

RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS OMISSIVOS: UMA ANÁLISE TEÓRICA E JURISPRUDENCIAL SOB O PRISMA DO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Maria Clara Damião de Negreiros¹

Ronaldo Alencar dos Santos²

RESUMO

O presente trabalho tem, portanto, como intuito fundamental analisar teoricamente o tema da responsabilidade estatal bem como suas repercussões na esfera civil e administrativa. Trata-se de uma pesquisa teórica de cunho descritivo, baseada em fontes bibliográficas e jurisprudenciais. O trabalho foi construído a partir do método dialético, cuja confrontação de idéias na elucidação da questão é buscada essencialmente.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado, Omissão, Dano Causado

ABSTRACT

The present work has, therefore, the intention to analyze theoretically the fundamental issue of state responsibility as well as its impact on civil and administrative sphere. It is a theoretical research of a descriptive nature, based on literature sources and jurisprudence. The work was built from the dialectical method, whose confrontation of ideas in the elucidation of the matter is sought essentially.

Keywords: Liability of the State, Failure, Damage

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: mcnegreiros@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN E-mail: ronaldo_alencar@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O envolvimento do Estado em danos aos particulares constitui um dos temas limítrofes dentro do Direito, o que constitui uma fonte de inúmeros equívocos por parte dos que atuam na prática judicial. A sua expressão na esfera civil e administrativa é bem delimitados pela doutrina, todavia os próprios doutrinadores têm enfrentado controvérsias na sua aplicação.

A Constituição Federal Brasileira é a lei suprema no ordenamento pátrio, que normatiza os direitos e deveres da sociedade como um todo. Dois anos após a independência do Brasil foi outorgada a primeira Constituição, a Constituição Política de Império do Brasil.

Após várias edições da Constituição, foi só com o advento da Constituição Federal de 1946 que o tema “Responsabilidade Civil Objetiva” foi regulamentado.

O tema que neste artigo será abordado é a responsabilidade civil do Estado, mais especificamente a responsabilidade civil por omissão estatal, dando ênfase aos acidentes automobilísticos causados por omissão do poder público na manutenção de suas vias.

A omissão ocorre à medida que o Estado causa danos a terceiros usuários ou não do serviço público, quando este não funciona, foi prEstado tardiamente ou então de maneira insatisfatória, ou seja, não cumpre com os seus deveres de forma efetiva agindo em uma das modalidades de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Nos casos de responsabilidade civil do Estado, esta pode ser objetiva, na qual está presente o fato, o dano e o nexo causal, ou na subjetiva, onde é necessária a culpa; nestes casos caberá ação de indenização visto que a todo dano causado deve haver um ressarcimento proporcional.

A responsabilidade estatal se dá por atos comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos de seus agentes, que cause dano a terceiro, como regulamenta o art. 37, CF /88. No caso da Responsabilidade Civil, o Estado deverá ser responsabilizado de que forma em relação aos seus atos comissivos ou omissivos? O particular poderá ingressar ação diretamente contra o agente causador do dano? Qual relação entre a responsabilidade civil, penal e administrativa em relação à punição e condenação do agente causador do dano? Estas questões serão respondidas adiante, bem como serão abordados os tipos de responsabilidade, a responsabilidade objetiva e a subjetiva, com o objetivo de diferenciá-las, conceituando-as e definindo o tipo de responsabilidade correta a ser aplicada em cada caso.

Para se chegar ao entendimento atual sobre responsabilidade um longo percurso foi percorrido, o qual começou com influência do monarca, neste período, chamado de

“irresponsabilidade”, o Estado não era responsável por nenhum ato. Sustentado pela máxima americana, “The king can do no wrong”, (i.e. o rei não erra jamais). Logo em seguida veio a responsabilidade com culpa. Nesta era muito difícil a comprovação de responsabilidade, uma vez que ao particular era muito difícil provar que houve um ato de gestão, o qual o Estado era responsabilizado, pois se ato fosse de império não haveria responsabilidade.

A doutrina majoritária brasileira, atualmente, defende que a regra é a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos causados por seus agentes a terceiros. Nos casos dos atos omissivos, a regra é a responsabilidade subjetiva, ou seja, com a comprovação de culpa.

Este tema se revela cada vez mais importante uma vez que a população está mais consciente de seus direitos e efetivamente buscando-os através das vias legais.

