

OMISSÃO ESTATAL COMO ENSEJADORA DO DEVER DE INDENIZAR

Larissa Danielle de Andrade Santos¹

Ana Mônica Medeiros Ferreira²

RESUMO

Este trabalho procurou, abordando uma análise histórica da aplicabilidade das diversas Teorias da Responsabilidade Extracontratual, expor o posicionamento doutrinário e jurisprudencial atual, através da utilização do método dialético, sobre qual a teoria da responsabilidade do Estado adotada quando este, tendo o dever de agir não o faz, o faz fora dos padrões exigidos ou o faz fora do lapso temporal requerido. Para isto, destacou-se a exigência dos requisitos como: omissão do ente público; o dano e o nexo causal entre eles. Salientou-se ainda, na busca da melhor compreensão do tema, a importância dos princípios da solidariedade social, vulnerabilidade e o da proteção, tudo como forma de se chegar a conclusão sobre a teoria da responsabilidade aplicada quando o ente público tendo o dever de agir permanece em estado de inação.

Palavras Chaves: Responsabilidade Extracontratual do Estado por Omissão. Requisitos ensejadores. Solidariedade social.

ABSTRACT

This work sought, addressing a historical analysis of the applicability of the various theories of tort liability, exposing the current doctrinal and jurisprudential position, through the use of the dialectical method, on which the theory of State responsibility adopted when, having the duty to act not does, does outside the required standards or do outside of the required time span. For this, the highlight was the requirement of the requirements as omission of the public entity; the damage and the causal link between them. Also covered in the pursuit of better understanding of the topic, the importance of the principles of social solidarity, vulnerability and protection, all as a way of reaching conclusion on the theory of liability applied when the public entity has a duty to act remains in a state of inaction.

Keywords: Extracontractual State Responsibility Default. Ensejadores requirements. Social solidarity.

¹Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: lara91_6@hotmail.com. Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte.

²Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: anamonicamf@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea o Estado desempenha intenso papel na vida social, tudo com o principal intuito de alcançar o interesse público. Muito embora se busque atingir dito interesse, a ele é imposta a obrigação de não apenas proteger os bens juridicamente tutelados, mas também a de atuar no sentido de não lesioná-los.

Diante de tal contexto fático, tornam-se cada vez maiores as chances das pessoas jurídica de direito público ou daqueles que, embora particulares, exerçam atividades essencialmente públicas, violarem a esfera jurídica dos particulares, ante a sua forte atuação.

Em virtude da constante presença do tema Responsabilidade Extracontratual do Estado na vida de cada um dos que compõem o corpo social, fora elaborado este trabalho com a finalidade de se encontrar a teoria da responsabilidade extracontratual do Estado quando este tendo o dever de agir não o faz.

Como ponto de partida, abordou-se a evolução histórica da teoria da responsabilidade estatal, passando-se pelo período de total irresponsabilidade do ente público até chegar aos dias atuais, onde impera como regra, desde a Carta Magna de 1946, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Enxergando o direito como um emaranhado de teias conexas, da qual faz parte não somente a lei, mas também os princípios, tentou-se expor no presente trabalho, não somente a parte histórica, mas também as funções da responsabilidade civil do ente público e a base principiológica adotada.

No transcorrer do artigo, procurou-se, adotando-se uma visão dialética sobre o assunto, trazer as diversas considerações e divergências doutrinárias, expondo de forma constante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Como estratégia de pesquisa utilizado fora adotada revisão de conjunto doutrinário, jurisprudencial e com relação as legislações vigentes e que vigeram sobre o tema. Diante das consultas realizadas ao sítio do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, percebeu-se a forte e incessante divergência do tema em tela quando se trata de se responsabilizar o Estado por omissão, ou seja, pelas inércia, quando se lhe impunha o dever de agir.

Entende-se como inércia, conforme consolidado na doutrina nacional, a não prestação do serviço, seu desempenho de forma que não se atendem aos padrões exigidos, ou sua prestação fora do lapso temporal estabelecido.

Para o atingimento da finalidade básica deste trabalho, faz-se necessário que o leitor concentre seus esforços no tratamento histórico e principiológico dispensado ao tema, assim como na delimitação dos requisitos indispensáveis para que seja imposto ao Estado o dever de reparar o dano.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo da responsabilidade civil estatal centra-se na obrigação do estado de indenizar aquele que sofreu um dano causado por agentes estatais no exercício de sua função ou sob a alegação de que a estavam desempenhando. Pressupõe, portanto, a existência de dois institutos: um fato capaz de gerar a situação jurídica de responsabilização e um agente que possua aptidão jurídica para responder pelo fato danoso. Entretanto, muito embora o tema pareça ser simples, ao se adentrar nos seus pormenores, é possível perceber que possui inumeráveis pontos controvertidos.

Pontos controvertidos que já aparecem na forma de se intitular o assunto. Para a doutrinadora Irene Patrícia Nohara (2011, p.735), mostra-se mais correto denominar o tema de Responsabilidade Extracontratual do Estado, tendo em vista que somente os entes dotados de personalidade jurídica possuem direitos e obrigações, e, portanto, têm aptidão para responder por seus atos, sejam eles comissivos ou omissivos.

Argumenta a autora (2011, p.736):

“Apesar de ser corrente o uso do termo *responsabilidade civil do Estado*, o principal alicerce da responsabilização civil é a culpa. Já a responsabilidade **pública**, conforme será analisado pelo histórico de responsabilização, se ampara na responsabilização independente de culpa(**objetiva** ou com fundamento no **risco**) do Estado, sendo ela subjetiva apenas da perspectiva do agente público que pratica ato lesivo no exercício de suas funções”.

Posicionamento diverso adota Hely Lopes Meirelles (2014, p.37), que prefere denominar o assunto de responsabilidade civil da Administração Pública, pois entende que os

atos que geram o dever de indenizar do Estado ocorrem quando do exercício de atividades administrativas, e não dos atos políticos, pelo menos de forma inicial.

2. UM OLHAR SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A teoria da responsabilidade extracontratual do Estado não nasceu da forma em que é concebida nos dias de hoje. Para que se pudesse chegar à evolução atual, foi preciso que se passasse por diversas fases, são elas: a da total irresponsabilidade, da responsabilidade subjetiva e, finalmente, da responsabilidade objetiva.

Em sendo assim, torna-se necessário o aprofundamento dos diversos institutos que deram impulso a transformação da responsabilidade do Estado, tudo como forma de auxiliar a perfeita compreensão do tema.

2.1. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE ESTATAL: “THE KING CAN DO NO WRONG”³

A teoria da irresponsabilidade estatal teve lugar no momento histórico denominado absolutismo. Referido período foi marcado pela concentração dos poderes na figura de um só homem, o soberano, tido como aquele cujo poder advinha de origem divina, sendo, portanto o escolhido de Deus para representar sua vontade na terra.

