



**A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E
A OMISSÃO ADMINISTRATIVA**

**THE EVOLUTION OF THE STATE'S EXTRA CONTRACTUAL RESPONSIBILITY
AND ADMINISTRATIVE OMISSION**

BARROCO, Douglas Teixeira¹

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise de como o Estado é responsabilizado por danos oriundos de suas omissões. Para tanto, procedeu-se, inicialmente, ao estudo da responsabilidade civil do Estado desde a sua origem, analisando sua evolução tanto dentro do contexto geral como dentro do ordenamento pátrio. Após, analisou-se o preceito constitucional esculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como os relevantes pontos dele derivados. Por derradeiro, abordou-se a responsabilidade por omissão do Estado, de modo a verificar, sob o atual prisma doutrinário e, especialmente, jurisprudencial, qual a teoria que melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito brasileiro – objetiva ou subjetiva.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Teoria subjetiva. Teoria objetiva.

ABSTRACT

The scope of this work is to analyze how the State is held responsible for damages arising from its omissions. To this end, we initially studied the civil liability of the State since its origin, analyzing its evolution both within the general context and within the national order. Afterwards, the constitutional precept carved out in art. 37 of the 1988 Federal Constitution, as well as the relevant points derived therefrom. Finally, the responsibility for omission of the State was addressed, in order to verify, from the current doctrinal and, especially, jurisprudential perspective, which theory best suits the Brazilian Democratic State of Law – objective or subjective.

Keywords: State civil liability. Omission. Subjective theory. Objective theory.

¹ Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande. Pós-graduado em Direito Penal. Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina. E-mail: dtbarroco@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil está alicerçada no princípio do *neminem laedere*, o qual estabelece que a ninguém é facultado causar dano a outrem. Deste modo, quando o dano é ocasionado, seja ele de ordem patrimonial, moral ou estético, tem-se que deve haver a justa reparação. Assim, caracteriza-se como a obrigação de ressarcir os danos ocasionados a terceiros.

Conquanto submetida aos princípios basilares da teoria geral da responsabilidade civil, a responsabilidade civil do Estado possui características díspares, especialmente pela notória condição de superioridade jurídica que sustenta o Estado. Enquanto nas relações privadas predomina, pelo menos em tese, a relação de horizontalidade entre os sujeitos, há na responsabilidade civil estatal uma límpida relação de verticalidade. O Estado ocupa função característica, visto que além de ser o detentor do monopólio legítimo da força, também, por sua vasta atividade diuturnamente realizada, possui grande tendência a violar um ou outro direito dos cidadãos. Assim, é sensato atribuí-lo responsabilidade civil mais elástica que a cabível às pessoas privadas.

A par disso, tem-se no ordenamento brasileiro a consagração da responsabilidade civil na modalidade objetiva a partir da Constituição Federal de 1946. Tal preceito vem a atender o princípio de solidariedade, que visa, antes de tudo, cobrir a assistência dos direitos de qualquer pessoa injustamente prejudicada. Contudo, apesar de as Constituições posteriores terem mantido em seus textos a objetividade da responsabilidade extracontratual do Estado por atos positivos, a exemplo da atual Carta Magna no art. 37, §6, os atos omissivos exigem, principalmente pela falta de uma resposta do direito positivo ao tema, o necessário estudo analítico a fim de que se verifique como o Estado arcará com os danos gerados.

A grande dissensão doutrinária e jurisprudencial acerca das omissões do Estado deriva, mormente, pela forma como é feita a interpretação do preceito constitucional, o qual refere que 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. De um lado, os defensores de uma interpretação restritiva da norma constitucional, aplicando-a somente às ações do Poder Público. Noutra viés, encontram-se os adeptos de uma interpretação ampliada, de modo a consagrar uma unificação da responsabilidade civil do Estado.

Frise-se que a acentuada cisão acerca do tema acabar por constituir notável obstáculo às vítimas, na maioria das vezes hipossuficientes, que buscam obter reparação frente ao Estado. A falta de um tratamento pacífico acaba, ainda, prejudicando a prestação jurisdicional efetiva em casos de lesões advindas de atos omissivos do Estado.

Assim sendo, o presente artigo buscará analisar, através de amplo estudo doutrinário e jurisprudencial, como a omissão estatal é tratada no que tange a responsabilidade civil, aprofundando-se no cerne da questão, que é verificar se o elemento culpa, com fulcro no entendimento jurisprudencial, deve ser aferido ou não para fins de responsabilização do Estado por danos oriundos de suas omissões.

2. DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, cumpre ressaltar que a utilização da expressão “responsabilidade civil do Estado” não é aceita pela doutrina de forma unânime. Alguns, a exemplo de Hely Lopes Meirelles (apud Friede, Reis, 1996, p. 171), preferem a expressão “responsabilidade civil da Administração Pública”, afirmando que é da atividade dos órgãos públicos que surge o dever de indenizar e não de atos de governo.

Todavia, não pensa assim a doutrina majoritária, conforme sustentam, entre outros, Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini e José dos Santos Carvalho Filho. Os danos causados pelos atos do Executivo, Judiciário e Legislativo são de responsabilidade do Estado, já que a Administração Pública por não possuir personalidade jurídica não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. Assim, resta claro que titular da obrigação é o Estado e as pessoas jurídicas pública e privadas quando representantes estatais (DI PIETRO, 2011, p. 642).

