).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê em seu art. 1º, a federação como forma de Estado, a qual é caracterizada pela descentralização política. O art. 18 da Carta Suprema dispõe sobre a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, que compreende a União, os Estados Federados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos e possuidores de capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração (CARVALHO FILHO, 2009, p. 5-6).

Da capacidade de autoadministração, os entes federativos terão, por consequência, as suas próprias administrações, ou seja, sua própria organização e seus próprios serviços. Para tanto, todos os entes federativos devem atuar dentro dos limites de competência definidos pela Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2009, p. 2-6).

É sobre o conceito de Estado que repousa toda concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados (MEIRELLES, 2007, p. 649).

O Estado tem como função pública alcançar o interesse público, mediante o uso dos Poderes instrumentalmente necessários (MELLO, 2008, p. 29) conferidos pela Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988), no art. 2º: "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

A cada um desses Poderes estatais foram atribuídas funções. Assim, ao Poder Legislativo incube a função normativa; ao Executivo, a função administrativa; e ao Judiciário, a função jurisdicional (CARVALHO FILHO, 2009, p. 2).

Entretanto, não há exclusividade no exercício dessas funções pelos Poderes, mas, existe uma preponderância. Devido à independência e à harmonia entre os Poderes, estes desempenham também funções atípicas, ou seja, funções que materialmente pertencem ao poder diverso (CARVALHO FILHO, 2009, p. 2). Tal mecanismo de "freios e contrapesos" deve ser autorizado pela Constituição.

Mello (2008, p. 35) utiliza o critério formal para identificar as funções do Estado, ou seja, "aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito para tal função". Assim:

Função legislativa é aquela em que o Estado, e somente ele, inova inicialmente na ordem jurídica através de normas gerais, com fundamento na Constituição. Função jurisdicional é aquela que o Estado, e somente ele, exerce através de decisões que resolvem controvérsias com força de "coisa julgada". E, por fim, função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça às vezes na intimidade de uma estrutura e regime hierárquico e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário. (MELLO, 2008, p. 35-36)

Existem certos atos que não se enquadram em nenhuma dessas três funções, são os atos que integram a "função política" ou "de governo", caracterizada pela não subordinação jurídica direta, ao contrário da função administrativa que sempre está sujeita a regras jurídicas superiores (MOREIRA NETO *apud* CARVALHO FILHO, 2008, p. 4).

Mello (2008, p. 37) afirma ainda que, "nestes atos, estão em pauta atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões políticas".

O mesmo autor (2008, p. 36) cita exemplos de funções políticas:

[...] iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade (*impeachment*), a declaração do estado de sítio e de defesa, a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra etc.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração pública em sentido objetivo (grafada com iniciais minúsculas) consiste na própria atividade administrativa exercida pelo Estado através de seus órgãos e agentes, caracterizando a função administrativa. É a própria gestão do interesse público executada pelo Estado, através da prestação de serviços públicos, organização interna ou intervenção no campo privado. Dessa forma, a coletividade é a principal destinatária da atividade administrativa (CARVALHO FILHO, 2009, p. 11).

Já Administração Pública, em sentido subjetivo (grafada com iniciais maiúsculas), corresponde ao conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas, responsável pelo exercício da função administrativa (CARVALHO FILHO, 2009, p. 11).

A Administração Pública no sentido subjetivo não deve ser confundida com os Poderes estatais, principalmente com o Poder Executivo, ao qual é atribuída predominantemente a função administrativa. Os demais Poderes também exercem função atípica administrativa através de seus órgãos e agentes, portanto, todos os Poderes integram a Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2009, p. 11).

Os entes que integram a Administração Pública direta são a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tais entes federados são responsáveis pelo desempenho da atividade administrativa de forma centralizada (CARVALHO FILHO, 2009, p. 11).

As pessoas jurídicas responsáveis pela realização da função administrativa são as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas. Tais pessoas formam a Administração Indireta, que executam função administrativa de forma descentralizada (CARVALHO FILHO, 2009, p. 11-12).

Essas pessoas jurídicas, no exercício da função pública, devem ser responsabilizadas, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, abrangendo nesse conceito, os usuários e os não usuários dos serviços públicos. É o que se analisará no decorrer do trabalho.

4 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A expressão “regime jurídico da Administração Pública” é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão “regime jurídico administrativo” é reservada tão somente a abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa (DI PIETRO, 2007, p. 55).

Basicamente, pode-se dizer que o regime jurídico administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições (DI PIETRO, 2007, p. 55).

É o que decorre do ensinamento de Rivero (DI PIETRO, 2007, p. 55-56), quando afirma que as particularidades do Direito Administrativo parecem decorrer de duas ideias opostas:

As normas do Direito Administrativo caracterizam-se, em face do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas que estão submetidas os particulares.

O Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos auxílios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos (DI PIETRO, 2007, p. 56).

Daí a bipolaridade do Direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para garantir a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação do princípio da legalidade. Para asseverar a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe

permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular (DI PIETRO, 2007, p. 56).

As prerrogativas ou privilégios da Administração são: a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar ou rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia, imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos (DI PIETRO, 2007, p. 56).

Segundo Cretella Júnior (DI PIETRO, 2007, p. 56), as prerrogativas públicas são:

As regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide agir contra o particular.

Ao lado das prerrogativas existem determinadas restrições a que está sujeita a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e, em alguns casos, até mesmo de responsabilização da autoridade que a editou. Dentre tais restrições, citem-se a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a da obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos, a sujeição à licitação e à realização de concursos públicos (DI PIETRO, 2007, p. 57).

Regime jurídico administrativo é o regime de direito público, aplicável aos órgãos e entidades da administração pública e à atuação dos agentes administrativos. Baseia-se na existência de poderes especiais que são exercidos pela Administração Pública, equilibrados por restrições especiais, não existentes nas relações de direito privado.

Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo (DI PIETRO, 2007, p. 57).

As prerrogativas e limitações traduzem-se nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos

interesses públicos, conhecidas como as "pedras de toque" do regime jurídico administrativo (MELLO, 2008, p. 55).

O princípio da supremacia do interesse público decorre da verticalidade existente nas relações entre a administração e os particulares, ou seja, toda atuação administrativa – que imponha obrigações unilateralmente para o administrado, ou que restrinja ou condicione o exercício de atividades ou de direitos de particulares – deve ser voltada para o interesse da coletividade.

Assim, havendo conflito entre o interesse público e o interesse de particulares, o primeiro deve prevalecer, respeitando-se os direitos, as garantias fundamentais e a legalidade que vincula a atividade administrativa (CARVALHO FILHO, 2009, p. 30-31).

O princípio da indisponibilidade do interesse público está em oposição ao princípio anterior. Apesar de ter poderes especiais, a Administração sofre restrições em sua atuação. Essa limitação é devido ao fato de os bens e interesses públicos não pertencerem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação (CARVALHO FILHO, 2009, p. 32).

Dessa forma, toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei e nos limites desta (CARVALHO FILHO, 2009, p. 19). Além disso, toda atuação da Administração pode ser controlada pelo povo, diretamente, ou pelos órgãos com função de controle.

Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, o direito além de abranger as leis, engloba, também, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo de conformidade não mais apenas à lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade (CARVALHO, 2009, p. 55).

Distinguem-se a esfera da juridicidade – domínio amplo do Direito, composto de princípios e regras jurídicas – da esfera da legalidade – circunscrita às regras jurídicas, reduzindo-se somente a última ao sentido estrito de conformidade dos atos com as regras legais. É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da íntegra do Direito, compreendido este como um

conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento (CARVALHO, 2009, p. 55).

A simples legalidade estrita da atuação estatal passou a se considerar insuficiente a título de legitimação do direito. Neste sentido, o sistema não seria legítimo se apenas cumpridas pelo Estado as regras legais que lhe integram, sendo necessária a ampliação da legalidade para a noção de juridicidade, em cujo bojo inserem-se valores como eficiência, moralidade, segurança jurídica e proporcionalidade. A regra legal torna-se apenas um dos elementos definidores da noção de juridicidade que, além de abranger a conformidade dos atos com tais regras, exige que sua produção observe os princípios gerais do Direito previstos explicita ou implicitamente na Constituição (CARVALHO, 2009, p. 55).

Destarte, atualmente quando se fala que, segundo o princípio da legalidade, o administrador somente pode agir se a lei expressamente o autoriza, entenda-se como toda norma jurídica, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, princípios gerais de direito, regras legais, normas administrativas (decretos, portarias, instruções normativas etc.) (CARVALHO, 2009, p. 55).

5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao estudar a responsabilidade civil do Estado, deve-se observar a evolução dos conceitos e paradigmas que levaram e levam o Estado a reparar os danos causados a terceiros, seja por omissão, seja por ação lícita ou ilícita de seus agentes (GABURRI, 2011, p. 73).

A evolução da responsabilidade estatal é explicada pelas seguintes teorias: teoria da irresponsabilidade, teoria civilista, teoria da culpa administrativa, teoria publicista, teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, as quais serão analisadas na sequência.

5.1 Teoria da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade prevaleceu na época dos Estados despóticos ou absolutos em que vigorava o princípio irrevogável de que o rei não erra (*the King can do no wrong*), o que agradou ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*), o Estado sou eu (*'l'État c'est moi*) (CRETELLA JÚNIOR *apud* CAHALI, 1996, p. 19).

O conceito fundamental da teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firmava-se em três postulados (FREZZINI *apud* CAHALI, 1996, p. 18), a saber:

- a) Na soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação;
- b) Segue-se que, representando o Estado soberano de Direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse Direito; e
- c) Daí, e como corolário, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos

pessoalmente àqueles, como praticados não em representação do ente público, mas *nomine próprio*.