O rei era visto como a personificação do Estado, aquele cuja vontade teria força de lei, aquele cujo dever primordial seria promover o bem-estar dos seus súditos. Quem não se lembra da celebre frase “o Estado sou eu” de Luís XIV, também conhecido como o “Rei-Sol”?

Ao defender a irresponsabilidade do estado diante dos eventos danosos que seus atos causassem a terceiros, mencionada teoria defendia que, como regra, os atos do monarca não se submetiam a nenhuma forma de controle, nem sequer dos Tribunais, tudo isto sob o

³ A expressão “The King Can Do No Wrong” significa o rei não erra em português.

argumento de que possíveis prejuízos por ele ocasionados deveriam ser imputados a Deus, que não falha(MARINELA, 2011, p. 934).

A doutrina da irresponsabilidade passou a ser superada a partir do século XIX quando da promulgação de lei na França, onde se passou a reconhecer a obrigação do Estado de ressarcir os danos provenientes de obras públicas. A teoria feudal, não mais vigora nos Estados Modernos, tendo sido abandonada pelos dois últimos países que a adotavam: os Estados Unidos da América do Norte, através do Crown Proceeding Act (de 1947) , e a Inglaterra através do Federal Tort Claims Act (1946) (DI PIETRO, 2014, p.717)⁴.

2.2. TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Em virtude do surgimento do Estado de direito, aquele cuja atuação dos governantes estava limitada pela lei, em contraposição ao Estado Absolutista cujo monarca detinha todo o poder em suas mãos, passou-se a adotar não mais a teoria da irresponsabilidade estatal, que como já visto fora deixada de lado pelos seus dois últimos adeptos, mas sim a teoria da responsabilidade cujo fundamento é culpa do Estado (NOHARA, 2011, p. 743).

Dita teoria marcou o surgimento da responsabilidade estatal quando da prática de ação culposa por seus agentes. Entende-se por culposa toda ação negligente, imprudente ou imperita. Entretanto, para que fosse possível a aplicação da aqui tratada teoria, fez-se necessária a distinção entre os atos de império e os atos de gestão.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 124):

Atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (iusimperii), não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo: os atos de polícia(apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação e etc.

O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública (iusgestionis). Nessa hipótese, prática atos de gestão, intervindo frequentemente a vontade de particulares. Exemplo: os negócios contratuais (aquisição ou alienação de bens). Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na maioria das vezes soluções negociadas, não dispondo o Estado da garantia da unilateralidade que caracteriza sua atuação.

⁴ Crown Proceeding Act e Federal Tort Claims Act referem-se a marcos históricos que proporcionaram o abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado.

A teoria civilista da culpa somente poderia ser aplicada caso o Estado praticasse atos de gestão, tendo em vista que nestes casos se aproximariam mais do direito privado. Ao passo que os atos de império são regulados por normas de direito público. Em virtude da dificuldade de na prática distinguir o que seriam atos de império e atos de gestão, a teoria foi abandonada. Com o advento do século XIX tornou-se desnecessária distinção do que seriam referidos atos (NOHARA, 2011).

2.3. TEORIA PUBLICISTA DA CULPA DO SERVIÇO: “ FAUTE DU SERVICE” ⁵

A teoria publicista da culpa administrativa tem sua origem no direito francês e trouxe como importante ponto de mudança em relação à teoria da responsabilidade subjetiva, a despersonalização da culpa. Dita teoria ainda se assenta na culpa, mas não na culpa civil segundo é concebida, e, sim, em uma culpa anônima. Com ela, o estado seria responsabilizado não somente quando comprovada a culpa do agente, mas, inclusive, quando não identificado o causador do dano- anonimato do agente-, bastava apenas que restasse comprovado que o serviço não funcionou, que funcionou mal ou que funcionou atrasado (DI PIETRO, 2014, p. 719).

Supramencionada teoria defende que a prática de atos pelo Estado que causassem danos à esfera jurídica dos administrados seria considerada como decorrente da falha da máquina administrativa. Sua origem está relacionada à evolução da jurisprudência francesa, a partir do século XIX, com a evolução dos *leading cases*. Divisor de águas por ser o marco da publicização da responsabilidade civil estatal, o Caso Blanco, datado de 08 de fevereiro de 1873, instaura um conflito de competência (DI PIETRO 2014).

Referido caso, trata do atropelamento da criança Agnes Blanco, ocorrido na cidade de Bordeaux, na França, por uma vagonete- vagão com motorização própria- da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo conduzida por quatro empregados, que ao sair do local em que estava, atropelou a criança de apenas cinco anos de idade, que profundamente ferida, teve que amputar a perna. Como consequência do evento nefasto, seu genitor ingressou com uma ação civil de indenização movida contra o Estado na justiça comum, alegando que a ação

⁵ Faute Du service significa em português a falta do serviço.

danosa dos agentes estatais que ocasionem prejuízos a terceiros, gera como consequência o dever do Estado de reparação- responsabilidade civil do Estado(DI PIETRO, 2014).

Conforme é sabido,o contencioso francês da época possuía o sistema de dualidade de jurisdição, sendo os casos de jurisdição comum submetidos a Corte de Cassação, enquanto aqueles envolvendo matéria administrativa apreciados pelo Conselho de Estado. Para a resolução de conflitos de competência, havia o Tribunal de Conflitos

Referido tribunal decidiu, após o voto de desempate do Ministro Jules Defaure, no sentido de que o litígio deveria ser submetido ao Conselho de Estado, tendo em vista que se tratava de apurar a responsabilidade decorrente do serviço público, afastando, com isso, a aplicação dos princípios presentes no Código Civil. A partir desta decisão, surgiram as teorias publicistas da culpa administrativa ou culpa do serviço e a teoria do risco, divididas em risco administrativo e risco integral (NOHARA, 2011, p. 746).

Na lição de Di Pietro“ Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidade do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados”(2014, p.718)”.

Cumpra ainda observar que a responsabilidade do Estado quando da prática de atos danosos que geram lesão ao patrimônio jurídico dos particulares não é sinônimo de sacrifício de direitos,segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (MELO,2014, p.1012).

Destaca o autor (2014, p.1013):

Com efeito: a ordem jurídica pode prever e prevê o eventual contraste entre dois interesses, ambos valiosos e ambos merecedores de tutela e proteção. Prevê igualmente a solução nestes casos.

Se um interesse público não pode ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse privado, também tutelado, a solução normativa ditará a preponderância do primeiro, nos casos em que deva prevalecer, sem, contudo, ignorar ou menoscar a proteção do interesse privado a ser atingido. Estabelece-se, então, um dever de indenizar àquele cujo direito foi sacrificado a fim de poder-se realizar outro interesse maior. Vale dizer: opera-se uma conversão do direito atingido em sua equivalente expressão patrimonial.

Não há falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, *sacrifica* um direito de outrem, ao exercer um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo *jurídico intrínseco* consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém.