A RESPONSABILIDADE ESTATAL

Conceito de responsabilidade civil do Estado

Ao abordar a responsabilidade civil do Estado, utiliza-se o conceito de CARVALHO FILHO no qual a “responsabilidade civil é a sujeição patrimonial do ofensor (no caso o Estado), em virtude de um dano causado ao patrimônio jurídico de outrem” (p. 593. 2009). De acordo com o entendimento de BANDEIRA DE MELO (2009) a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, também conhecida como responsabilidade aquiliana, é a obrigação que incumbe ao Estado reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que a eles sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

O CC/88 em seu art. 186 dita que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Isto posto, ao analisar a responsabilidade do Estado devemos observar com especial atenção o artigo 37, par 6º da CF.

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

Para que exista, portanto, a responsabilidade civil, três pressupostos são necessários: o fato, o dano e o nexo causal.

A conduta do Estado infringe responsabilidade quando este age de forma a prejudicar o particular, em forma de um comportamento unilateral, constituindo o fato administrativo, sendo este lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, mesmo não havendo dolo ou culpa.

De acordo com GASPARINI (2007, p. 58),

Os atos jurídicos, também chamados de fatos administrativos, não se preordenam à produção de qualquer efeito jurídico. Não expressam uma manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da Administração Pública sobre dada situação. Trazem mero trabalho ou operação técnica dos agentes públicos.

Portanto, só haverá a responsabilidade civil do Estado sobre um fato, caso o mesmo provoque dano a terceiro, o qual poderá ser material ou moral. O dano moral é constituído quando o particular sofre prejuízo ao seu direito primordial assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 1º inciso III: a dignidade da pessoa humana. Todo dano que é causado de forma não patrimonial, mas sim ao indivíduo, seja em seu âmbito pessoal, particular, íntimo ou espiritual, causando-lhe dor, angústia, aflição ou infelicidade.

No dizer de Zannoni, citado por Carlos ROBERTO GONÇALVES (p.549, 2010) em sua obra intitulada Responsabilidade Civil:

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial, esteja este contido nos direitos da personalidade ou nos atributos da pessoa. O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de um bem jurídico patrimonial, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial da vítima. Deriva, portanto, de fato lesivo a um interesse patrimonial.

O dano material, por sua própria denominação, implica evidentemente em um dano físico ou patrimonial, ou seja, em um prejuízo econômico ou economicamente mensurável, incluindo os lucros cessantes envolvidos. Como leciona STOLZE GAGLIANO (p. 35, 2009): “O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis ao seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo.” O mesmo autor cita também que dois aspectos ainda devem ser analisados; o dano emergente, que é o que a vítima efetivamente perdeu. E o lucro cessante, que corresponde ao que a vítima deixou de lucrar em razão do dano.

Igualmente, o nexo causal é fundamental para que haja a responsabilidade e, além desta, o dever de indenizar, uma vez que a sanção cabível no caso de responsabilidade civil é a indenização, esta sendo mais bem explicada nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho: “Tendo ocorrido o fato ensejador da responsabilidade civil e perpetrado o dano ao lesado, tem este, contra o responsável, direito à reparação dos prejuízos ou, em outras palavras, faz jus à devida indenização”.

A responsabilidade do Estado, como já mencionado, não se restringe aos contratos celebrados, mas também tem caráter extracontratual, no qual as atividades estatais derivam de fatos sem qualquer contratação pactual.

E é a responsabilidade de caráter extracontratual a qual será tratada neste artigo.

Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado.

A primeira teoria acerca da responsabilidade civil do Estado foi a teoria da irresponsabilidade do Estado, na qual o Estado não era responsabilizado de forma alguma pelos atos de seus agentes, independente das circunstâncias.

Esta idéia do Estado intocável foi originada como consequência da irresponsabilidade do monarca, o qual detinha a soberania absoluta. Tal fato ficou conhecido pela máxima americana “the king can do no wrong” (i.e. “o rei não erra nunca”). Esta teoria perdurou por muitos anos e foi substituída logo em seguida pela teoria da Responsabilidade com culpa.

A teoria da responsabilidade com culpa diferenciava os atos de império, os quais derivam do poder soberano do Estado, dos atos de gestão, os quais mais se assemelham com os atos do direito privado. Nas palavras de DI PIETRO (p 357, 2008):

Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.

Esta teoria não durou muito tempo, pela dificuldade de caracterizar se o ato era de império ou de gestão. Como cita CARVALHO FILHO em sua obra:

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de PAUL DUEZ, 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 anônima ou falta do serviço. (p.596, 2009)

Nestes termos, a falta do serviço poderia ser de três formas: pela inexistência do serviço, pelo mau funcionamento ou pelo retardamento do serviço. Cabendo ao lesado o ônus de provar o nexo causal, ou seja, que o fato danoso se deu pela falta do serviço, cabendo também ao lesado provar a culpa estatal. Em seguida, surgiu a teoria da responsabilidade objetiva, a qual foi adotada pela Constituição Brasileira desde 1946.