O Estado absolutista não admitia a possibilidade da reparação por eventuais danos causados pela Administração, mas sim pelo próprio funcionário causador do dano. Os cidadãos lesados, em regra somente tinham direito de ação contra os agentes públicos – estes geralmente insolventes – vendo-se, portanto, na impossibilidade de terem reparados os danos sofridos. Isso porque o monarca era o próprio Estado – *l'Etat c'est moi* – e como o rei não erra, consequentemente o Estado não indenizava (GABURRI, 2011, p. 74).

Dentro da concepção política do Estado absoluto não podia caber a ideia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, dado que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano, que gozava de imunidade total; essa concepção ainda continuou sendo mantida em nome do princípio da separação dos poderes, em virtude do qual a sustentação da responsabilidade do Poder Público importaria a censura ou o julgamento dos seus atos, atividade defesa ao Poder Judiciário (PEREIRA *apud* CAHALI, 1996, p. 18).

Menegale (DIAS, 1994, p. 558) defendia a doutrina da irresponsabilidade, utilizando os seguintes argumentos:

1) o Estado, por ser uma pessoa moral, ou uma ficção legal, não tem vontade efetiva; 2) como o Estado, pessoa jurídica, age por intermédio de seus funcionários, não se entende que queira praticar atos ilícitos. Se os representantes legais os praticam, é a eles, e não ao Estado, que a responsabilidade cabe; 3) não se supondo que os funcionários sejam autorizados a agir fora da lei, quando o fazem, subtende-se que agem fora de sua qualidade e não há atribuir responsabilidade ao Estado.

O mesmo autor, invocando Amaro Cavalcânti, refutou definitivamente essas proposições:

1) a teoria da ficção legal, aliás abandonada, não fundamenta a irresponsabilidade do Estado, cuja vontade autônoma se pressupõe; 2) é aplicável ao Estado o princípio geral da culpa *in elegendo* e *in vigilando*; 3) se o Estado é sujeito de direitos, também o é de obrigações (MENEGALE *apud* DIAS, 1994, p. 558-559).

Dias (1994, p. 559) concordou e acrescentou a esse ponto de vista: “o mecanismo da responsabilidade civil visa, essencialmente, à recomposição do equilíbrio econômico desfeito ou alterado pelo dano, a ideia de culpa não é elemento necessário no reconhecimento da obrigação de reparação”.

Assim, Duez (DIAS, 1994, p. 559) afirmou que “o poder público pode, às vezes, ser declarado responsável independentemente de culpa do serviço público”.

Chegou-se, então, à proposição aceita de que o Estado responde pelos danos causados ao particular (PEREIRA, 1998, p. 129).

A concepção da irresponsabilidade prevaleceu no mundo ocidental até a metade do século XIX (CARVALHO FILHO, 2009, p. 522). Já nos países da *common law*, essa teoria só veio a ser abandonada em meados do século XX, por meio do *Crow Proceeding Act*, de 1947, na Inglaterra, e do *Federal Tort Claims Act* de 1946, nos Estados Unidos (GABURRI, 2011, p. 74).

5.2 Teoria civilista

A teoria da irresponsabilidade civil do Estado cedeu lugar à teoria civilista fundada na ideia da culpa do Poder Público. Justificava-se tal fato pelo fundamento de que a teoria da irresponsabilidade seria a própria negação do direito (GABURRI, 2011, p. 75).

Assim, se no Estado de Direito o Poder Público também se sujeita à lei – ainda que de maneira diversa em relação aos administrados – a responsabilidade civil do Estado é simples corolário, consequência lógica e inevitável dessa submissão (GABURRI, 2011, p. 75).

Nesta fase da evolução histórica da responsabilidade estatal, para deduzir uma responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se remissão aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, amo ou comitente/preponente, representado, mandante) (CAHALI, 1996, p. 20).

Desta forma, a teoria subjetiva defendia a responsabilização civil do Estado calcada na ideia de seus agentes (servidores) ostentarem a condição de prepostos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 187).

Também se procurava distinguir dois tipos de atitudes do Estado: ora ele procederia na qualidade de "pessoa-pública", no exercício do poder soberano, e praticaria atos em virtude de seu *imperium* (atos *ius imperii*), ora agiria como "pessoa-civil", assemelhando-se ao indivíduo na gestão de seu patrimônio (atos *iuris gestionis*) (ALESSI *apud* PEREIRA, 1998, p. 128).

O Estado agindo no exercício de sua soberania, os atos de império praticados restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos aos súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à indenização (CAHALI, 1996, p. 20).

Contudo, na prática de atos *iuris gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido culpa ou não do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano (CAHALI, 1996, p. 20).

Para De Page (PEREIRA, 1998, p. 128), esta distinção de duas pessoas diferentes no Estado único era mais uma construção teórica, pois gerava sérias dificuldades quando se cogitava a aplicação na prática, com reflexo negativo na jurisprudência dos tribunais.

Como observa Cretella Júnior (CAHALI, 1996, p. 21):

Embora apresentando inegável progresso 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 prejuízos por ato próprio do Estado? Por que motivo Estado vai criar distinções para eximir-se de responsabilidade com o fundamento de que o desequilíbrio verificado no patrimônio do particular foi produzido por ação administrativa insuscetível de crítica?

Na atualidade, a distinção entre atos de império e de gestão vem recebendo severas críticas da doutrina moderna, uma vez que, na prática de seus atos, deve a administração estar sempre pautada pelo princípio da supremacia do interesse público, o que impede que esse interesse seja colocado em plano de igualdade com os interesses privados, sob pena de se inviabilizar o próprio convívio social (GABURRI, 2011, p. 76).

Meirelles (2001, p. 616) demonstra que:

Pela atual teoria da responsabilidade objetiva, não há mais fundamento para tal distinção. Todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública, sem se indagar se provém do *jus imperii* ou do *jus gestionis*, uma vez que ambos são formas de atuação administrativa.

O renomado autor (2001, p. 610) afirma, ainda, que:

Não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de direito público é que deveriam nortear a fixação dessa responsabilidade.

Conforme Diniz (2009, p. 642-643):

Essa doutrina é inaceitável sob o prisma moral ou prático, pois se a vítima se queixa de um dano causado pela pessoa jurídica de direito público em atuação ilícita, não satisfaz ao sentimento de justiça distinguir se o ato foi praticado *iure gestionis* ou *iure imperii*, porque ambas as hipóteses o restabelecimento do equilíbrio exige a composição do patrimônio ofendido. Praticamente, é difícil caracterizar a atuação estatal e dizer em cada caso se o ato é de império ou de gestão. Negar indenização pelo Estado em qualquer de seus atos que causaram danos a terceiros é subtrair o poder público de sua função primordial de tutelar o direito.

Outra crítica que se faz para tal teoria é que, a aplicação analógica de princípios privatísticos da relação patrão/empregado, mandante/mandatário, preponente/preposto, representado/representante não se coadunaria com a vinculação estatutária do servidor ao órgão público (CAHALI, 1996, p. 21).

5.3 Teoria da culpa administrativa

A teoria da culpa administrativa apresenta-se como uma fase intermediária no processo de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil com culpa e a objetivação da responsabilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 188).

Em vez de partir da visão do agente público como um preposto ou representante do Estado, passa-se a encará-lo como parte da própria estrutura estatal, pelo que, se gerar dano, o faz em nome da própria Administração, uma vez que é dela apenas um instrumento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 188).

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de Duez (CARVALHO FILHO, 2009), segundo a qual “o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou”. A doutrina, então, cognominou o fato como culpa administrativa, culpa anônima ou falta de serviço (CARVALHO FILHO, 2009, p. 523).

Essa falta poderia ser caracterizada pela inexistência do serviço, por seu mau funcionamento ou o retardamento do serviço (GABURRI, 2011, p. 78). A expressão “falta de serviço” não é das mais felizes, sendo preferível, na linha de Jacqueline Morand-Deville, falar-se em funcionamento defeituoso do serviço, ou mesmo falta cometida no exercício do serviço (GABURRI, 2011, p. 75).

A falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço, tendo como consequência a atuação culposa do Estado. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa (CARVALHO FILHO, 2009, p. 523).

Nas críticas de Wilson Melo, pressupor a culpa da administração pelo só fato do servidor – causa direta do dano – pode ser prático, porém jamais se coadunaria com o clássico princípio da imputabilidade psicológica, pessoal, do agente responsável. Atribuir-se ao Estado preponente a responsabilidade por ato danoso do agente público seria apenas extravagante (GABURRI, 2011, p. 78).

O professor Gaburri (2011, p. 78) salienta que, não se pode negar que a responsabilização do Estado, ainda que de modo subjetivo, implicou em importante avanço no desenvolvimento desta temática. No entanto, como a dificuldade da vítima em provar a culpa do Estado, ainda que anônima, era tarefa demasiadamente

árdua, o sistema de responsabilidade civil brasileiro deu um passo adiante, admitindo a responsabilidade objetiva do Estado, como se apresenta a seguir.

5.4 Teorias publicistas

Nesta fase de evolução, a questão se desenvolveu no direito público, desvinculando-se do direito civil. Proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado, isto é independente da comprovação de culpa, da falta de serviço, da identificação do agente, conferindo maior benefício ao indivíduo lesado (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 231).

A teoria da responsabilidade objetiva se desenvolveu nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 231).

Se a atividade administrativa é desenvolvida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus a serem custeados pelos tributos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 231).

5.4.1 Teoria do risco administrativo

Na tentativa de fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado surgiu a teoria do risco administrativo que atribui ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 232).

Essa teoria como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade estatal. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente da culpa do agente público que a causou. Deve-se verificar,

apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 232).

Alguns autores negam a existência de distinção entre risco administrativo e risco integral, embora sobre o tema exista grande divergência. No entanto, no risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar (CARVALHO FILHO, 2009, p. 524).