2.4. TEORIA DO RISCO

Segundo relatado linhas acima, a repercussão do caso Blanco trouxe consigo o surgimento de duas teorias: a teoria da culpa do serviço e a teoria do risco, que se subdivide em risco administrativo e risco integral.

Com o transcurso do tempo, o Estado passou pela fase de total irresponsabilidade até chegar ao momento atual em que, como regra, responde objetivamente pelo prejuízo que causar a terceiros, sem a necessidade de comprovação da culpa. Como fundamento para a teoria da responsabilidade objetiva estatal, tem-se a teoria de risco que a partir de agora passará a ser discutida detalhadamente.

De acordo com o já mencionado, a teoria do risco administrativo deixa de lado a necessidade de comprovação do elemento subjetivo culpa e passa a considerar o fato de que toda atividade do Estado envolve riscos.

Essa teoria tem sua origem histórica no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789), o qual estabelece: “Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades”.

O referido artigo adota o princípio da solidariedade social, de forma que, se a atividade estatal busca, principalmente, alcançar o interesse público, devem os cidadãos contribuir com o erário público com o objetivo de garantir o regular exercício da função estatal. Determina dito princípio que, se todos se beneficiam com a atividade do Estado, não seria justo que apenas um ou alguns suportem os ônus de tal atividade. Desta forma, conforme ensina Irene Patrícia Nohara (NOHARA, 2011, p. 738):

Quando o Estado, atuando na consecução legítima de seus interesses, causar danos a particulares, então o fundamento do dano relaciona-se também com a repartição igualitária dos ônus das atividades estatais, pois estas objetivam beneficiar a todos, sendo desempenhadas no interesse comum, não é justo que alguém sofra isoladamente conseqüências de uma ação que, em tese, a todos beneficia.

Nesta linha está à jurisprudência do (STF) (RE 262.651) de relatoria o Ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, 2004):

[...] O segundo fundamento jurídico da responsabilidade objetiva repousa no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos. Para alguns autores, em especial os franceses, esse segundo fundamento englobaria o primeiro, de sorte que a obrigação imposta ao Estado de

indenizar o particular em caso de dano a ele causado resultaria, em essência do fato de que não seria justo que alguém suportasse sozinho os ônus decorrentes de uma atividade exercida em benefício de toda a sociedade. Aqui, o dever de indenizar a vítima advém não de um risco criado pela atividade estatal, mas de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo. Vale dizer, para cumprir a contento a sua missão de zelar pelo bem comum a Administração necessita intervir em múltiplas esferas da vida econômica e social. Ao fazê-lo, cria situações que se traduzem em danos para algumas pessoas. O princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos vem em socorro dessas pessoas que sofrem os prejuízos decorrentes da ação estatal, fazendo com que os danos por elas sofridos sejam compartilhados por toda a coletividade. Esta, em apartada síntese, é a “rationale” da responsabilidade civil do Estado, recepcionada em toda a sua amplitude pela Constituição brasileira de 1988, que diz expressamente, no art.37,§6º, ser ela aplicável ao concessionário de serviço público.

Mencione-se que, segundo a teoria aqui tratada, cabe à responsabilização do Estado mesmo que ausente à comprovação da culpa do serviço, bem como do seu funcionamento de forma irregular. Uma vez comprovado um ato danoso específico e anormal, que pode ser lícito ou ilícito, pelo agente estatal e havendo o nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano, tem o Estado o dever de indenizar.

Destaque-se que o ato deverá ser danoso específico, pois deverá atingir um indivíduo em particular ou determinado grupo de pessoas, de forma a desequilibrar o recebimento de benefícios pelos membros da coletividade, o que fará surgir à obrigação em restabelecer o *status quo* ante, ante o princípio da solidariedade social.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Irene Patrícia Nohara (NOHARA,2011, p.749):

[...] é denominada teoria do risco porque a atividade estatal envolve risco de dano e, como todos contribuem para a formação do erário, por meio do pagamento de tributos, existe a formação de um patrimônio coletivo que, tal qual um seguro, deve também servir para indenizar aqueles que sofrerem isoladamente a ação danosa do Estado, dentro da ideia de solidariedade social, por meio da repartição de encargos”.

Não se pode deixar de lado a subdivisão desta teoria, entre teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, adotada por alguns doutrinadores como Hely Lopes Meirelles. A primeira subdivisão admite as causas excludentes da responsabilidade como a

culpa da vítima, a culpa de terceiros e a força maior. Já a segunda, não. Uma vez existente o dano, tem o Estado o dever de repará-lo.

No entanto, a subdivisão da teoria não foi bem recebida por parcela da doutrina. Segundo Yussef Said Cahali(CAHALI,1995 apud DI PIETRO, 2014, p.720):

[...]a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de **excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral , sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.**” E acrescenta que “deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco- risco integral, risco administrativo, risco proveito- aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto”.

2.5. TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ADOTADAS NO BRASIL AO LONGO DA HISTÓRIA

Muito embora, inicialmente, inexistisse previsão legal tratando a respeito da responsabilidade civil do Estado no Brasil, é possível afirmar-se que o país jamais adotou a teoria da irresponsabilidade.

Foi com o artigo 179⁶, inciso XXIX, da Constituição imperial de 1824 (BRASIL, 1824) que surgiu, ainda que embrionariamente, a responsabilidade dos empregados públicos. Referida responsabilização ocorreria quando no exercício de suas funções praticassem atos de abuso, assim como quando fossem omissos. A Constituição de 1891, em seu artigo 82⁷(BRASIL,1891), repetiu a responsabilização dos empregados públicos adotada pela Constituição anterior.

⁶Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXIX. Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

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

Parágrafo único - O funcionário público obrigará-se a por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

Não se pode deixar de mencionar que, ainda que a responsabilização do Estado não estivesse presente nas supramencionadas Constituições, diversas leis ordinárias do período previram a responsabilização solidária do Estado com os empregados públicos, como no caso dos danos ocasionados em virtude das estradas de ferro.

A promulgação do Código Civil de 1916 trouxe consigo, segundo defendido por muitos, a teoria da responsabilidade subjetiva, quando em seu artigo 15⁸(BRASIL, 1916) adotou as expressões: “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei”. Expressões estas, que para muitos exigiam a comprovação da culpa do agente público.

A Constituição de 1934, em seu artigo 171⁹(BRASIL, 1934) foi à primeira da história a prever, de modo expresse, a responsabilidade solidária entre o Estado e o agente público, quando este último no exercício do seu cargo causasse prejuízos decorrentes de atos abusivos, negligentes e omissos.

Somente com o advento da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946) é que foi acolhida no Brasil a teoria da responsabilidade objetiva, tendo em vista que de acordo com seu artigo 194¹⁰ seriam responsáveis as pessoas jurídicas de direito de público interno pelos danos ocasionados por seus funcionários, podendo o Estado contra eles propor ação regressiva, desde que restasse comprovada a culpa do agente.