Para que reste caracterizada a responsabilidade objetiva, que é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário a verificação de três elementos, a conduta, o dano e o nexo causal, nesta responsabilidade não há necessidade da comprovação de culpa. A responsabilidade objetiva poderá se dar por uma conduta legal ou ilegal do Estado. Devendo ser observados os princípios da isonomia e o da legalidade em relação às condutas lícitas e ilícitas do Estado.

Dentro desta responsabilidade existe a teoria do risco administrativo, que é a adotada, em regra, pelo ordenamento jurídico pátrio. E a teoria do risco integral, que é adotada em casos especiais. Aquela será abordada em seguida, no momento oportuno.

Na teoria do risco integral, o Estado será responsabilizado integralmente e deverá indenizar o lesado. Aqui, basta que fique provado o evento danoso e o nexo causal para que haja a obrigação de indenizar; indiferente será se o fato se deu por culpa exclusiva da vítima, ou culpa concorrente desta para com a Administração. Tratam-se de casos excepcionais, pois esta não é a teoria adotada, em regra, no ordenamento pátrio. Vale citar que nos casos de dano nuclear, o Estado será responsabilizado integralmente pelos danos sofridos pelos particulares, acerca do tema a Constituição Federal em seu artigo 21, XXIII, “d”, assegura que é de responsabilidade civil da União “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”, este inciso foi incluído pela Emenda Constitucional número 49, de 2006.

De acordo está o Código Civil de 2002, em seu artigo 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O Estado também responderá integralmente nos casos em que detenha custódia, tanto de coisas, quanto de pessoas. E nos casos de danos ambientais, os quais geram risco integral por conduta comissiva do Estado.

Há ainda a responsabilidade que advém das condutas omissivas do Estado, estas são classificadas como a responsabilidade subjetiva. É esta a responsabilidade que será analisada mais aprofundo neste artigo. No que tange à responsabilidade subjetiva do Estado, é válida a conceituação de FERNANDA MARINELA (p.876 , 2010):

Para mais uma vez proteger a vítima, facilitando o conjunto probatório, a evolução abre espaço para que a responsabilidade passe da subjetiva na culpa do agente para a subjetiva na culpa do serviço. Nesse caso, a vítima não precisará apontar o agente, basta a demonstração de que o serviço não foi prEstado quando deveria ter sido, ou foi prEstado de forma ineficiente ou foi mal feito ou a prestação ocorreu com atraso quando deveria funcionar a tempo, o que se denomina falta do serviço, ou para os franceses a “faute du service”, também conhecida por culpa anônima.

Diante o exposto, fica claro o processo de evolução da responsabilidade civil do Estado, sempre no intuito de proteger o particular. No Brasil, atualmente a regra é a responsabilidade objetiva do Estado, porém em situações particulares a responsabilidade poderá ser subjetiva. Como ensina Carvalho Filho em seu manual de direito administrativo (2009. pág 614) “o Estado se sujeita à responsabilidade objetiva, mas, quando se tratar de conduta omissiva, estará ele na posição comum de todos, vale dizer, sua responsabilidade se dará por culpa”. Assim, com a evolução das teorias o lesado passou a ter mais benefícios e ficou mais fácil para ele conseguir a devida indenização perante o Estado, em virtude também da sua hipossuficiência.

Na teoria da culpa administrativa só haverá o dever de indenizar, caso esteja provada a falta do serviço.

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade objetiva do Estado

De acordo com o Código Civil Brasileiro (CC/02), a responsabilidade civil implica na “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Art 927, Parágrafo único.

No caso da Administração Pública, a responsabilidade civil do Estado é estendida aos seus agentes, sendo o Estado responsável pelos atos causados por estes a terceiros.

A Constituição Federal assegura:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

A caracterização de responsabilidade pelo Estado dispensa a identificação do agente, bem como a culpa também é dispensada, sendo bastante que se constituam os elementos de fato, dano e nexo causal, anteriormente explicados. Como fundamento para essa responsabilidade existe a teoria do risco administrativo.

O Estado é pessoa jurídica de direito público interno, política e economicamente mais poderoso que o particular. O particular, apesar das normas protetivas, estará, em regra, em posição de hipossuficiência em relação ao Estado. E nas palavras de Carvalho Filho (p 596. 2009) “Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se desempenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos”.