Por isso a distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa. Com efeito, a teoria do risco, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão de nexo causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 232).

Além dos riscos decorrentes das atividades administrativas em geral, constitui também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 525).

Portanto, os fatos que geraram a responsabilidade objetiva do Estado buscaram seus fundamentos na justiça social, diminuindo as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar quando prejudicado por condutas dos agentes estatais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 525).

5.4.2 Teoria do risco integral

A teoria do risco integral é um extremo da doutrina do risco para a responsabilização estatal. Segundo essa teoria, basta o evento danoso e o nexo causal para que surja o dever de indenização pelo Estado, mesmo que o fato tenha

ocorrido por culpa exclusiva da vítima, nos casos fortuitos, força maior e por fato exclusivo de terceiro.

Essa impossibilidade de invocar as causas de exclusão do nexo causal e consequentemente da responsabilidade, torna a teoria do risco integral injusta, abusiva e inadmissível no direito moderno.

Azevedo (2001, p. 281) diz que existem duas categorias de responsabilidade com fundamento na teoria do risco:

A impura tem, sempre, como fundamento, a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador.

A pura implica ressarcimento, ainda que inexista culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Nesta hipótese, portanto, não existe direito de regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do dano.

Para o renomado jurista (GABURRI, 2011, p. 92), seguindo a teoria do risco integral, "nem mesmo o caso fortuito ou a força maior seriam capazes de eliminar a responsabilidade objetiva pura".

5.4.3 Teoria do risco social

A teoria do risco social, também conhecida como responsabilidade sem risco, vem sendo desenvolvida nos tempos atuais, segundo a qual o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos – sempre com intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação pelo dano sofrido (CAVALIERI FILHO *apud* CARVALHO FILHO, 2009, p. 524).

Para Mello (CARVALHO FILHO, 2009, p.524), tal teoria, no fundo, constitui mero aspecto específico da teoria do risco integral, que para alguns autores é para onde se caminha a responsabilidade civil do Estado: seria este responsável mesmo se os danos não lhe forem imputáveis.

No entender de Carvalho Filho (2009, p. 525), “esse caráter genérico da responsabilidade poderia provocar grande insegurança jurídica e graves agressões ao erário, prejudicando em última análise os próprios contribuintes”.

5.5 Evolução da responsabilidade do Estado no direito brasileiro

No Brasil, a responsabilidade do Estado sempre foi aceita, apesar da falta de lei que dispusesse sobre o assunto. Era tratada como um princípio geral e fundamental de Direito (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 233).

A Constituição do Império (1824) e a Constituição Republicana (1891) continham dispositivos que responsabilizavam os funcionários públicos pelos abusos e omissões que incorressem no exercício dos seus cargos. Entretanto, esses dispositivos não foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas da responsabilidade pessoal do funcionário. Entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 233).

A Constituição do Império de 1824, em seu art. 179, inciso XXIX, estabelecia que (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 233):

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

XXIX. Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis seus subalternos.

A Constituição Republicana de 1891, em seu art. 82 previa que (CAHALI, 1996, p. 28):

Art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelas obras e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Essa responsabilidade era fundada na culpa civil, que só seria imputada caso provasse a culpa do funcionário. Portanto, o Estado não respondia pelos danos decorrentes de atos praticados por seus agentes se fosse provada sua negligência, imprudência ou imperícia (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 233).

O Código Civil brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916) evidencia de forma explícita a responsabilidade civil do Estado:

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 ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Segundo o dispositivo mencionado, a responsabilidade do Estado condicionar-se-ia à verificação de culpa de seu agente, que nessa condição procedesse de modo a causar dano a outrem, colocando a salvo, entretanto, o direito de regresso do Estado contra o agente que dolosa ou culposamente, tivesse causado o dano (GABURRI, 2011, p. 77).

O art. 171 da Constituição de 1934 adotou o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e agente que nessa qualidade procedesse de modo a causar dano a outrem, formando-se litisconsórcio passivo necessário (GABURRI, 2011, p. 78):

Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso dos seus cargos.

§ 1º. Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º. Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

Devido à redação ambígua do art. 15 do Código Civil de 1916, alguns autores, como Rui Barbosa, Pedro Lessa, Amaro Cavalcanti e outros, sustentavam a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, sob a inspiração da teoria do risco, com influência das ideias que prevaleciam na França (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 234).

Porém, esse dispositivo, no contexto individualizado que remarca o Código Civil de 1916, não teria ultrapassado os limites da teoria civilística da responsabilidade do Estado, só a reconhecendo quando tivesse ocorrido dolo ou culpa do funcionário (CAHALI, 1996, p. 29).

Dias (CAHALI, 1996, p. 29-30) ressalta que:

as expressões "procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei" são tidas como significativas de culpa do funcionário, e não há como opor-se a essa interpretação; portanto, o funcionário acarreta a responsabilidade do Estado, quando obra culposamente, não se podendo falar, a teor do citado art. 15, em culpa do Estado.

Para Meirelles (2001, p. 613):

Neste dispositivo ficou consagrada, embora de maneira equívoca, a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado; lembrando, porém, que a imprecisão do legislador propiciou larga divergência na interpretação e aplicação do citado artigo, variando a opinião dos juristas e o entender da jurisprudência entre os que viam, nele, a exigência de demonstração da culpa civil da Administração e os que já vislumbravam admitida a moderna teoria do risco, possibilitando a responsabilidade civil sem culpa em determinados casos de atuação lesiva do Estado.

Foi na Constituição de 1946, no art. 194 e seu parágrafo único, que a responsabilidade objetiva do Estado foi expressamente acolhida no ordenamento jurídico brasileiro (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 234):

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Esse artigo não fazia nenhuma menção à culpa do funcionário como condição para que o Estado pudesse ser responsabilizado. A culpa só é citada no parágrafo único, para determinar a ação regressiva do Estado contra o funcionário, que só seria possível com a prova do dolo ou culpa (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 234).

A partir daí, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas tão somente, da relação de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 235).

Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço. O dever de indenizar da administração impor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 235).

Uma vez introduzida no texto constitucional brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado de lá não foi mais retirada. Até mesmo nas Constituições de 1967, art. 105 e de 1969, art. 107, outorgadas pelo regime militar autoritário (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 235).

6 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O art. 186 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) consagra a regra de que todo aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Da análise do artigo, percebe-se que três são os elementos essenciais da responsabilidade civil: a conduta, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima (GONÇALVES, 2009, p. 35).

6.1 Conceito de conduta

A conduta é elemento constitutivo da responsabilidade, que vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou terceiro, ou o fato do animal ou da coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (DINIZ, 2009, p. 40).

A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos (DINIZ, 2009, p. 40).

O comportamento do agente pode ser uma comissão ou uma omissão. A comissão é a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se (DINIZ, 2009, p. 40).

A conduta deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato. Estão excluídos os atos praticados sob coação absoluta, estado de inconsciência, hipnose, sonambulismo ou por provocação de fatos invencíveis, como tempestades, terremotos, naufrágios etc. (DINIZ, 2009, p. 40)

A indenização deriva de uma ação ou omissão do lesante que infringe um dever legal, contratual ou social, isto é, se praticado com abuso de direito (DINIZ, 2009, p. 40).

6.1.1 Responsabilidade subjetiva

Na teoria da responsabilidade subjetiva ocupa lugar preponderante a noção genérica de culpa, uma vez que é elemento distintivo em relação à teoria objetiva (PEREIRA, 1998, p. 63).

No sistema jurídico brasileiro vigora a regra de que o dever de indenizar pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. Assim, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade (DINIZ, 2009, p. 41).

O Código Civil, em seu art. 186, ao se referir ao ato ilícito, diz que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos (DINIZ, 2009, p. 41).

A culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 123-124).

Desse conceito, extraem-se os seguintes elementos da culpa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 126):

- a) Voluntariedade do comportamento do agente: ou seja, a atuação do agente causador do dano deve ser voluntária, para que se possa ser reconhecida a culpabilidade. Se houver também, vontade direcionada à consecução do resultado proposto, a situação reveste-se de maior gravidade, caracterizando o dolo. Na culpa em sentido estrito, por sua vez, sob qualquer das suas três formas de manifestação (negligência, imprudência ou imperícia), o dano

resulta da violação de um dever de cuidado, sem que o agente tenha vontade posicionada no sentido de realização do dano;

- b) Previsibilidade: só se pode apontar a culpa se o prejuízo causado vedado pelo direito era previsível;
- c) Violação de um dever de cuidado: a culpa implica na violação de um dever de cuidado. Se esta violação é intencional, tem-se o dolo.

A falta de cautela ou exteriorização da conduta culposa se dá através da imprudência, da negligência e da imperícia. A imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Por exemplo: age com imprudência motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 36).

Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc., o médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 36).

A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também exemplifica a imperícia (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 36-37).

Na culpa em sentido estrito, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido as suas consequências (DINIZ, 2009, p. 42).

O conceito de culpa é unitário, embora sua ocorrência possa dar-se de maneiras diversas. São todas elas meras modalidades pelas quais pode caracterizar-se a violação do dever preexistente. Em toda culpa há uma violação do ordenamento jurídico, caracterizando ontologicamente o comportamento ilícito (OERTMANN; ENNERCCERUS; WOLFF; THUR *apud* PEREIRA, 1998, p. 70).

Para Savigny "o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico." (GONÇALVES, 2009, p. 35).

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada no diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o direito positivo brasileiro admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também os casos de culpa presumida (GONÇALVES, 2009, p. 35).

A culpa segundo Savatier (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 122), seria:

A inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase delito.

No sistema jurídico brasileiro a culpa sempre foi considerada pedra de toque da responsabilidade civil, preferindo-se identificar em seu conceito a ideia de violação de uma norma jurídica anterior (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 123).