Consoante é possível inferir-se, dita Constituição só previu a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, deixando de abarcar a das pessoas jurídicas de direito privado prestadores de serviços públicos.

A Constituição de 1967¹¹(BRASIL, 1967) também adotou a teoria da responsabilidade objetiva prevista na Constituição antecedente, com a diferença de ter acrescentado a possibilidade de ação regressiva do Estado não apenas nos casos de culpa do agente público,

⁸. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

⁹**Art 171** - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício 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.

¹⁰**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.

¹¹**Art. 107.** As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

mas também quando agisse de forma direcionada a fim de prejudicar terceiros, quando agisse de forma dolosa(PEREIRA, 2013, edição 61).

Foi somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que surgiu a teoria da responsabilidade civil do Estado conforme é concebida na atualidade. Foi a partir da edição do artigo 37,§6º da dita Constituição (BRASIL, 1988) que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público passaram a responder pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, ocasionassem a terceiros.

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:

§ 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.

O já referido preceito legal estabeleceu dois tipos de responsabilidade: a responsabilidade objetiva do Estado quando da prática dos atos danosos de seus agentes, e a responsabilidade subjetiva daqueles que prejudicassem terceiros quando do exercício da atividade estatal, uma vez que para que fosse possível sua responsabilização, deveria o ente público provar à época da propositura da ação regressiva, a existência de conduta dolosa ou culposa(DI PIETRO, 2014, p. 722)

O Código Civil de 2002, em seu artigo 43 (BRASIL, 2002), ao estabelecer a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno, ao contrário da Constituição vigente, não previu a responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado.

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

3. APLICABILIDADE CONSTITUCIONAL: TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Caminhando no processo evolutivo da teoria da responsabilidade, chega-se ao momento em que o Estado será responsabilizado pelos atos danosos que cause a terceiros, desde que comprove a existência de uma ação ou omissão estatal que poderá ser lícita ou ilícita, a existência de um prejuízo e o nexo causal entre o ato/fato e o dano. Dispensa-se desta forma, a comprovação da culpa, e considera que as atividades estatais envolvem riscos- Teoria do Risco- (NOHARA, 2011, p.748 e 749).

A responsabilidade objetiva marcou positivamente a evolução da teoria da responsabilidade, pois passou a enxergar o Estado como ente dotado de mais privilégios do que os particulares, de modo que seus atos atingiriam sobremaneira a esfera jurídica dos administrados, ante o estado de vulnerabilidade dos administrados- princípio da vulnerabilidade (BRAGA NETTO, 2014).

Necessário se faz mencionar que, o fundamento da aquitratada teoria é o risco administrativo , de forma que o dever de indenizar do Estado surge da lesão que causou, sendo dispensáveis a falta do serviço e a culpa dos agentes.

O fato de a atividade estatal poder ocasionar prejuízos para parcela da população gera o dever da coletividade em reparar o dano através do erário público – princípio da responsabilidade social (BRAGA NETTO, 2014).

4. REQUISITOS ESSENCIAIS PARA QUE SEJA IMPUTADO AO ESTADO O DEVER DE INDENIZAR

Com a análise das diversas teorias da responsabilidade adotadas atualmente e ao longo da história, e tendo em mente a complexidade da evolução da sociedade atual, onde há crescente necessidade de intervenção do Estado, seja através da imposição da obrigação de fazer ou não fazer algo, o que aumenta demasiadamente a probabilidade de lesão estatal aos bens juridicamente tutelados dos particulares, torna-se necessário o entendimento dos requisitos ensejadores do dever de indenizar, quais sejam:, uma conduta omissiva ou comissiva; a existência de um dano que poderá ser material ou imaterial, o nexo causal direto e, a depender do caso, a comprovação do dolo ou culpa; .Torna-se necessário estabelecer a relação existente entre a ação ou omissão do agente capaz de gerar o dever de ressarcir, e o dano (MELO, 2014).

4.1. SUJEITO ATIVO DO ATO DANOSO

Em não sendo o Estado dotado do elemento volitivo na forma em que é compreendida no ser humano- vontade anímica- sua vontade será imputada a todos os que de alguma forma desempenhem cargo, função ou atividade administrativa, sejam eles integrantes dos baixos ou altos escalões (MELO, 2014, P. 1026). Como exemplo, pode-se citar o dever de indenizar gerado por atividade de mesário na época das eleições, ou do Presidente da República no curso do seu mandato.

Deve-se também ter em mente que a conduta danosa não possuirá como requisito indispensável à necessidade de remuneração do agente- vide exemplo do mesário já citado- ou que este esteja em serviço à época da ação ou omissão, basta, apenas, que pratique ou deixe de praticar atividades da alçada estatal. Daí é que podem ser responsabilizadas as delegatárias e concessionárias do serviço público, quando da prática de atividades públicas. Em idêntico norte, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) no (Recurso Extraordinário 160.401) (BRASIL, 1999):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II. - R.E. não conhecido.(STF - RE: 160401 SP , Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 20/04/1999, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 04-06-1999 PP-00017 EMENT VOL-01953-01 PP-00158)

Da leitura da jurisprudência supracitada, infere-se que o entendimento da nossa Corte Máxima corre no sentido de ser cabível a responsabilização do ente público, desde que o fato de ser agente estatal crie condições capazes de proporcionar a ação ou omissão danosa, pois do contrário sobrecarregar-se-ia demasiadamente o Estado. Vide (STF) (Recurso Extraordinário 363.423) (BRASIL, 2004) de relatoria do ex-ministro Carlos Ayres Britto:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO CORPORAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORACÃO. POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA.

Caso em que o policial autor do disparo não se encontrava na qualidade de agente público. Nessa contextura, não há falar de responsabilidade civil do Estado. Recurso extraordinário conhecido e provido.(STF - RE: 363423 SP , Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 16/11/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-03 PP-00467).

4.2. CARACTERÍSTICAS DO DANO INDENIZÁVEL

Conforme já fora repetido a saciedade no presente artigo, não é qualquer conduta danosa que será capaz de fazer surgir o dever estatal de indenização. Para que isto ocorra, torna-se necessário que a ação ou omissão lesione bens tutelados juridicamente, isto é, bens cujo sistema normativo confere-lhes proteção.

Torna-se necessário afirmar que para que seja indenizável, o dano não terá que ser, necessariamente, patrimonial ou econômico. Com o advento da Carta Magna de 1988, previu-se em seu artigo 5º¹², inciso X, a hipótese de cabimento de dano moral quando da violação a intimidade, a vida privada, a imagem ou a honra das pessoas.

Além de causar prejuízos materiais ou imateriais aos bens juridicamente tutelados de terceiros, o dano terá que ser certo, englobando-se aqui os prejuízos materiais que ocorreram, por exemplo, em uma batida de carros decorrente do mau funcionamento dos sinais de trânsito- e o que se deixou de ganhar em virtude da existência do sinistro- lucros cessantes-, a título de ilustração tem-se o caso do taxista que deixou de exercer sua atividade laboral, ante a colisão, pois teve que deixar seu automóvel na oficina mecânica para que fosse consertado.