Na teoria do risco administrativo o Estado não será responsabilizado de forma indiscriminada, caberá a análise da participação do lesado no dano. Caso o lesado não tenha colaborado de forma nenhuma para tal, a responsabilidade será integral do Estado. No caso de o lesado ter tido participação parcial, o Estado ficará obrigado a indenizar apenas nos limites da sua responsabilidade no dano. Neste caso, o Estado deverá ser responsabilizado parcialmente pois o particular terá concorrido para que aconteça o fato administrativo.

CAIO MÁRIO (p. 132, 2006) também nos lembra que

A teoria do risco administrativo, foi imaginada originariamente por Leon Duguit, sobre a idéia de um seguro social suportado pela caixa coletiva, em proveito de quem sofre um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público (..) ". Segundo o professor com o advento da teoria do risco administrativo o que se tem que verificar a existência de um dano, sofrido em consequência do funcionamento do serviço público. No se cogita da culpa do agente, ou da culpa do próprio serviço; no se indaga se houve um mau funcionamento da atividade administrativa. Proclama-se em verdade a

presunção *iuris et de iure* de culpa. (Pereira, Caio Mário da Silva. obra citada. p.132)

No entanto, existem casos em que o Estado não é responsabilizado nem parcial, nem em totalidade, são os casos em que há culpa exclusiva da vítima; caso fortuito e/ou força maior, em que acontecimentos inevitáveis excluem a responsabilidade civil do Estado. A culpa exclusiva da vítima se dá quando, como o nome já diz, a culpa é somente da vítima, excluindo desta forma o nexo causal, entre o fato e o dano, o qual é condição essencial para tal caracterização. Estas hipóteses estão dentro desta mesma teoria. E quem melhor explica a culpa exclusiva da vítima como causa excludente de responsabilidade do Estado é BANDEIRA DE MELO (2009, p. 1014): “(...) Deveras, o que se haverá demonstrado, nesta hipótese, é que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o nexo causal.”

O mesmo autor, explica com maestria a hipótese em que o Estado e o particular serão responsáveis pelo dano, assim, limitando o valor da indenização à conduta do Estado. BANDEIRA DE MELO (2009, p. 1014), diz:

Pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipóteses haverá em que o evento lesivo seja fruto de ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do resultado danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente de responsabilidade estatal. Haverá sim atenuação do quantum indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para produção do evento.

A responsabilidade subjetiva do Estado

A responsabilidade objetiva do Estado é a regra no ordenamento jurídico brasileiro e portanto dispensa a comprovação da culpa, o que gera um maior benefício ao lesado. Tal responsabilidade é facilmente identificada e classificada de acordo com as normas e leis vigentes no Código Civil.

Por outro lado, a responsabilidade subjetiva implica em análise e identificação dos elementos que constituem o fato administrativo para chegar a conclusão de que houve dolo ou culpa.

Esta responsabilidade, em regra, acontece por omissão do Estado; admitindo-se aqui a culpa anônima ou culpa do serviço, que se contenta com a comprovação de que o serviço não foi prestado, ou foi prestado de forma ineficiente ou atrasada (CARVALHO FILHO, 2009). Na responsabilidade por omissão há que se observar o princípio da reserva do

possível, ou seja, deverá ser observado o padrão normal do serviço público e não o padrão ideal. O serviço deverá atender as condições essenciais à dignidade da pessoa humana, como dito no artigo 5º da CF, Respeitando, porém, os limites econômicos, estruturais e tecnológicos do país. Se o serviço for prestado nestas condições, e mesmo assim ocorrer o dano, está descaracterizada a responsabilidade do Estado, uma vez que este fez o que deveria ser feito. Entretanto, se o serviço for prestado aquém do esperado, está aí caracterizada a responsabilidade civil estatal por omissão, uma vez que deixou de fazer o que deveria ter sido feito.

A culpa no Código Penal em seu artigo 18 é dividida em imprudência, negligência e imperícia, assim, quando o Estado age com imprudência, negligência ou imperícia está caracterizada sua culpa, ou seja, responsabilidade subjetiva.

A imprudência, nas palavras de SOUZA NUCCI (2008, p. 226):

...é a forma ativa de culpa, significando um comportamento sem cautela realizado com precipitação ou insensatez”. Enquanto a negligência, nas palavras do mesmo autor, “é a forma passiva de culpa, ou seja, assumir uma atitude passiva, inerte material e psiquicamente, por descuido ou desatentação, justamente quando o dever de cuidado objetivo determina de modo contrário.