Savatier (DINIZ, 2009, p. 43), de modo a lapidar o conceito de culpa, define-a "como a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar". Pressupõe, portanto, um dever violado (elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo). A imputabilidade abrange a possibilidade, para o agente, de conhecer e de observar o dever, pois para que alguém pratique ato ilícito e responda pela reparação do dano que causou será necessário que tenha capacidade de discernimento (DINIZ, 2009, p. 43).

Se o dever violado se fundar em um contrato (art. 389, CC), tem-se a culpa contratual, por exemplo, se o locatário que deve servir-se da coisa alugada para os usos convencionados não cumprir essa obrigação (DINIZ, 2009, p. 43-44).

Se tal dever for originário de violação de preceito geral de direito, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual ou aquiliana (arts. 186 e 927, CC), por exemplo, o proprietário de automóvel que, imprudentemente, o

empresta a um sobrinho menor, sem carta de habilitação, que ocasiona acidente (DINIZ, 2009, p. 44).

A culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada de culpa consciente – o agente acredita que o evento danoso não ocorrerá (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 37).

A culpa leve ocorrerá quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção ordinária, ou adoção de diligências próprias de um *bônus pater familias* (DINIZ, 2009, p. 44).

A levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 37).

O Código Civil de 2002, em regra, compara a culpa ao dolo para fins de reparação do dano, e não faz distinção entre os graus de culpa. Ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar – *in lege aquilea et levissima culpa venit* –, medindo-se a indenização não pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 37).

Entretanto, em determinados casos, lei especial exige a culpa grave, equiparando-a ao dolo. A Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal assentou que a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 37).

Se o agente praticar um ato positivo (imprudência), sua culpa é *in comittendo* ou *in faciendo*; se cometer uma abstenção (negligência), tem-se a culpa *in omittendo*, por exemplo, professor de natação que, por estar distraído, não acode o aluno, deixando-o morrer afogado. Entretanto, a omissão só poderá ser considerada causa jurídica do dano se houver existência do dever de praticar o ato não cumprido e certeza ou grande probabilidade de o fato omitido ter impedido a produção do evento danoso (DINIZ, 2009, p. 45).

A culpa *in elegendo* (Súmula 341 do STF) advém da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou adimplemento da obrigação. Todavia, se, hoje, alguém admitir ou manter a seu serviço empregado não habilitado legalmente ou sem aptidões requeridas, não há mais que se indagar se houve ou não culpa *in elegendo*, respondendo, por isso, independentemente daquela culpa, pelos atos lesivos praticados (arts. 932, III e 933, CC). Consequentemente a responsabilidade do empregador será objetiva (DINIZ, 2009, p. 45-46).

A culpa *in vigilando* decorre da falta de atenção com o procedimento de outrem, cujo ato ilícito o responsável deve pagar. Convém lembrar que, por exemplo, pelos arts. 932, IV, e 933 a ausência ou não de fiscalização de donos de hotéis ou escolas, relativamente aos seus hóspedes e educandos, não será levada em conta, visto que aqueles responderão, objetivamente, pelos atos daqueles, mesmo que não tenha havido culpa de sua parte. A falta de vigilância pode recair sobre a coisa, como por exemplo, a empresa de transportes que permite a saída de ônibus sem freios, originando acidentes (art. 927, parágrafo único e 734, CC) (DINIZ, 2009, p. 46).

A culpa *in custodiendo* é a falta de cautela ou atenção em relação a um animal ou objeto (arts. 936 e 937, CC), sob os cuidados do agente (PEREIRA; CAHALI; MONTEIRO; MONTINGELLY; AMARAL NETO; VARELA; COHEN *apud* DINIZ, 2009, p. 46). Em regra, em nosso direito, presumem-se culpados por falta de vigilância os detentores de animais pelos prejuízos causados por esses a terceiros; o proprietário do edifício ou construção pelos danos resultantes da ruína (arts. 936 e 937, CC) (AMARAL NETO *apud* DINIZ, 2009, p. 46).

6.1.2 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva é aquela fundada no risco, conforme já mencionado no item 5.4.

Consiste na obrigação de indenizar o prejuízo, mesmo que o agente seja isento de culpa, porque, sua responsabilidade é imposta por lei, independentemente da prática de qualquer ato ilícito (DINIZ, 2009, p. 52).

Assim, na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal (DINIZ, 2009, p. 55).

Nela, a vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu (DINIZ, 2009, p. 55).

6.1.3 Excludentes da ilicitude

São excludentes da ilicitude: a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.

a) Legítima defesa:

A legítima defesa está fundamentada no art. 188, inciso I, primeira parte, do Código Civil. O referido dispositivo prevê que “não constituem atos ilícitos: os praticados em *legítima defesa* ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Na legítima defesa o indivíduo encontra-se diante de uma situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro, que não é obrigado a suportar. A legítima defesa pressupõe uma reação proporcional a uma injusta agressão, atual ou iminente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 104).

Se o agente, exercendo seu direito de defesa, atingir terceiro inocente, terá de indenizá-lo, cabendo-lhe, ação regressiva contra o verdadeiro agressor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 104), conforme arts. 929 e 930, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Legítima defesa putativa é aquela que ocorre em face de uma suposta ou imaginária agressão, e o agente repele-a, utilizando moderadamente os meios necessários para a defesa do seu direito ameaçado. Nesse caso, não há isenção do autor da obrigação de indenizar, pois essa espécie de legítima defesa não exclui o caráter ilícito da conduta, interfere apenas na culpabilidade penal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 105).

b) Estado de necessidade:

O estado de necessidade se fundamenta no art. 188, inciso II, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002):

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Estado de necessidade consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover um perigo iminente quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 102).

O parágrafo único do referido artigo prevê que o agente atuando em estado de necessidade, não está isento do dever de atuar nos estritos limites de sua necessidade, para a remoção da situação de perigo. Será responsabilizado, portanto, por qualquer excesso que venha a cometer (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 102).

Diferentemente do que ocorre na legítima defesa, o agente não reage a uma situação injusta, mas atua (ação) para subtrair um direito seu ou de outrem de uma situação de perigo concreto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 102).

Se o terceiro atingido não for o causador da situação de perigo, poderá exigir indenização do agente que houvera atuado em estado de necessidade, cabendo a este ação regressiva contra o verdadeiro culpado, conforme, arts. 929 e 930 do Código Civil de 2002 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 103).

c) Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal:

O exercício regular de direito está fundamentado no art. 188, inciso I, segunda parte do Código Civil (BRASIL, 2002): “não constituem atos ilícitos: os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Portanto, se alguém atua protegido pelo Direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo Direito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 106).

O estrito cumprimento do dever legal está ligado ao exercício regular de direito, utilizando-se, portanto, o mesmo raciocínio deste para explicar aquele.

Se o sujeito extrapola os limites racionais para o exercício de seu direito, fala-se em abuso de direito, situação desautorizada pela ordem jurídica, que gera a responsabilidade civil e que poderá repercutir na esfera criminal (excesso punível) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 107).

6.2 Nexos de causalidade

O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 46).

A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 46).

Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não estivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência (DINIZ, 2009, p. 111).

Pode-se afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 46), a qual não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou (DINIZ, 2009, p. 111).

Nas lições Pereira (1998, p. 75):

Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um "erro de conduta"; não basta que a vítima sofra um "dano", que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória.

É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, ou segundo Demogue (PEREIRA, 1998, p. 75): "é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção o dano não ocorreria."

Sendo o nexo de causalidade um dos pressupostos da responsabilidade civil, ele deverá ser provado. O *onus probandi* caberá ao autor da demanda (LOPES *apud* DINIZ, 2009, p. 113).

São três as principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade: teoria da equivalência de condições, teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade direta ou imediata.

a) Teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*):

A teoria da equivalência das condições foi elaborada pelo jurista alemão Von Buri para o Direito Penal, e desenvolvida pela doutrina civilista. Em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as condições de um dano são equivalentes, isto é, todos os elementos que, de uma certa maneira concorrerem para a sua realização, consideram-se como causas, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo (DE PAGE *apud* PEREIRA, 1998, p. 78).

O que prevaleceria no caso seria a ideia de que, na teoria da equivalência, toda condição que contribuiu para o resultado constitui causa, de forma que ele não se teria produzido se a condição não houvesse ocorrido (*conditio sine qua non*). A causa, portanto, insere-se em cada uma das condições, já que sem o concurso de todas, o resultado não se teria verificado (BRIZ *apud* PEREIRA, 1998, p. 78).

Segundo Malaurie e Aynès (PEREIRA, 1998, p. 78), esta teoria tem sido afastada, por ter levado muito longe as implicações da responsabilidade ao atribuir a

um dano um número infinito de causas. Elas tenderiam a tornar cada homem responsável por todos os males da humanidade.

b) Teoria da causalidade adequada:

No final do século XIX, a doutrina francesa desenvolveu, inspirada nas ideias do filósofo alemão Von Kries, a teoria da causalidade adequada.

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria da causalidade adequada pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aquelas que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo, resta algum fato que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa natureza (MARTY; PLANIOL; RIPERT; BOULANGER; MARTY; RAYNAUD; VINEY; MALAURIE; AYNÈS; BRIZ *apud* PEREIRA, 1998, p. 79).

Se a teoria anterior peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito de mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente causa do resultado danoso (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 90).

c) Teoria da causalidade direta ou imediata:

Essa teoria é também denominada de teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária e foi desenvolvida, no Brasil, pelo Professor Agostinho Alvim (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 90).

Causa para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 90).

Sobre essa corrente de pensamento discorre Alvim (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 90-91):

A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que reporta à necessariedade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano, como se verá. E em outro trecho de sua obra: Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, mas com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução.