Some-se ao exposto, o fato de ter que ser o dano especial e anormal. O primeiro, refere-se à demasiada onerosidade causada pelo evento no patrimônio do particular, não se tratando, portanto, de um prejuízo experimentado por toda a coletividade, mas sim por um indivíduo ou conjunto de indivíduos em particular.Quanto a segunda característica, a de ser o dano anormal, trata dos casos em que é superado os meros aborrecimentos do cotidiano. Assim o define Celso Antônio Bandeira de Melo (MELO,2014, p.1041):

¹² 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:

X - 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;

Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições do convívio social. A vida em sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal. Por esta razão descabe responsabilidade do Estado pela simples intensificação da poeira numa via pública objeto de reparação, inobstante tal fato provoque, como é natural, deterioração mais rápida da pintura dos muros das casas adjacentes. Idem com relação à transitória e breve interrupção da rua para conserto de canalizações, cujo efeito será obstar ao acesso de veículos às casas de seus proprietários, o que os obrigará, eventualmente, ao incômodo de alojá-los em outro sítio, com possíveis despesas geradas por isto.

5.0 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL ESTATAL

Os princípios gerais do direito, que integram o gênero normas jurídicas, funcionam como instrumentos capazes de promover a integração do ordenamento jurídico, possibilitando com isso, a pacificação social. Em não sendo mais o direito atual enxergado como sinônimo, apenas, de lei, torna-se imperioso para a compreensão plena de um tema o estudo dos diversos princípios que o compõem.

5.1. SOLIDARIEDADE SOCIAL

O princípio da solidariedade social possui como escopo principal fazer com que aquele que fora lesionado pela atividade estatal não arque sozinho com as conseqüências do evento danoso, tendo em vista que o ente público ao agir, visa, em essência, atingir o interesse público, o interesse da coletividade, de modo que suas ações a todos beneficiam. Em sendo assim, determina como medida da mais lúdima justiça a obrigação de repartição dos ônus decorrente da atividade lícita ou ilícita do Estado pelos cidadãos (NOHARA, 2011).

Caminhando na mesma direção, tem-se a seguinte decisão do (STJ) (Recurso Especial 1124471 de relatoria de Luiz Fux) (BRASIL, 2010) no julgamento da Chacina da Baixada:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE MENOR POR POLICIAIS. "CHACINA DA BAIXADA". INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO OU ABUSIVO. NÃO CONFIGURADO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. JUROS DE MORA. TEMPUS REGIT ACTUM. MÉDIA DE SOBREVIVÊNCIA. TABELA DO IBGE. APLICABILIDADE À PENSÃO DA VÍTIMA DEVIDA AOS AUTORES DA AÇÃO. 1. Versam os autos ação de reparação por danos morais e materiais ajuizada em desfavor de ente Estadual em razão da morte do filho, irmão e tio, dos autores, em decorrência de disparos de arma de fogo efetuados por agentes da polícia militar do Estado, no episódio conhecido como "Chacina da Baixada". 2. **Os danos morais indenizáveis devem assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de sopesar a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrável à luz da proporcionalidade da ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade. parcialmente provido[...]** (STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/06/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA)

5.2. PRIMAZIA DO INTERESSE DA VÍTIMA

A lesão a esfera juridicamente tutelada do particular por parte do Estado, ocasiona como consequência direta a alteração do equilíbrio existente inicialmente nas relações sociais, trazendo onerosidade excessiva à vítima do evento danoso. Como forma de restabelecer o *status quo ante*, determina o princípio da primazia do interesse da vítima que na resolução dos conflitos deverá o intérprete concentrar seus esforços na análise do dano sofrido, buscando amparar da melhor maneira a vítima, e não mais na existência de dolo ou culpa do agente causador do dano (BRAGA NETTO, 2014, p. 54).

Muito embora tenha aplicação na responsabilidade civil cujos envolvidos são, apenas, particulares, é na responsabilidade extracontratual do Estado que ganha destaque, uma vez que nesta a probabilidade de haver ofensa ao princípio da equidade quando da imposição do dever de indenizar sofre significativa redução ante a posição hierarquicamente superior do Estado frente ao indivíduo.

De acordo com Sampaio da Cruz (2005, p.10/11) citado por BRAGA NETTO (2014, p. 55):

Quando mencionamos o princípio da primazia do interesse da vítima, estamos pressupondo que há, no caso concreto, a presença do nexo causal. Isso porque, por um lado, o nexo causal constitui, tal qual o dano, , um dos elementos da responsabilidade civil que não pode ser desconsiderado; por outro, exige-se, com fundamento na nova ordem constitucional, uma maior proteção da vítima do dano injusto, embora esta também não deva ser protegida a todo custo.

5.3. PROTEÇÃO

O dinamismo da sociedade contemporânea exige do Estado à presença cada vez mais constante na vida dos indivíduos que compõem o corpo social, o que eleva consideravelmente o risco de se ferir direitos.

Como dever que é inerente a importância da função que desempenha, deverá agir de forma a assegurar proteção ao particular, ou seja, deverá agir na direção de não lesionar referidos direitos, respeitando, por exemplo, a orientação sexual dos que participam de um certame público (BRAGA NETTO, 2014, p. 58).

Não apenas deverá não lesionar os direitos humanistas previstos na Constituição Federal, mas também tem a obrigação de criar mecanismos capazes de evitar a sua ocorrência. Tem o dever, a título exemplificativo, de criar meios de dissipar informação nas escolas do que é bullying e os efeitos nefastos que gera na vida dos indivíduos que dele tornam-se vítimas.

Com relação ao dever de proteção do Estado perante os particulares, julgou no o Supremo Tribunal Federal (ARE, 655.277, de relatoria do Ministro Celso de Melo) (BRASIL, 2012):

[...]ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. REFORMA. LEI 6.880/80. INCAPACIDADE PARA O SERVIÇO MILITAR. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE PERMANENTE PARA TODO E QUALQUER TRABALHO. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO ATO DE DESLIGAMENTO DO EXÉRCITO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS COMPROVADOS. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Não pode ser aplicada a hipótese de reforma prevista nos artigos 106, II, e 108 da Lei 6.880/80, ao militar que, embora acidentado em serviço, não foi julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo do Exército. 2. A exclusão do serviço ativo do Exército pode

dar-se mediante desincorporação, se o militar não estável for acometido por moléstia ou sofrer acidente que o torne definitivamente incapaz para o serviço militar (art. 124 da Lei 6.880/80 c/c art. 140 do Decreto 57.654/66).

3. Comprovada a ocorrência de dano ao autor, causado em decorrência de ferimento resultante de acidente sofrido em serviço, que acabou por reduzir sua capacidade laboral, configura-se a responsabilidade civil objetiva do Estado, cabendo-lhe o dever de reparação do dano (art. 37, § 6º, da CF/88).