A imperícia se caracteriza como a negligência no campo técnico, é a falta de qualificação para exercer determinada função. É quando uma pessoa que não detém habilidades especiais desenvolve atividade na qual necessita desta habilidade.

DO DANO CAUSADO

Para que exista a responsabilidade civil deverá haver um dano ou um prejuízo à terceiro, o qual, pelas vias judiciais, irá buscar o ressarcimento pelos danos sofridos. O dano será, em regra, indenizável, para que o lesado possa voltar ao Estado *statu quo ante*. Ou no caso da impossibilidade de que isto ocorra, deverá ser fixado um valor pecuniário a título de indenização. Tal valor deverá buscar a compensar os danos sofridos.

CAVALIERI FILHO (2009, p. 70-71) evidencia a 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.

O dano material é aquele que se refere ao patrimônio da pessoa, como dita Pablo Stolze Gagliano (novo curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil, pág 40) “O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo.” Ou seja, o dano material será calculado em valor pecuniário, para desta forma haver o ressarcimento.

Na esfera do dano moral não há como calcular o valor financeiro do dano, vez que, dano não traz prejuízos ao patrimônio da vítima, traz prejuízos ao seu interior, a sua intimidade e bem estar. O dano moral não trata de bens de valores econômicos, mas sim de bens de valores pessoais, morais,

O Ministro Oscar Correa, em acórdão do STF (RTJ 108/287), ao falar sobre dano moral, bem salientou que

Não se trata de pecúnia doloris, ou pretium doloris, que se não pode avaliar e pagar; mas satisfação de ordem moral, que não ressarce prejuízo e danos e abalos e tribulações irreversíveis, mas representa a consagração e o reconhecimento pelo direito, do valor da importância desse bem, que é a consideração moral, que se deve proteger tanto quanto, senão mais do que os bens materiais e interesses que a lei protege.

Disso resulta que a toda injusta ofensa à moral deve existir a devida reparação, não sendo possível que a vítima volte ao *estau quo ante*, ou seja, o Estado anterior ao dano. Que a indenização seja em valor pecuniário suficiente à compensar o dano sofrido.

AÇÃO INDENIZATÓRIA

A ação indenizatória, de acordo com Maria Helena Diniz (Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º vol., 9ª ed., Saraiva), ao tratar do dano moral, ressalva que:

A reparação tem sua dupla função, a penal "constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando à diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa (integridade física, moral e intelectual) não poderá ser violado impunemente", e a função satisfatória ou compensatória, pois "como o dano

moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extra patrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.

A indenização não poderá ter fins de enriquecimento, mas sim de ressarcir os danos causados à vítima, no caso dos danos patrimoniais, será fácil a caracterização do valor devido na indenização. A questão se complica quando se trata de estabelecer um valor pecuniário para tentar compensar um dano moral. Para isso, a melhor solução é utilizar-se do binômio compensação à vítima e punição do ofensor, para tal é necessário que seja considerada as condições do causador do dano, bem como a gravidade da falta. Como no presente artigo, a responsabilidade tratada é a do Estado, é cediça sua condição econômica superior à da vítima, em regra. Neste caso, é necessário que a vítima seja compensada pelo dano sofrido, na forma de indenização.

Como dita CAVALIERI FILHO (1998, p. 80):

Ciente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

Nos casos de acidentes automobilísticos causados por omissão do Estado na preservação das estradas a responsabilidade será subjetiva do Estado, ou seja, deixou de preservar as estradas, não fez o que tinha obrigação de fazer. Devendo o Estado indenizar os lesados, nos limites dos danos sofridos, seja dano moral, ou patrimonial, ou ainda, ambos.

Imprescindível se faz ainda afastar a tese, fulminada à unanimidade pela doutrina e jurisprudência pátrias, acerca da suposta impossibilidade de cumulação de indenização por dano material e moral. Nesse sentido já se posicionou o Supre Tribunal de Justiça, através da Súmula 37 e os mais diversos tribunais pátrios: Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.

A respeito da matéria, a jurisprudência é pacífica, vejamos a 2ª Câmara de Direito Público do TJSC confirmou sentença da Comarca de Jaraguá do Sul no tocante ao assunto da presente demanda¹:

¹ Ainda do mesmo Tribunal: *EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. Buraco na via pública. Responsabilidade objetiva do Município reconhecida. Em decorrência da lesão sofrida pela vítima e diante da necessidade de tratamento, é de ser mantido o dano moral deferido. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70010085504, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 16/02/2005). EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS e morais. Queda em via de passeio público. Obras. Falta de sinalização. Responsabilidade objetiva do município.*

“A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas; a omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado”.