A interrupção do nexos causal por uma causa superveniente, ainda que relativamente independentemente da cadeia dos acontecimentos, impede que se estabeleça o elo entre o resultado e o primeiro evento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 91).

Dessa forma, Tepedino (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 91) conclui:

A causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexos de causalidade anterior, importando aqui não a distancia temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessariedade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexos de causalidade.

Gagliano (2009, p. 91) entende que essa teoria é a mais adequada, vez que não apresenta o nível de insegurança jurídica e subjetividade apresentados em alto grau pelas teorias anteriores. A doutrina majoritária entende no sentido de que a teoria direta e imediata é a aplicada no direito brasileiro.

6.2.1 Excludentes do nexos causal

Excludentes de responsabilidade civil são as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompem o nexo causal, fulminando, assim, qualquer pretensão indenizatória (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 101).

São excludentes do nexo causal: fato/culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

6.2.1.1 Fato/culpa exclusiva da vítima:

A culpa exclusiva da vítima é causa de exclusão do próprio nexo causal, porque o agente, aparente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente (RODRIGUES *apud* CAVALIERI FILHO, 2009, p. 64). Assim, se um indivíduo tenta suicidar-se, atirando-se sob as rodas de um veículo, o motorista estará isento de qualquer composição do dano (DINIZ, 2009, p. 114).

No campo da responsabilidade do Estado, tem-se o seguinte exemplo, citado por Mello (2008, p. 1008):

Figure-se que um veículo militar esteja estacionado e sobre ele precipite um automóvel particular, sofrendo várias avarias unicamente neste último. Sem os dois veículos não haveria a colisão e os danos não se teriam produzido. Contudo, é de evidência solar que o veículo do Estado não causou o dano. Não se deveu a ele a produção do evento lesivo. Ou seja: inexistiu relação causal que ensejaria a reponsabilidade do Estado.

Para fins de interrupção do nexo causal basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 64).

Monteiro (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 64) afirma que: "o nexo desaparece ou se interrompe quando o procedimento da vítima é causa única do evento."

No mesmo sentido, Dias (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 114), observa que:

Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude

a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.

Adverta-se, portanto, que o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexos causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2009, P. 64).

O Superior Tribunal de Justiça tem exigido a demonstração, pelo réu, da causa excludente de sua responsabilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 115):

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que julgou improcedente ação ordinária de reparação de danos em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, objetivando a indenização pelo falecimento dos pais dos recorrentes, ao argumento de que os mesmos vieram a falecer em razão de acidente automobilístico ocorrido na Marginal do Tietê, pois no local do acidente não existiam grades de proteção, o que impediria a queda do veículo.

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

3. O exame dos autos revela que está amplamente demonstrado que o acidente ocorreu e que o evento morte dele decorreu e que a estrada não tinha grade de proteção.

4. A ré só ficaria isenta da responsabilidade civil se demonstrasse - o que não foi feito - que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima.

5. A imputação de culpa está lastreada na omissão da ré no seu dever de, em se tratando de via pública, zelar pela segurança do trânsito e pela prevenção de acidentes (arts. 34, parágrafo 2º, do Código Nacional de Trânsito, e 66, parágrafo único, do Decreto nº62.127/68).

6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.

7. Estabelecido assim o nexos causal entre a conduta omissiva e o falecimento dos pais do recorrente, responde a ré pela reparação dos prejuízos daí decorrentes, no caso, os danos patrimoniais pela cessação da fonte de sustento dos menores.

8. Recurso provido.

(REsp 439.408/SP 2002/0071492-6, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 05/09/2002, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/10/2002 p. 308LEXSTJ vol. 159 p. 210) (Grifos nossos)

6.2.1.2 Fato de terceiro:

Na definição de Dias (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 64), "terceiro é qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém que não tenha nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado."

Segundo Venosa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 116):

a questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz, por vezes, vê-se perante uma situação de difícil solução. Não temos um texto exposto de lei que nos conduza a um entendimento pacífico. Na maioria das vezes, os magistrados por equidade, embora não o digam.

No entendimento de Gagliano (2009, p. 117), em algumas hipóteses, o fato de terceiro que haja rompido o nexo causal, sem que possa imputar participação ao agente, exonera completamente a sua responsabilidade, devendo a vítima voltar-se diretamente contra terceiro.

Assim, se alguém for demandado para indenizar um prejuízo que lhe foi imputado pelo autor, poderá pedir a exclusão de sua responsabilidade se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente de terceiro (DINIZ, 2009, p. 115).

É o que ocorrerá, por exemplo, se o abalroamento que causou dano ao autor foi causado por um veículo dirigido por terceiro; se pedestre é atropelado por motorista de táxi em razão de caminhão desgovernado, que lança o automóvel sobre o transeunte (DINIZ, 2009, p. 116).

Desta forma, se a ação de terceiro causou o dano, esse terceiro será o único responsável pela composição do dano (DINIZ, 2009, p. 116).

Neste sentido, Silva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 117-118) pondera:

Se o fato de terceiro, referentemente ao que ocasiona um dano, envolve uma clara imprevisibilidade, necessidade e, sobretudo, marcada inevitabilidade sem que, para tanto, intervenha a menor parcela de culpa por parte de quem sofre o impacto substanciado pelo fato de terceiro, óbvio é que nenhum motivo haveria para que não se equiparasse ele ao caso fortuito. Fora daí, não. Só pela circunstância de se tratar de um fato de terceiro, não se tornaria ele equipolente ao *casus* ou á *vis major*.

A matéria de que fato de terceiro rompe o nexo de causalidade não é pacífica e, de todas as excludentes, esta é que maior resistência encontra na jurisprudência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 116).

A jurisprudência não tem admitido essa excludente da responsabilidade civil em casos de transporte, pois se a culpa for de terceiro, havendo dano, o transportador apenas poderá mover ação regressiva contra esse terceiro, conforme a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal (DINIZ, 2009, p. 116).

O fundamento desse entendimento sumulado é claro na medida em que a obrigação do transportador é de resultado, compreensiva de inafastável cláusula de segurança, mesmo que esta não esteja expressamente prevista no contrato. Por isso, deverá indenizar a vítima, sem prejuízo de eventual direito de regresso (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 116).

Porém, quando reconhecida a excludente por fato de terceiro, o ônus da prova é do causador material do dano, que deve demonstrar sua participação no evento danoso foi como mero instrumento da atuação do efetivo responsável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 118).

6.2.1.3 Caso fortuito ou força maior:

O caso fortuito e a força maior estão previstos no art. 393 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles se responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Muito se discutiu sobre a diferença entre o caso fortuito e a força maior, mas até hoje não se chegou a um entendimento uniforme (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 65).

O Código Civil de 2002, no dispositivo supracitado, praticamente considera o caso fortuito e a força maior sinônimos, na medida em que os caracteriza como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 65).

Para Diniz (2009, p. 111-116):

O caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento. No caso fortuito e na força maior há sempre um acidente que produz um prejuízo.

A força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, por exemplo, um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica os produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc. Já no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando a morte.

A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 66).

Analisando o *caput* do art. 393 do Código Civil de 2002, o devedor à luz do princípio da autonomia da vontade, pode expressamente se responsabilizar pelo cumprimento da obrigação, mesmo em se configurando o evento fortuito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 112).

Enfrentando a questão da responsabilidade civil objetiva, a assunção dos riscos somente poderia afastar a responsabilização no caso de comprovação efetiva, pelo sujeito responsabilizado, de absoluta ausência dos elementos essenciais da responsabilidade civil (conduta humana, nexo causal e dano) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p.112-213).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO.
DESABAMENTO DE PAVILHÃO EM VENTANIA. DEFEITO DE

CONSTRUÇÃO. PARAPLEGIA. POSICIONAMENTO. DANO MORAL

1. Ato ilícito: Operário atingido pelos escombros de pavilhão construído pelo Município para o funcionamento de estabelecimento industrial durante ventania. Defeito de construção comprovado pela perícia técnica e pela prova testemunhal. Responsabilidade do Município, que elaborou o projeto e construiu o pavilhão.

2. Caso fortuito. Não caracterização da excludente do nexo causal do caso fortuito (vento), que não foi a causa exclusiva do evento.

3. Dano moral: Caracterização do dano moral pela grave ofensa à integridade física da vítima. Manutenção do valor da indenização arbitrado na sentença, que abrangeu os danos morais. Vinculação apenas ao salário mínimo vigente na data da sentença.

4. Custas processuais: O Município e beneficiário da isenção de metade das custas processuais. Apelação do Município desprovida. Sentença de procedência modificada parcialmente em reexame necessário (21 fls.)

(Apelação e reexame necessário n. 70003109642, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 28-12-2001) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009)

No que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, Bahia (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 213) lembra a distinção entre o caso fortuito interno e o caso fortuito externo:

O caso fortuito interno ocorreria a partir da atividade própria da administração. Seria um fato imprevisível, mas atrairia responsabilidade civil ao Estado. Isto porque deve-se entender que a atividade estatal criou um risco. Se a administração se coloca no mundo físico, guiando um carro, construindo um edifício, fez surgir, pelo só fato da sua atividade, um risco para os demais. Reparará, portanto, por este risco que criou. Pouco importa que a barra de direção do veículo oficial houvesse partido pelo acaso ou o edifício público desabado pela ação das chuvas. Como se vê, não se exige a presença de culpa. A teoria é objetiva (risco administrativo).

Por outro lado, haveria casos fortuitos (denominados casos fortuitos externos) que não adviriam da atividade da administração, mas de terceiros ou da natureza. Neste caso, a administração não deveria reparar ao lesado (só a teoria do risco social fará com que o caso fortuito externo não sirva como excludente). Num exemplo: ninguém poderá reclamar responsabilidade civil do Estado se um raio caiu sobre sua residência e danificou o telhado.