4. O dano estético ficou comprovado mediante exame clínico realizado pelo perito oficial à fl. 128, de modo que o suplicante faz jus à indenização respectiva.

5. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.” A União, no apelo extremo em questão, alega a impossibilidade, na espécie, da incidência de responsabilidade civil objetiva do Estado. Entendo não assistir razão à parte ora recorrente, eis que presentes, no caso, todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva da entidade estatal ora recorrente. Sabemos que a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º). Essa concepção teórica - que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público - faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público, não importando que se trate de comportamento positivo ou que se cuide de conduta negativa daqueles que atuam em nome do Estado, consoante enfatiza o magistério da doutrina [...]

5.4. VULNERABILIDADE

É sabido que os atos estatais visam alcançar a supremacia do interesse da coletividade, de modo a estabelecer o bem comum, o que o faz possuir determinadas prerrogativas assecuratórias do atingimento de tal fim. Ditas prerrogativas colocam o ente estatal em posição privilegiada, tomando-se por base a ocupada pelos indivíduos que estão no seio social.

Em sendo assim, é possível concluir-se que o cidadão está em situação de vulnerabilidade em relação ao ente público, situação esta que deverá ser levada em conta no momento de se responsabilizar o Estado pelas conseqüências de suas ações ou omissões (NOHARA, 2011).

6.0 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

A responsabilidade extracontratual do Estado possui, além da função repressiva, que se subdivide em função reparatória ou compensatória, a função preventiva. Braga Netto (2014, p. 64) relata: “Acontece, porém, que nas últimas décadas tem-se se acentuado- ou pelo menos tem se acentuado essa percepção, por parte dos juristas- que a responsabilidade civil tem, também, uma função preventiva, não só repressiva”.

Buscando sair do campo de visão em que apenas terá o dever de indenizar imposto ao Estado o caráter repressivo, faz-se interessante voltar o olhar para a função preventiva cujo primordial condão será o de evitar à lesão a esfera protegida dos particulares.

6.1. PREVENTIVA

Já fora abordado incessantemente a obrigação estatal de não somente não praticar atos ou omissões violadoras dos bens jurídicos protegidos pelo direito, como também de criar meios para garantir a prevenção da violação.

Tem a o Estado o dever de difundir no corpo social a fórmula romana do *neminemlaederes*, fundamento da responsabilidade civil que determina a obrigação de todos de agir de forma a não prejudicar os direitos uns dos outros (BRAGA NETTO, 2014. p. 63).

De acordo com julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Agravo de Instrumento 455.846)) (BRASIL,2004), tem a responsabilidade civil caráter pedagógico, cabendo a medida punitiva a função de recompensar a vítima do dano e também de inibir a prática de atos semelhantes. Vide a decisão:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. **DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU**

REPARATÓRIA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. (STF - AI: 455846 RJ , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 11/10/2004, Data de Publicação: DJ 21/10/2004 PP-00018 RDDP n. 22, 2005, p. 160-163)

6.2. REPARATÓRIA OU COMPENSATÓRIA

As funções repressivas, como o próprio nome leva a crer, tem por escopo indenizar as conseqüências do evento danoso já ocorrido, e não buscar evitá-lo, uma vez que se refere ao tempo passado. Subdivide-se em função repressiva reparatória e função repressiva compensatória.

A primeira trata dos casos de danos materiais que ocorrem, por exemplo, com a perda de um veículo particular diante da colisão entre este e ônibus do transporte público. Aqui, será possível a indenização pelos danos emergentes- que corresponde ao prejuízo imediatamente sofrido e cuja quantificação é possível- e pelos lucros cessantes- aquilo que se deixou de ganhar. Com relação a este última, deverá haver a prova de que no caso em tela, o prejudicado utilizava o veículo, dentre outras situações possíveis, auferir rendimentos para o seu sustento.

Já a função compensatória, que é típica dos danos morais, refere-se a situações em o evento é extremamente danoso, o que impossibilita o retorno ao estado inicial. É o que ocorre quando policiais em busca de traficantes de drogas em uma favela e agindo de forma imprudente, disparam projéteis de arma de fogo, atingindo crianças que brincavam na calçada de casa, fazendo com que algumas destas venham a óbito e outras fiquem em estado vegetativo, diante da gravidade do ferimento. Em decorrência das terríveis conseqüências, será atribuído um valor monetário como maneira de tentar amenizar sua dor, que , entretanto, não será capaz de trazer os filhos mortos e os que estão em estado vegetativo de volta a vida (BRAGA NETTO, 2014, p.67).

Em igual norte, veja a decisão (STJ) (Recuso Especial 1262938) (BRASIL, 2011):

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VÍTIMA MENOR DE IDADE. BALEADA NA PORTA DA ESCOLA. INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA SÚMULA 7/STJ. PENSIONAMENTO MENSAL. NÃO EXERCÍCIO ATIVIDADE REMUNERADA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA SÚMULA 83/STJ. COMPROVAÇÃO DE DESPESAS COM FUNERAL. DESNECESSIDADE. 1. O aresto recorrido, ao apreciar os fatos e provas dos autos, reconheceu a necessidade da condenação do Estado ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R\$ 200.000,00, pois este se mostrou razoável, já que fixado segundo critérios técnicos, e proporcional à repressão ao grave fato, asseverando, por fim, que a condição econômica da vítima e seus familiares é absolutamente desafiadora à consecução desse mister. Rever tal entendimento implicaria o revolvimento fático-probatório inviável na presente seara, incidindo a Súmula 7/STJ. Precedentes. 2. O pensionamento mensal deve ser fixado com base na renda auferida pela vítima no momento da ocorrência do ato ilícito. Todavia, não comprovado o exercício de atividade laborativa remunerada, o seu valor deve ser estabelecido em reais, equivalente a um salário mínimo e pago mensalmente. 3. É inexigível, para fins de ressarcimento, a comprovação de despesas de funeral, em razão da evidência do sepultamento, pela insignificância no contexto da lide, quando limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária e pela sua natureza social de proteção à dignidade da pessoa humana. No caso, a esse título, o Estado foi condenado ao pagamento de apenas R\$ 200,00, em atenção ao pedido inicial. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 18/08/2011, T2 - SEGUNDA TURMA)

7. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS CASOS DE OMISSÃO ESTATAL

Logo no início deste artigo, abordou-se acerca do campo de penumbra existente na teoria da responsabilidade extracontratual do Estado, a qual atinge, inclusive, a forma de se nomear o tema, sendo na visão de alguns, mais adequada a nomenclatura teoria da responsabilidade civil do Estado, enquanto, para outros o mais correto seria denominar-se teoria da responsabilidade extracontratual do Estado.