Em relação ao caso específico de acidente devido à chuva, vejamos²:

EMENTA: RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. MINORAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. O autor demonstrou satisfatoriamente o nexo causal entre a negligência do poder público e o evento danoso, o que torna exigível o dever de indenizar a família da vítima. O valor a ser arbitrado deverá atender à extensão da responsabilidade do réu e a participação do autor no evento danoso. Indenização minorada. Ainda que a indenização seja fixada em valor inferior ao postulado, a ação é procedente na íntegra, uma vez que o direito reclamado, qual seja, a indenização por danos morais, restou acolhido. Apelo dos autores improvido. Apelo do Estado provido em parte. (APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 70002452019, SEXTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA, JULGADO EM 30/10/2002).

Ademais, não podemos esquecer dos princípios basilares da vida humana: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (TJBA – AC 40297-5 – (2417) – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Paulo Furtado – J. 27.05.1998).

Denúnciação à lide e direito de regresso

Nos casos de ação de indenização tratados neste artigo, quando o agente é responsável pelo dano causado, não caberá a denúnciação à lide do agente público durante o processo. Tal entendimento já foi muito controverso, porém, atualmente, é entendido que não pode o particular ajuizar ação contra o agente estatal causador do dano.

²DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. Comprovado nos autos o dano suportado pelo autor e o liame causal entre este a conduta omissiva do réu, que não se preocupou em colocar placas de sinalização a fim de alertar os transeuntes quanto à existência de buracos, devido à obra, na via de passeio, descuido que deu azo à queda do autor, evidente o dever de indenizar. Responsabilidade objetiva fundamentada na teoria do risco administrativo. Inteligência do § 6º do art. 37 da CF. Condenação mantida.

O Estado não pode, neste momento, repassar a responsabilidade ou eximir-se de responder pelo dano. Terá o lesado que ajuizar ação contra o Estado, ou seja, contra a pessoa jurídica de direito público interno. O Estado terá que responder juridicamente sobre o dano causado, mesmo que sob forma de um de seus agentes e depois de finalizado o processo, é que poderá demandar o direito de regresso.

Este entendimento é o majoritário, corroborando para tal o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro defende que: “Em ação de indenização ajuizada em face de pessoa jurídica de Direito Público, não se admite a denunciação à lide ao seu agente ou a terceiro”. Caberá ao Estado após trânsito em julgado da sentença, o direito de regresso.

Tal direito é concluído nas palavras de CARVALHO FILHO (2009, p. 631) “Direito de regresso é assegurado ao Estado no sentido de dirigir sua pretensão indenizatória contra agente responsável pelo dano, quando tenha este agido com culpa ou dolo”. É assegurado ao Estado que possa ser ressarcido da responsabilidade do dano causado por seu agente, no entanto é fundamental que o lesado não seja ainda mais prejudicado no decorrer do processo, sendo finalizada a ação indenizatória contra o Estado e só então dar-se-á início à denúncia de lide.

O dano e a indenização

A renomada jurista, HELENA DINIZ, Maria (p. 250. 2009), ao tratar do dano moral, observa que a reparação tem uma dupla função: a penal na qual constitui uma sanção imposta ao ofensor e visa a diminuição do patrimônio deste, e a indenização paga ao ofendido, “visto que o bem jurídico da pessoa (integridade física, moral e intelectual) não poderá ser violado impunemente”, e a função satisfatória ou compensatória, pois:

Como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extra patrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenuie a ofensa causada. (HELENA DINIZ, Maria. P. 250. 2009)

Na prática deverá ser repetido o princípio da proporcionalidade, ou seja, a indenização deverá ser proporcional, equivalente ao dano sofrido pela vítima. Também deverão ser respeitados os princípios da equidade e o da razoabilidade. A natureza jurídica e o arbitramento do dano moral é tratada por MÁRIO DA SILVA (p.765. 2007)

Apagando do ressarcimento do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, como técnica de afastar ou abolir o prejuízo, o que há de preponderar é um jogo duplo de noções: a) De um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia; não se trata de imiscuir na reparação uma expressão meramente simbólica, e, por esta razão, a sua condenação não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério de aferição subjetivo; mas não vai aqui uma confusão entre responsabilidade penal e civil, que bem se diversificam; a punição do ofensor envolve uma sanção de natureza econômica, em benefício da vítima, à qual se sujeita o que causou dano moral a outrem por erro de conduta, b) De outro lado, proporciona à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é um *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta; mas reparar pode traduzir, num sentido mais amplo, a substituição por um equivalente, e este, que a quantia em dinheiro proporciona, representa-se pela possibilidade de obtenção de satisfações de toda a espécie, como dizem *Mazeud et Mazeud*, tanto materiais quanto intelectuais, e mesmo morais.