Para Gagliano (2009, p. 213), o caso fortuito externo seria, simplesmente, a ausência de conduta humana imputável ao sujeito responsabilizado (no caso, à Administração).

Havendo como identificar a conduta do responsabilizado, que assumiu os riscos de sua atividade, somente a efetiva quebra do nexo causal poderá ensejar o reconhecimento da excludente mencionada de responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 214).

Vejamos jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FORÇA MAIOR. A FORÇA MAIOR EXCLUI A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, QUANDO DESCARACTERIZA O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO DANOSO E O SERVIÇO PÚBLICO; NÃO SE QUALIFICA COMO TAL A TENTATIVA DE ROUBO DE VEÍCULO APREENDIDO POR TRAFEGAR SEM LICENÇA, QUE SE ENCONTRAVA SOB A GUARDA DE REPARTIÇÃO PÚBLICA, PORQUE NESSE CASO O ESTADO DEVE ESTAR PREPARADO PARA ENFRENTAR A PEQUENA CRIMINALIDADE. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS NO VEÍCULO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 135.259 SP 1997/0039492-1, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 05/02/1998, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/03/1998 p. 62)

6.3 Dano

O dano ou prejuízo é elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil (GAGLIANO, 2009, p. 35).

Cavaliere Filho (2009, p. 70-71) demonstra essa imprescindibilidade do dano:

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta não tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar.

Nestes termos, Gagliano (2009, p. 36) conceitua o dano ou o prejuízo como sendo “a lesão a um interesse jurídico – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”

Note-se, neste conceito, que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade (como a honra, a imagem, a liberdade etc.), especialmente o dano moral (GAGLIANO, 2009, p. 36).

Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a divisão do dano em patrimonial e moral (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 71).

6.3.1 Dano patrimonial

O dano material ou patrimonial atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, estendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro (GAGLIANO, 2009, p. 40).

Todavia, nem sempre o dano patrimonial resulta de lesão de bens ou interesses patrimoniais, com já mencionado acima, outros bens personalíssimos, também podem ser atingidos, podendo refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas, como por exemplo, o médico difamado que perde sua clientela (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 71).

Como assinala Varela (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 71-72):

O dano patrimonial é susceptível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou restituição específica da situação anterior à lesão –, pelo menos indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária.

Ademais, o dano material pode atingir não somente o presente da vítima, como também, o futuro, impedindo o crescimento e aumento de seu patrimônio. É o que se denomina dano emergente e lucro cessante (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 72).

O dano emergente corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima (art. 402, do Novo Código Civil), ou seja, "o que ela perdeu" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 41).

Assim, a mensuração do dano emergente importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ela tinha antes e depois do ato ilícito (CAVALIERI, 2009, p. 72).

O lucro cessante corresponde àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, "o que ela não ganhou" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 41).

Alvim (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 41), com referência ao dano emergente, pondera ser "possível estabelecer, com precisão, o desfalque do nosso patrimônio, sem que indagações se perturbem por penetrar no terreno hipotético. Mas com relação ao lucro cessante, o mesmo não se dá."

E a respeito do lucro cessante, Alvim (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 41-42) assevera com maestria:

Finalmente, e com o intuito de assinalar, com a possível precisão, o significado do terreno razoavelmente, empregado no art. 1.059 do Código, diremos que ele não significa que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma de prejuízo). Ele contém uma restrição, que serve para nortear o juiz acerca da prova do prejuízo em sua existência, e não em sua quantidade. Mesmo porque, admitida a existência do prejuízo (lucro cessante), a indenização não se pautará pelo razoável, e sim pelo provado.

Portanto, o dano emergente e os lucros cessantes devem ser devidamente comprovados na ação indenizatória ajuizada contra o agente causador do dano, impedindo, assim, que vítimas menos escrupulosas tenham êxito em pleitos absurdos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 42).

6.3.2 Dano moral

O dano moral é a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica (art. 52, do Código Civil; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo (DINIZ, 2009, p. 90).

O dano moral é o prejuízo ou lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos à personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem, identidade) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 44).

Segundo Bittar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 44), os danos morais qualificam-se:

em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

A Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de indenização por dano moral, consoante seu art. 5º, inciso V, abaixo transcrito:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.

(...)

O novo Código Civil (BRASIL, 2002) também reconhece de forma expressa a reparação de danos morais, conforme dispõe o seu art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Atualmente, o dano moral não se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos, razão pela qual se revela mais apropriado chama-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no

Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 81).

7 AÇÃO OU OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO

A responsabilidade civil do Estado pode estar vinculada a uma conduta ativa ou omissiva da Administração, como causa do dano reclamado. No entanto, existe controvérsia quanto a saber se seriam idênticos os pressupostos da ação e da omissão do Poder Público como fundamento da responsabilidade civil (CAHALI, 2007, p. 218).

Uma primeira corrente entende ser a responsabilidade subjetiva, por atos omissivos do Estado, sob o enfoque de que, ainda que consagre o texto constitucional quanto à responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. Não há como provar a omissão do Estado, sem antes provar que houve *faute du service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente (FIGUEIREDO *apud* GOMES, 2009, p. 114).

Para uma segunda corrente doutrinária, a responsabilidade do Estado por ato omissivo deve ser objetiva. A doutrina, de um modo geral, salvo raras exceções, não discrimina entre o dano decorrente de ação e dano decorrente de omissão do Estado, para fins de se fixar a natureza da responsabilidade do Estado, considerando, para ambas as hipóteses, a responsabilidade objetiva (ALEXANDRINO *apud* GOMES, 2009, p. 115).

A omissão significa uma falta de cuidado ou de atenção, isto é, um descuido ou negligência, e esta situação exige uma apuração de cunho subjetivo, em que o agente não só teria a obrigação de agir, mas também poderia agir se as condições o permitissem (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 172).

Para Cretella Júnior (CAHALI, 2007, p. 218):

A omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não atos. Se não vigia quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Em todos os casos, culpa ligada à ideia de inação.

Da análise do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, percebe-se que ali não há referência à responsabilidade do Estado por omissão. A partir dessa situação, Gaburri (GABURRI; DUARTE, 2011, p. 187) faz a seguinte indagação:

O fato de ter havido silêncio do legislador constitucional a respeito da responsabilidade por omissão do Estado é suficiente para que se aplique a teoria subjetiva? Ou, pelo contrário, esse silêncio importaria tratamento idêntico da responsabilidade do Estado, nos casos comissivos e omissivos?

Ainda que não haja a expressa denominação à omissão, o art. 37, § 6º da Constituição Federal é claro em seu reconhecimento constitucional, pois a omissão também pode ser causa de dano, todavia não é um conceito amplo, que pode ser determinado por qualquer falta, pois não houve sua generalidade. O mesmo se diga em relação ao art. 43 do Código Civil (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 162).

Já é entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência no sentido de ser subjetiva a responsabilidade do Estado em caso de falha ou mau funcionamento do serviço público – *faute du service* (GABURRI; DUARTE, 2011, p. 187).

De acordo com Falavigna (GABURRI; DUARTE, 2011, p. 162):

Para os danos ocasionados em decorrência de omissão do agente público, a responsabilidade não será objetiva, uma vez que o dispositivo constitucional, assim como o referido art. 43, apenas o vislumbrou para os atos praticados, razão pela qual a responsabilidade, decorrente da omissão, é reconhecida como subjetiva, até porque é necessário comprovar o dever de agir e a possibilidade de ter sido evitado o dano.

Mello (CAHALI, 2007, p. 218) analisa o tema:

Em face do art. 37, § 6º da Constituição Federal, há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos tenham sido causados por agentes públicos. Se não forem eles os causadores, se foram omissos e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra – não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Onde não há cogitar, neste caso, de responsabilidade objetiva.

Quando o Estado se omite e como consequência ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. Logo, a responsabilidade, aí não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Deveras, não haveria de supor, ao menos em princípio que alguém responda pelo que não fez – salvo se estivesse, de direito, obrigado a fazer.

O Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou – vale dizer: quando descumpre o dever legal de agir; quando se comporta ilicitamente ao abster-se. A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito; é responsabilidade subjetiva; porquanto supõe dolo ou culpa, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa do funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente; é a culpa anônima ou *faute du service*.