Quando se concentram os esforços na análise da omissão estatal indenizável percebe-se logo de início a dificuldade em se estabelecer qual a teoria adotada para o tema, se a da responsabilidade estatal objetiva- aquela em que não se faz necessário provar-se a existência de dolo ou culpa do agente, bastando à comprovação da existência do nexo causal entre a omissão e o dano- ou se a teoria da responsabilidade subjetiva, a qual possui como requisito indispensável à demonstração da convergência do elemento volitivo no sentido de não

praticar o que se lhe impunha ou a demonstração da omissão imprudente, negligente ou imperita.

O artigo 37,§6º da Constituição Federal(BRASIL, 1988) determina que:

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:

§ 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 análise do dispositivo constitucional deixa clara a ausência de previsão legal expressa quando o assunto se trata de responsabilidade do Estado por omissão. Isto porque, o parágrafo sexto do artigo trinta e sete da Carta Magna, prevê, apenas, a hipótese de responsabilização estatal quando os agentes públicos, nesta qualidade, praticarem atos danosos aos particulares, agirem, portanto. O que já deixa evidente a necessidade da forte atuação jurisprudencial e doutrinária no tema (BRAGA NETTO, 2014, p.179).

7.1. OMISSÃO ENSEJADORA DO DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR: OMISSÃO GENÉRICA E OMISSÃO ESPECÍFICA

Antes de se adentrar na aplicabilidade das teorias da responsabilidade do Estado adotadas, faz-se de extrema importância a definição do que é a omissão estatal indenizável. É preciso saber se será o ente público responsável pela indenização de todo e qualquer evento danoso.

Todos sabem que ao Estado cabe a atuação na direção de se auferir o maior número de benefícios para a coletividade, mas será justo e razoável exigir sua atuação como segurador universal? É justo que tenha ele que responder por qualquer caso de omissão de forma indiscriminada?

Os ditames da justiça soam no sentido de que para ser imposto o dever do Estado de indenizar, a omissão deverá ser o fator que proporcionou a ocorrência do dano. Do contrário, estará isento de responsabilização.

Não deverá, portanto, ser a omissão genérica, mas sim específica, qualificada, deverá estar em consonância com as consequências nefastas do evento (BRAGA NETTO, 2014, p. 185).

Sobre o tema ver a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Recurso Especial 686. 208) (BRASIL, 2005):

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. REJEIÇÃO DE RIM TRANSPLANTADO. NEXO CAUSAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. 1. Consignado pelo acórdão recorrido que o Estado do Rio de Janeiro fora compelido, por decisão judicial, a fornecer ao recorrido a medicação necessária para evitar a rejeição do rim transplantado, restou inequívoca a sua legitimidade ad causam passiva para a ação indenizatória, porquanto, sponte sua estagnou o fornecimento a que restara obrigado judicialmente, ocasionando o ilícito in foco. 2. Destarte, instado a cumprir a decisão judicial, a sua omissão configurou inequívoca responsabilidade em face da rejeição do órgão transplantado, ante a ausência do medicamento. 3. Deveras, restou assente na instância local que: "A saúde pública é um serviço de competência comum a todas as esferas da Federação e para a sua melhor execução foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual o Hospital Universitário Pedro Ernesto é participante. Além disto, o que se discute neste feito é a responsabilidade pelo não fornecimento de medicamento necessário para evitar a rejeição de órgão transplantado, obrigação única e exclusiva do ente público e não do Hospital Pedro Ernesto." 4. Outrossim, "o laudo pericial de fls. 541 usque 544 é conclusivo quanto ao nexo de causalidade entre a suspensão no fornecimento da medicação imunossupressora e a perda do rim transplantado." 5. Desta sorte, "não há como se amparar a tese de que o dano decorreu exclusivamente dos riscos da complicada cirurgia a que fora submetido o Embargado, uma vez ter ficado comprovado tecnicamente que o quadro clínico do paciente evoluiu após a utilização da medicação 'sandimmun' e que em decorrência de sua interrupção houve a falência total do órgão" (fls. 696) 6. Assentando o aresto recorrido o nexo de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro no fornecimento de medicamento e o dano sofrido pelo ora recorrido foi constatado pelo Eg. Tribunal a quo, assim, decisão em sentido contrário em sede de recurso especial ensejaria minucioso reexame do material fático-probatório dos autos, esbarrando no enunciado da Súmula nº 07 desta Corte. Precedentes: STF, RE 257.090/RJ; RE 140.798/SP; STJ, AgRg nos EDcl no AG 244.454/GO. 7. Recurso Especial desprovido(STJ - REsp: 686208 RJ 2004/0112790-9, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 16/06/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.07.2005 p. 414LEXSTJ vol. 192 p. 177)

Do exposto, para que seja imputada obrigação de reparar o dano, o ente estatal terá que ter o dever legal de evitá-lo e não o fez. Assim sendo, a título exemplificativo, pode-se citar o dever redobrado de vigilância nas cadeias públicas quando dos dias de visitas de parentes e amigos dos presos.

Caso haja omissão no referido dever e algum detento tiver acesso a arma de fogo ou qualquer outro instrumento perfurocortante, e, através dele vier a matar seu desafeto, seja ele detento ou algum visitante, responderá o Estado pelo ocorrido, tendo em vista ser ele o responsável por garantir a integridade física dos que naquele ambiente estejam.

Em sendo assim, depreende-se como requisitos para a imputação da obrigação de indenizar: a omissão estatal quando tenha o dever de evitar a lesão ao bem juridicamente protegido, quando tenha o dever de proteger os direitos fundamentais dos particulares e a existência entre o nexo causal e o evento danoso.

7.2. TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADAS AOS CASOS DE OMISSÃO DO ESTADO

No que diz respeito à aplicabilidade da teoria da responsabilidade nos caso em que o Estado possuía a obrigação de evitar a violação aos bens juridicamente tutelados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ainda não é uníssona, muito embora, atualmente, haja a conversão no sentido de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva.

Já reconheceu o STF, ser hipótese de responsabilidade objetiva o caso em que o preso fugira da penitenciária e em curto espaço de tempo praticara outros crimes. Entendeu a corte máxima existir nexo causal entre a omissão, vez que deveria ter sido tomado todos os cuidados necessários para se evitar a fuga, e os delitos cometidos(STF) (RE 573.595-AGR) (BRASIL, 2008). No mesmo sentido, decidiu a corte no caso de professora que fora ferida, em sala de aula, por disparo de arma de fogo por aluno (STF) (ARE 663.647) (BRASIL, 2012).

Vejam-se as decisões:

EMENTA:AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37,§6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE.

1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e do curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade.

2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição do Brasil.

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. CONSTITUCIONAL. PROFESSORA. TIRO DE ARMA DE FOGO DESFERIDO POR ALUNO. OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA EM LOCAL DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ABRANGÊNCIA DE ATOS OMISSIVOS. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”(ARE 663.647-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 06.03.12)

Em sentido contrário vem decidindo o STJ, que entende ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva quando o Estado tendo o dever legal de agir não o fez, ou o fez de forma ineficiente ou atrasada.