A independência das instâncias

Ao tratar de responsabilidade civil, é importante ressaltar o princípio da independência das instâncias, uma vez que a condenação na esfera administrativa não implica na condenação na esfera civil nem na penal. O causador do dano será responsabilizado independentemente em cada esfera, assim o agente poderá ter a punição na esfera administrativa e ser absolvido na esfera penal, por exemplo. Na esfera penal, as provas são produzidas com mais afinco, desta forma se o réu for absolvido nesta esfera por inexistência do fato ou ausência de autoria,

O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova de inexistência do fato; III – não constituir o fato infração penal ; IV– não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; não; V – existir circunstâncias que exclua o crime ou isente o réu de pena; VI – não existir prova suficiente para a condenação. (DI PIETRO, 2004, p. 523)

No caso de absolvição na esfera penal por falta de provas suficientes para a condenação, isto não implicará na condenação nas outras instâncias. Os únicos casos de exceção ao princípio da independência das instâncias são os dois casos supracitados, sejam eles: inexistência do fato: ou ausência de autoria.

A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS OMISSIVOS

Como já conceituado anteriormente, o ato omissivo se dá pela negligência, imprudência ou imperícia. Que são os tipos de culpa de acordo com o Código Penal. O Estado é omissor quando presta serviço a quem do esperado, ou não faz o que tem o dever legal de fazer. Segue a análise de casos Jurisprudenciais nos quais resta caracterizada a responsabilidade do Estado nos acidentes automobilísticos em decorrência de chuvas. Nestes casos, houve má conservação das rodovias, falta de saneamento, entre outros motivos, ou seja, o Estado não prestou o serviço de forma adequada. É o que mostra a jurisprudência do TJ do Rio de Janeiro:

Responsabilidade civil do Estado – má execução dos serviços públicos – risco administrativo – dano e nexo de causalidade. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa (comissiva ou omissiva); c) do nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa. O Município tem, por obrigação, manter em condições de regular uso e sem oferecer riscos, as vias públicas e logradouros abertos à comunidade (TJ – RJ – Ap. 7613/94 – 6ª C.Civ. – Rel. Dês. Pedro Ligiério – apud COAD 75286).

TJSP - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Indenização - Prejuízos causados em razão de fortes chuvas, a veículo estacionado em via pública - Fato da natureza conexo a ação ou omissão administrativa, consistente na falha de construção dos escoadouros de água na área inundada - Nexo de causalidade caracterizado - Verba devida ao administrado pela Municipalidade.

E ainda,

EMENTA Acidente de trânsito. Danos material e moral. Responsabilidade civil. Reparação. Há responsabilidade objetiva do município que, ao realizar obra pública de risco, deixa de adotar as medidas necessárias à prevenção de acidentes que resultem danos à integridade física das pessoas. 02.001634-4 Apelação Cível; Origem : 001990047467 Porto Velho/RO (2ª Vara da Fazenda Pública)

O mestre BANDEIRA DE MELLO (p.624, 2009) consigna, entretanto, que

Tratando-se de omissão do Estado, não há como aplicar-se a responsabilidade objetiva. Ora, se a causa do dano foi a inação do Estado, devemos, primeiramente, provar que a ele incumbia o dever de agir, porque se não devia agir, não pode ser responsabilizado. Ora, se há necessidade de provar que o Estado devia agir e não agiu, então, de se concluir que há necessidade de provar que foi negligente, o que caracteriza a culpa, ou teve uma atitude intencionalmente voltada a permitir que o dano se produzisse, o que caracteriza o dolo. Culpa e dolo são, justamente, modalidades de responsabilidade subjetiva. (Mello, Celso Antônio Bandeira de. obra citada, p. 624)

Na concepção de FERREIRA DE FARIA (p. 525, 2001):

O comportamento pode ser comissivo ou omissivo. Por omissão, o Poder Público responde pela responsabilidade objetiva ou pela culpa subjetiva, dependendo da situação concreta. Será caso de responsabilidade objetiva por omissão quando o Estado, ou quem lhe faça às vezes, deixar de agir quando tinha o dever legal de atuar comissivamente, mas se absteve, deliberadamente ou não, de praticar o ato que lhe competia. A culpa será subjetiva quando, embora o Estado não tivesse o dever legal de agir, objetivamente previsto, devesse, ante a situação concreta, adotar providências visando evitar conseqüências danosas ao administrado".