É comum, todavia, encontrar-se, tanto na doutrina quanto em pronunciamentos judiciais, a afirmação de que, por força do art. 107 do texto constitucional [de 1969], a responsabilidade do Estado é objetiva, sem fazer acepção entre atos comissivos e atos omissivos. Entretanto, impende convir que, se o dispositivo convida a tal inteligência, só o faz com relação aos danos causados por um fator agente estranho ao Estado. A omissão do Estado em debelar o incêndio, em prevenir as enchentes, em conter a multidão, terá sido condição da ocorrência do dano, mas causa não foi. Nestas situações, a ação do Estado impossibilitaria o dano, mas é certo que não o causou. Não se poderia dizer que a abstenção ou morosidade do Poder Público produziu o evento lesivo, mas tão-só que deu azo a que ocorresse. Então, a responsabilidade do Estado será subjetiva. Logo, só cabe se tiver havido descumprimento de um dever jurídico estatal. Por inércia morosidade ou ineficiência, quando devia legalmente ser atuante, solerte, eficiente. Daí que terá lugar quando o Poder Público foi omissivo ou ineficiente, inobstante a existência de um dever jurídico de atuação e segundo os limites de eficiência normais.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido nesse sentido, como se vê na decisão proferida na ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da União, de vários Municípios do Estado do Rio Grande do Norte, além do próprio Estado, e da Fundação Nacional (Funasa), objetivando a liberação de verbas destinadas ao combate do mosquito *aedes aegypti*, o pagamento de indenização às vítimas da dengue ou a seus sucessores e a realização de campanha informativa visando à prevenção e o combate da doença (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 163). Segue a ementa da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. EPIDEMIA DE DENGUE. DANO COLETIVO E ABSTRATO.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO. SERVIÇO DEFICIENTE NÃO-CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. O art. 127 da Constituição Federal estabelece a competência do Ministério Público para promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis por meio da ação civil pública, na forma do art. 129 da Carta Magna e do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, abrangendo quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, não havendo "taxatividade de objeto para a defesa judicial" de tais interesses.
2. A responsabilidade civil por omissão, quando a causa de pedir da ação de reparação de danos assenta-se no *faute du service publique*, é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a hipótese de o Estado deixar de agir na forma da lei e como ela determina.
3. A responsabilidade civil do Estado, em se tratando de implementação de programas de prevenção e combate à dengue, é verificada nas seguintes situações distintas: a) quando não são implementados tais programas; b) quando, apesar de existirem programas de eficácia comprovada, mesmo que levados a efeito em países estrangeiros, o Estado, em momento de alastramento de focos epidêmicos, decida pela implementação experimental de outros; c) quando verificada a negligência ou imperícia na condução de aludidos programas.
4. Incabível a reparação de danos ocasionada pela *faute du service publique* quando não seja possível registrar o número de vítimas contaminadas em decorrência de atraso na implementação de programa de combate à dengue, não tendo sido sequer comprovado o efetivo atraso ou se ele teria provocado o alastramento do foco epidêmico.
5. Incabível a reparação de danos ocasionada abstratamente à coletividade, sem que seja possível mensurar as pessoas atingidas em razão de eventual negligência estatal, mormente em havendo fortes suspeitas de que a ação estatal, se ocorrida atempadamente, não teria contribuído para evitar o dano nas proporções em que se verificou.
6. Recurso especial do Município Currais Novos não-conhecido.
7. Recursos especiais da União e da Funasa providos em parte.
(REsp 703.471 RN 2004/0162624-3, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 25/10/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/11/2005 p. 195RNDJ vol. 75 p. 60RSTJ vol. 201 p. 232)

Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça, com o relatório do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu que a responsabilidade por omissão é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é fundamentada sobre a hipótese de que deveria a administração pública ter agido por imposição legal, neste caso a Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 163).

Portanto, não houve omissão da Administração Pública, não se configurando ilicitude na conduta, por não haver a culpa por negligência, imprudência ou imperícia, uma vez que o serviço prestado condizia com as possibilidades existentes (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 164).

Tratando-se de responsabilidade subjetiva, no que diz respeito aos danos ocorridos em razão de eventual omissão do Estado, deve-se verificar como se apura essa falha culposa (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 164).

Quando há danos provocados por fugitivos do sistema prisional, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o nexo causal somente se afigura quando o prejuízo é provocado em ato contínuo ao da fuga do preso, ocasião em que haveria deficiência em sua vigilância, pois “é impossível a vigilância de cada preso 24 horas ao dia. O Estado não tem condições para isso. Alegar que o criminoso deveria estar recolhido a um presídio de segurança máxima é fácil”, conforme decidido no Recurso Especial. 980.844, sendo relator o Ministro Luiz Fux, em julgamento ocorrido em 10.03.2009, quando não ficou configurado o nexo causal, uma vez que, “para gerar responsabilidade civil do Estado, o preso deveria estar em fuga, ato contínuo àquela ação”, havendo quebra do liame causal, porque “o Estado não é um segurador universal, que pode entregar receita da sociedade para qualquer um que se sinta lesado” (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 165).

Nas situações em que há fuga de paciente, portador de doença mental em hospital psiquiátrico, que posteriormente comete suicídio, o Superior Tribunal de Justiça também compreende que a responsabilidade é subjetiva, pela falha na vigilância do nosocômio, conforme a decisão relatada pela Ministra Eliana Calmon, entretanto, é de se registrar que houve voto vencido do Ministro Francisco Peçanha Martins, por entender que seria responsabilidade independente de culpa, sem, contudo fundamentar seu entendimento (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 165). Vejamos a ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo 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 dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.

5. Incidência de indenização por danos morais.

7. Recurso especial provido.

(REsp 602.102/RS 2003/0192193-2, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 06/04/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/02/2005 p. 146LEXSTJ vol. 187 p. 166 RNDJ vol. 65 p. 127 RT vol. 836 p. 151)

Para configurar a culpa administrativa, deve-se verificar a falha de um padrão médio exigido para a ocasião, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso de queda de galho de árvore em carro estacionado em via pública e na falha de conservação de rodovia, em que buracos na pista foram suficientes para causar um acidente automobilístico (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 166).

ADMINISTRATIVO – QUEDA DE GALHO DE ÁRVORE SOBRE VEÍCULO – FUNDAÇÃO DE PARQUES E JARDINS – DECRETO MUNICIPAL N. 9.016/89 – RESPONSABILIDADE CONFIGURADA – HONORÁRIOS NÃO EXCESSIVOS.

1. Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada contra o Município do Rio de Janeiro, em razão de queda de galhos de árvores sobre veículo do ora recorrido. O referido veículo encontrava-se estacionado na Avenida Gomes Freire, Município do Rio de Janeiro.

2. Impende considerar que, para a responsabilização subjetiva do Estado por ato omissivo, "é necessário, que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível" (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, São Paulo: 2002, p. 855).

3. Conforme interpretação legal, nos termos do Decreto Municipal n. 9.016/89, após autorização da Lei Municipal n. 1.419/89, a Fundação Parques e Jardins tem a incumbência de conservação das praças localizadas no Município do Rio de Janeiro. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, afirmou que "os depoimentos testemunhais (fls. 134/135 e 136/137) não deixam dúvida sobre a falta de conservação e a existência de galhos podres nas árvores da avenida Gomes Freire" (fl. 208).

4. Nesse contexto, o dever de agir e a omissão do recorrente encontram-se devidamente configurados, o que evidencia a responsabilidade civil da recorrente, devendo ser mantido o acórdão quanto à condenação em danos morais e materiais.

5. Não cabe, em sede de recurso especial, rever os critérios e o percentual adotado pelo julgador na fixação dos honorários advocatícios, por importar o reexame de matéria fático-probatória. A incidência da Súmula 7/STJ somente pode ser afastada quando o valor fixado for exorbitante ou irrisório, o que não ocorre no caso dos autos.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1090353/RJ 2008/0205215-5, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 03/03/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2009)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE VEÍCULO. BURACO NA ESTRADA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Ação indenizatória com pedido de ressarcimento por danos materiais decorrentes de acidente ocorrido em razão de buraco na avenida, com fulcro na Responsabilidade Civil do Estado.

2. *In casu*, o Tribunal a quo, entendeu que no caso em apreço, restou comprovado, sim, por meio dos documentos carreados aos autos, o nexo

de causalidade entre a omissão da autarquia (má conservação da rodovia em que ocorreu o sinistro/buraco) e o dano causado ao requerente (danos materiais), pois, como fartamente demonstrado ao longo da instrução, havia, na pista de rolamento da BR-116, no local do acidente, um buraco de tamanho considerável, além de desnível de até 15 cm (laudo apresentado pela ré do eng. Chefe da R-3/3 (fl. 67/68)) tendo o requerente ali perdido o controle do veículo, vindo a tombar. Portanto, é de ser mantida a condenação aos danos materiais assim como pedida.

3. É obrigação do Estado manter as estradas em boas condições para tráfego.

4. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam

o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ.

5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

6. A conclusão do Tribunal de origem, *in casu*, restou fundada no conjunto probatório carreado nos autos, afirmando a existência de relação entre o prejuízo experimentado pelo particular e o ato omissivo ou comissivo da pessoa jurídica de direito público. Consectariamente, analisar a existência de ofensa ao art. 333, inc. I,

do Código de Processo Civil implicaria o revolvimento de matéria fática-probatória, o que é interditado a esta Corte Superior.

7. A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço.

8. Recurso especial não conhecido.

(REsp 958.466 RS 2007/0129792-0, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 23/09/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2008 LEXSTJ vol. 231 p. 169)

A jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, portanto, é a de que somente se caracteriza a responsabilidade civil do Estado se houver a presença de três elementos: dano, nexos causal entre este e um comportamento ilícito do Poder Público e culpa administrativa, caracterizando a responsabilidade como subjetiva, pois somente será aferida se houver culpa dos agentes públicos na prática do dano (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 166).

Neste mesmo sentido julgou o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o caso de um fugitivo do sistema prisional que cometeu o crime de estupro (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 166):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: ESTUPRO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALHA DE SERVIÇO. C.F.: art. 37, § 6º. I – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, nesta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta de serviço. II – A falha do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III – Crime de estupro, praticado por apenado fugitivo do sistema penitenciário do Estado: nesse caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o crime de estupro, observada a teoria, quanto ao nexo de causalidade, do dano direto e imediato. IV. RE conhecido e provido. (RE 409.203-4 RS, Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 07/03/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20/04/2007 PP-00102)

Tal decisão decorre da interpretação do art. 37, §6º, da Constituição Federal, que determina que a Administração Pública será responsável pelos atos praticados por seus agentes, que nesta qualidade causarem danos a terceiros, pois a

responsabilidade civil do Estado está fundamentada na teoria do risco, que decorre por ato desses agentes (FALAVIGNA *apud* GABURRI; DUARTE, 2011, p. 166).

Entretanto, atualmente os ilustres juristas têm entendido que a responsabilidade estatal é objetiva tanto por ato comissivo como omissivo.

Cavaliere Filho (2009, p. 239) entende que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva.

Por outro lado, o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no art. 186 do Código Civil de 2002. Há também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 239-240).

O Estado pratica ato ilícito não só por omissão (quando deixa de fazer o que tinha o dever de fazer), como também por comissão (quando faz o que não devia fazer) (CAVALIERI FILHO, 2009, p., 240).