Entretanto, ainda que venha decidindo no sentido da aplicabilidade da referida teoria, não o faz de forma absoluta, flexibilizando sua aplicação em determinados casos, como o do menor que em decorrência de ter sido ministrado medicamento de forma errônea em paciente em posto de saúde, perdera a força muscular tivera seus membros inferiores deformados (STJ)(AgRg no AREsp 4.684) (BRASIL, 2012).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MEDICAMENTO INDEVIDAMENTE MINISTRADO EM CRIANÇA. DANO MORAL CONFIGURADO. ARTIGOS DE LEI APONTADOS COMO VIOLADOS NÃO PREQUESTIONADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF, POR ANALOGIA. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. A matéria inserta nos artigos 186 e 944, parágrafo único, do Código Civil não foi apreciada pelo Tribunal de origem, incidindo, à espécie, a Súmula 282/STF. 2. O acórdão recorrido julgou a controvérsia atinente à responsabilidade civil com fundamento no art. 37, § 6º, da CF, de modo que o recurso especial é inviável quanto ao ponto, sob pena de usurpar-se a competência reservada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal. 3. In casu, o Tribunal a quo, soberano na análise do contexto fático-probatório, fundamentado nas provas trazidas aos autos, decidiu que foram comprovados o liame de causalidade entre a conduta da pessoa jurídica de direito público e o dano efetivamente ocorrido, não tendo se verificado a ocorrência de nenhuma das causas excludentes da responsabilidade. Desse modo, é inviável, em recurso especial, o reexame da matéria fática constante dos autos, por óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agrado regimental não provido.(STJ ,

Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 12/04/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA)

Deve-se, ainda, destacar que assim como a jurisprudência não é unânime a respeito da aplicação da teoria da responsabilidade do Estado nos casos de omissão, também não o é a doutrina pátria.

Para autores como Felipe Peixoto Braga Netto, só caberá a responsabilização do Estado quando se tratar de omissão específica, isto é, aquela em que o ente público deveria ter agido e não o fez. Já Simone de Sá Portella, em artigo intitulado a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão, entende ser admissível a responsabilização tanto nos casos de omissão genérica, quanto nos casos de omissão específica. A diferença é que na omissão genérica será aplicada a teoria da responsabilidade extracontratual subjetiva do Estado, enquanto na específica aplicar-se-á a responsabilidade subjetiva.

CONCLUSÃO

A análise do Tema Teoria da Responsabilidade Extracontratual do Estado nos casos de omissão traz como consequência lógica a conclusão de inexistência de consenso no que concerne a qual teoria a ser aplicada, se a teoria da responsabilidade objetiva, que é a regra na Constituição Federal de 1988, ou se será a teoria da responsabilidade subjetiva, aquela em que será necessária a comprovação do dolo ou culpa do ente público.

Inicialmente vinha entendendo o Supremo Tribunal Federal pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, posição esta que com o decurso do tempo tem se alterado. Quanto ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, aplica, como regra, a teoria da responsabilidade subjetiva. Muito embora não o faça de forma absoluta.

Ante a ausência de previsão expressa quando o assunto se trata de omissão do Estado, tornou-se indispensável à forte atuação doutrinária e jurisprudencial no sentido de estabelecer conceitos como o do que seria a omissão indenizável, se seria ela cabível para qualquer espécie de omissão ou se apenas para os casos de omissão específica ou qualificada. Tornou-se também indispensável saber se seria razoável exigir-se do Estado que haja como segurador universal.

Da leitura atenta do que escreve parcela da doutrina mais especializada sobre o assunto, é possível inferir-se não ser exigível ao Estado a obrigação de indenizar qualquer

espécie de omissão, uma vez ser desarrazoado exigir que atue como protetor de todos em todos as esferas da vida. Para que lhe seja imputada dita obrigação deverá haver a prova do dever estatal de agir, bem como de que sua não atuação foi fundamental para a existência do dano.

No que concerne a outra parcela da doutrina, entende que caberá responsabilização do ente público nas hipóteses de omissão. Sendo relevantes os conceitos de omissão genérica e omissão específica, apenas, para o fim de se aferir sobre a aplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva ou da teoria da responsabilidade subjetiva.

Defendem que em se tratando de omissão genérica dever-se-á aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva, enquanto, para os casos de omissão específica, aqueles em que o Estado possuía o dever legal de agir, deverá ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva.

Em sendo assim, é possível sintetizar o estudo em tela nas seguintes assertivas, a) para que seja possível a imputação do dever de indenizar do ente público nos casos de omissão, deverá restar-se comprovado o dever que este tinha de agir, assim como que a omissão foi fator determinante para a ocorrência do dano, ou seja, deverá provar-se a existência de nexo causal entre a omissão e o dano; b) para parcela da doutrina, em sendo caso de omissão específica, aquela em que tinha o Estado o dever legal de agir, aplica-se, como regra, a teoria da responsabilidade objetiva, enquanto que para os casos de omissão genérica deverá ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva c) para outra parte da doutrina, só caberá responsabilização estatal quando a omissão for específica;

Portanto, a escolha da teoria da responsabilidade a ser adotada nos casos de omissão levará em consideração as peculiaridades do caso concreto, embora, venham os Tribunais convergindo para a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva.

REFERÊNCIA

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Manual de Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª.Edição. Editora Juspodium, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 455846-RJ**. Relator: MELLO. Celso de. Publicado no DJ em 21 de outubro de 2004. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795332/agravo-de-instrumento-ai-455846-rj-stf>. Acessado em 17-09-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 160.401**. Relator: VELLOSO. Carlos. Publicado no DJ em 20 de abril de 1999. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213419>. Acessado em 08-09-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 262.651-1**. Relator: VELLOSO. Carlos. Publicado no DJ em 16 de novembro de 2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931>. Acessado em 02-09-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 363423-SP**. Relator: BRITTO. Carlos. Publicado no DJ em 13 de março de 2008. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766782/recurso-extraordinario-re-363423-sp>. Acessado em 15-09-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 686208-RJ**. Relator: FUX. Luiz. Publicado no DJ em 01 de julho de 2005. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/82090/recurso-especial-resp-686208-rj-2004-0112790-9>. Acessado em 17-09-2014

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira .**Curso de Direito Administrativo**. 31^a. Edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27^a. Edição. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

FILHO, José Carvalho dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21^a. Edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

FILHO, Sergio Cavalieri. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. Revista EMERJ, v.14, n. 55,p.10-20, jul-set.2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5ª. Edição. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Meditores, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo. Editora Atlas, 2011.

PEREIRA, Fábio Soares. **Responsabilidade Extracontratual do Estado: das origens históricas à objetivação**.Revista de Doutrina. Edição 61, 30 de outubro de 2013.

PORTELLA, Simone de Sá. A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. In: **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XI, nº. 59, novembro de 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3668>. Acesso em 26 de out 2014.