A responsabilidade de manutenção das estradas

É dever do poder público conservar as vias públicas, e responderá pelos danos causados à terceiros em razão da má prestação do serviço. É o que mostra o relato do Juiz Mauro Fonseca infratranscrito:

Curitiba, 7 de dezembro de 1993 – Ivan Bortoleto, presidente e relator. (ApCv e RNec 60.817-3, PJ 44/232).

Responsabilidade civil do poder público – buraco na rua – acidente – Inocorrência. Sendo incumbência das prefeituras conservar as vias públicas, respondem elas, em princípio, pelos prejuízos que terceiros tiverem em razão da inobservância desse dever. Todavia, não se pode responsabilizar a edilidade quando a culpa do acidente se deve a motorista desatento e imperito que não é capaz de desviar de uma pequena depressão na via pública. (TA Civ.-RJ – Ac. unân. da 1ª Câmara. reg. Em 16/06/03 – Ap. 4.468 – Rel. Juiz Mauro Fonseca Pinto Nogueira – Município de Barra Mansa vs. José Garcia da Silva).

Acerca do tema, leciona Cahali:

A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas. A omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado (CAHALI, 2007 p. 230)."

Ficou constatado que a responsabilidade civil será do Estado nos casos da falta do serviço na manutenção de suas estradas, é na modalidade subjetiva, de acordo com a doutrina majoritária. Como é responsabilizado civilmente, ao Estado cabe indenizar as

vítimas, em concordância com o princípio da proporcionalidade entre o dano sofrido e a indenização devida.

CONCLUSÃO

Após estudo do tema chega-se a conclusão de que a evolução da responsabilidade civil do Estado teve início na sua total irresponsabilidade, logo em seguida, veio a responsabilidade subjetiva, esta evoluiu para a teoria da culpa anônima e por fim chega-se na teoria do risco administrativo.

Após grande divergência na doutrina e jurisprudência, atualmente, as posições majoritárias defendem a teoria subjetiva para a responsabilidade civil do Estado nos casos em que esse foi omissivo, e a teoria da responsabilidade objetiva do Estado quando se trata de atos comissivos. Portanto, é aplicado o Código Civil de 2002 nos casos de responsabilidade civil do Estado. Nos casos de condutas comissivas ou omissivas (especial ou qualificada), a única teoria de responsabilidade civil cabível é a objetiva. Aplica-se também o artigo 37 da Constituição Federal, supracitado.

Ao particular não cabe a escolha de processar diretamente o agente causador do dano, a ação deverá ser proposta contra o Estado e a este não será possível a denúncia à lide do agente causador do dano. Caberá ao Estado, após trânsito em julgado da sentença, a ação de regresso contra o agente causador do dano.

O Estado é responsável pelos atos de seus agentes, assim, é responsável pelo dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORALES ARÊAS, Paulo André. **Responsabilidade Civil Do Estado Por Omissão**. Disponível em: <http://www.fdc.br/Artigos/..%5CArquivos%5CArtigos%5C23%5CRespCivilEstado.pdf>. Acessado em: 05/09/2011

DONIZETI GANDINI, João Agnaldo. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4365/a-responsabilidade-civil-do-Estado-por-conduta-omissiva>. Acessado em: 07/10/2011

<http://jus.com.br/revista/texto/10915/a-responsabilidade-civil-do-Estado-na-visao-do-stf-e-do-stj>

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Manual de Direito Administrativo**. Ed.9. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NUCCI, Guilherme de. **Manual de Direito Administrativo**. Ed. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2. Ed. São paulo: malheiros, 1998, p. 80):

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

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil**; vol. 5; 16ªed., ver. Atual. De acordo com o Código Civil de 2002 por Tânia da Silva Pereira; Rio de Janeiro; 2006

FARIA, Edimur Ferreira. **Curso de Direito Administrativo positivo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 525)

TJ – RJ – Ap. 7613/94 – 6ª C.Civ. – Rel. Dês. Pedro Ligiério – apud COAD 75286

TA Civ.-RJ – Ac. unân. da 1ª Câm. reg. Em 16/06/03 – Ap. 4.468 – Rel. Juiz Mauro Fonseca Pinto Nogueira – Município de Barra Mansa vs. José Garcia da Silva.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.