Mello (DINIZ, 2009, p. 648) defendia a responsabilidade objetiva do Estado, nos comportamentos comissivos, e a subjetiva, nos comportamentos omissivos:

A responsabilidade do Estado, por omissão, só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados.

Lezzarini (CAHALI, 2007, p. 220), contudo, contesta a afirmação de que o ato comissivo seria causa, enquanto que o omissivo não o seria, podendo, quando muito, ser condição de dano.

O autor (CAHALI, 2007, p. 220) afirma ainda que:

As obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito; assim, causa, nas obrigações jurídicas, é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem direito de exigir de outrem uma prestação; daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição, ou, em outros termos, o compromisso omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso; portanto,

há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave do representante do Estado (por culpa *in omittendo*) aparece; se não teve, isto é, se o dano ocorreu por omissão do funcionário, incapaz de ser caracterizado como causa daquele, tal omissão não gerará a responsabilidade do Estado.

Conforme Meirelles (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 240): "O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público".

No mesmo sentido, Cahali (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 240-241):

Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional – concordam todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal – se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificando como consequência [...]

O professor Gaburri (GABURRI; DUARTE, 2011, p. 188), não concorda com o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para ele, basta que se observe o disposto no art. 186 do Código Civil que, apesar de referir-se à responsabilidade subjetiva, utiliza o verbo "causar" tanto para condutas comissivas (ação) como para condutas omissivas (omissão voluntária, negligência ou imprudência).

Ressalta Matiello (GABURRI; DUARTE, 2011, p. 188):

A responsabilidade objetiva existe seja quando os agentes atuarem no desempenho de suas atribuições legais ou a pretexto de executá-las, como nos casos em que a ocorrência de fato juridicamente relevante ocasione prejuízos a outrem, ainda que sem qualquer culpa das pessoas jurídicas indicadas no artigo da Constituição em análise.

Segundo o ilustre professor Gaburri (2011, p. 86), a razão da responsabilidade objetiva no caso de omissão estatal, é livrar a vítima da prova da culpa do ofensor, independentemente de a culpa existir ou não.

Neste sentido preleciona Pereira (GABURRI, 2011, p. 86):

A responsabilidade objetiva, nos casos em que é admitida, supre a insuficiência da culpa, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. O que importaria, para a responsabilidade objetiva, seria a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeita à sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente. Prossegue, apontando que o fundamento ético da doutrina está na caracterização da injustiça intrínseca, que encontra os seus extremos definidores em face da diminuição de um patrimônio pelo fato do titular de outro patrimônio? Ante uma perda econômica, pergunta-se qual dos dois patrimônios deve responder, se o da vítima ou o do causador do prejuízo. E, na resposta à indagação, deve o direito inclinar-se em favor daquela, porque do dois é quem não tem o poder de evitá-lo, enquanto o segundo estava em condições de retirar um proveito, sacar uma utilidade ou auferir um benefício da atividade que originou o prejuízo. O fundamento da teoria é mais humano do que o da culpa, e mais profundamente ligado ao sentimento de solidariedade social. Reparte com maior dose de equidade, os efeitos dos danos sofridos, atendendo a que a vida em sociedade se tornou cada vez mais complexa e o progresso material a todo instante aumenta os riscos a que estão sujeitos os indivíduos.

Verifica-se, também, que a moderna jurisprudência tem evoluído, no sentido de aplicar, ainda com alguma reserva a teoria objetiva. A título de ilustração vejamos um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (GABURRI; DUARTE, 2011, p. 188-189):

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO. NÃO COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL. RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF). RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem a) a alteridade do dano, b) a causalidade material entre o *eventos damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude ou não, do comportamento

funcional e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. (RE-AgR 481.110 PE. STF-2ª T. Rel. Min Celso de Mello. Data de Julgamento: 06/02/2007. DJ 09/03/2007).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não é por qualquer omissão estatal que a responsabilidade é subjetiva. Para a Suprema Corte, há dois tipos de omissão: a omissão geral e a omissão específica. Para a omissão geral, a responsabilidade é subjetiva, enquanto para a omissão específica é objetiva (GOMES, 2009, p. 115).

A omissão do Estado será qualificada ou específica quando a inércia administrativa for a causa direta e imediata do não impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente de aluno de colégio público durante o período de aula.

Na tentativa de diferenciar a omissão específica da genérica, a doutrina menciona que o fato de um agente público trafegar com veículo oficial em mau estado de conservação, por si só, seria omissão genérica. Contudo se o veículo houvesse acabado de passar por uma vistoria e tivesse sido liberado pelo agente competente, porque apto a trafegar, em caso de acidente, essa omissão seria reputada como específica (GABURRI; DUARTE, 2011, p. 189).

Prevalece, no entanto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a natureza da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva é, em princípio, subjetiva.

8 CONCLUSÃO

Após a análise do tema, far-se-á as seguintes considerações:

- a) A evolução da responsabilidade civil do Estado parte da sua total irresponsabilidade, passa pela responsabilidade subjetiva, evolui para a teoria da culpa anônima e por fim desemboca na teoria do risco;
- b) A doutrina e a jurisprudência majoritárias defendem a teoria subjetiva para a responsabilidade civil do Estado nos casos em que esse foi omissor;
- c) Atualmente, se admite a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, quando se trata de omissão especial ou qualificada, vez que inexistente fundamento jurídico para defender a responsabilidade subjetiva do Estado nesses casos de omissão;
- d) Portanto, ao aplicarmos o Código Civil de 2002 nos casos de responsabilidade civil do Estado, nos casos de condutas comissiva ou omissivas (especial ou qualificada), a única teoria de responsabilidade civil cabível é a objetiva.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: teoria geral das obrigações. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Código Civil (1916). **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Legislação Histórica. **Constituições Anteriores**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: ESTUPRO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALHA DE SERVIÇO. (RE 409.203-4 RS, Relator: Min. Carlos Velloso. Data de Julgamento: 07/03/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20/04/2007 PP-00102). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439294>>. Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO. NÃO COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL. RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF). RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE-AgR 481.110 PE. STF - 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 06/02/2007, Diário da Justiça: 09/03/2007). Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409350>>.
Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. EMENTA: ADMINISTRATIVO – QUEDA DE GALHO DE ÁRVORE SOBRE VEÍCULO – FUNDAÇÃO DE PARQUES E JARDINS – DECRETO MUNICIPAL N. 9.016/89 – RESPONSABILIDADE CONFIGURADA – HONORÁRIOS NÃO EXCESSIVOS. (AgRg-REsp 1090353/RJ 2008/0205215-5. Relator: Min. Humberto Martin. Data de Julgamento: 03/03/2009, T2 - Segunda Turma. Data de Publicação: DJe: 02/04/2009). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=861054&sReg=200802052155&sData=20090402&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. EMENTA: ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO. (Resp 602.102/RS 2003/0192193-2. Relator: Min. Eliana Calmon. Data de Julgamento: 06/04/2004, T2 - Segunda Turma. Data de Publicação: DJ 21/02/2005). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=465872&sReg=200301921932&sData=20050221&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FORÇA MAIOR. A FORÇA MAIOR EXCLUI A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, QUANDO DESCARACTERIZA O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO DANOSO E O SERVIÇO PÚBLICO; NÃO SE QUALIFICA COMO TAL A TENTATIVA DE ROUBO DE VEÍCULO APREENDIDO POR TRAFEGAR SEM LICENÇA, QUE SE ENCONTRAVA SOB A GUARDA DE REPARTIÇÃO PÚBLICA, PORQUE NESSE CASO O ESTADO DEVE ESTAR PREPARADO PARA ENFRENTAR A PEQUENA CRIMINALIDADE. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS NO VEÍCULO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (Resp 135.259 SP 1997/0039492-1, Relator: Min. Ari Pargendler. Data de Julgamento: 05/02/1998, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 02/03/1998). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700394921&dt_publicacao=02-03-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. EMENTA: DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES. (Resp 439.408/Sp 2002/0071492-6. Relator: Min. José Delgado. Data De Julgamento: 05/09/2002, T1 - Primeira Turma, Data De Publicação: Dj 21/10/2002). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=370973&sReg=200200714926&sData=20021021&formato=PDF>. Acesso em 15 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE VEÍCULO. BURACO NA ESTRADA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. (Resp 958.466 RS 2007/0129792-0, Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 23/09/2008, T1 - Primeira Turma. Data de Publicação: DJe 15/10/2008). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=821858&sReg=200701297920&sData=20081015&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. EMENTA: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. EPIDEMIA DE DENGUE. DANO COLETIVO E ABSTRATO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO. SERVIÇO DEFICIENTE NÃO-CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. (Resp 703.471 RN 2004/0162624-3. Relator: Min. João Otávio De Noronha. Data De Julgamento: 25/10/2005, T2 - Segunda Turma. Data De Publicação: Dj 21/11/2005). Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=588051&sReg=200401626243&sData=20051121&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2011.

CAHALI, Youssef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, RAQUEL MELO URBANO DE. **Curso de Direito Administrativo**. 2. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GABURRI, Fernando. **Responsabilidade Civil nas Atividades Perigosas Lícitas**. Curitiba: Juruá, 2011.

GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano. **A Fazenda Pública à luz da atual Jurisprudência dos Tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. **Responsabilidade do Estado por Ineficiência na Prestação de Serviços de Saúde Pública**. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. v. 12, n. 1, p. 101-128, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/viewFile/2869/2128>>. Acesso em: 08 out. 2011.

MEIRELLES, HELY LOPES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____, HELY LOPES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de acordo com a Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO. DESABAMENTO DE PAVILHÃO EM VENTANIA. DEFEITO DE CONSTRUÇÃO. PARAPLEGIA. POSICIONAMENTO. DANO MORAL. (Apelação e reexame necessário n. 70003109642, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Data do Julgamento: 28-12-2001). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 15 set. 2011.