Afora a divergência quanto à correta nomenclatura do termo responsabilidade civil, pode-se conceituar a responsabilidade civil do Estado conforme ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos. (DI PIETRO, 2011, p.643)

Atualmente é notoriamente reconhecido o dever estatal de indenizar. Todavia, nem sempre foi assim. De tal modo, para que haja a exata compreensão do tema é necessário conhecê-lo no que se refere à sua evolução jurisprudencial, doutrinária e normativa. A seguir será demonstrado o processo, predominantemente linear, de transformação inerente à forma de responsabilização extracontratual estatal.

Tradicionalmente tem-se como diferença básica entre as responsabilidades contratual ou extracontratual a verificação da existência de vínculo obrigacional. Na primeira o dever de reparação advém do inadimplemento da prestação correspondente estipulada contratualmente, enquanto na responsabilidade extracontratual ou aquiliana o dever reparatório surge de lesão a direito subjetivo, sem que preexista qualquer espécie de contrato tratando da matéria (Pinto, 2008, p. 47).

A responsabilidade do Estado nem sempre esteve positivada nos ordenamentos nacionais. O dever de indenizar do Estado surgiu muito após as primeiras normatizações que lhe conferiram deveres.

A fase da irresponsabilidade predominou durante grande parte dos governos monárquicos absolutistas, nos quais o rei, por não poder ser equiparado aos seus súditos, não poderia ser responsabilizado perante estes.

O princípio da separação dos poderes foi utilizado pelos déspotas de modo a fundamentar a não responsabilização estatal. Sustentava-se que a responsabilização do Poder Público ocasionaria a censura ou o julgamento de suas ações, atividade proibida ao Poder Judiciário.

A presente teoria, ante a sua peculiar injustiça, foi aos poucos caindo em desuso.

Com a insustentabilidade da tese da irresponsabilidade civil estatal, surgem, influenciadas pelo liberalismo, as teorias civilistas de responsabilização estatal, já no século XIX.

Durante esta fase a responsabilidade civil do Estado era baseada nos ensinamentos oriundos do direito civil, sendo, então, explicada através das teorias civilista. Apesar das críticas recebidas atualmente pela doutrina, especialmente em virtude da grande dificuldade em comprovar a culpa do poder público, com certeza foi um passo importantíssimo em direção à garantia que hoje se reconhece aos indivíduos do meio social. Neste sentido expõe Cahali:

Se hoje os administrativistas timbram em tripudiar sobre a teoria civilista da responsabilidade civil do Estado, buscando transportar o instituto para o âmbito do direito público, não podem eles, contudo, negar os elevados méritos da concepção civilista da responsabilidade estatal, no que terá sido esta a grande contestadora inicial do princípio da irresponsabilidade absoluta [...] (CAHALI, 2007, p. 23).

Passado este momento, começou-se a admitir responsabilização do Poder Público pelos atos culposos desprezando eventuais diferenciações acerca da classificação de seus atos, na forma da culpa civil ou da responsabilidade civil. Tal forma de pensamento consagrou notável progresso na defesa do patrimônio dos administrados, uma vez que facilitou a forma como se poderia obter o ressarcimento do Ente (CRETELLA, 1970, p. 51).

A partir da problemática em se aplicar os preceitos do direito privado à caracterização da responsabilidade civil, quando até então o Estado era equiparado ao patrão e o funcionário ao empregado, surgem as teorias publicistas pautadas no direito público.

A responsabilidade sob regime de direito público encontra relevante fundamento no risco da atividade estatal. Ao analisar os fundamentos da responsabilidade estatal, define Sérgio Severo:

Os riscos absorvidos pelo Poder Público não são somente os inerentes à sua atividade (e.g., risco derivado da vacinação pública), mas também os riscos sociais, cuja tendência a exorbitar a esfera da seguridade social, adentrando no plano da responsabilidade do Estado, é uma realidade verificada no direito comparado.

Portanto, a perspectiva dos riscos absorvidos pelo Poder Público, seja por força de sua pertinência em relação à atividade estatal ou mesmo pela absorção com base na concepção de risco social, constitui um elemento

fundamental para a definição do regime publicista da responsabilidade (SEVERO, p. 71, 2009)

A partir de então surgem as teorias da culpa do serviço ou culpa administrativa e, posteriormente, a teoria do risco, a qual, segundo Hely Lopes Meirelles, ainda se desdobra na teoria do risco integral.

Primeiramente teve espaço a teoria da culpa do serviço, a qual buscou ligar a culpa ao serviço público prestado, e não mais ao funcionário. Havia a divisão entre a culpa individual do agente, pela qual este deveria responder perante o Estado, e a culpa pelo serviço público, na qual verificava-se, exclusivamente, se o determinado serviço funcionou de forma adequada – surgindo, pois, a denominada culpa anônima do serviço público.

Contudo a teoria da culpa administrativa ainda exige muito dos administrados, porquanto a vítima além de ter de provar a lesão imputada injustamente, teria que comprovar a falta ou deficiência do serviço para enfim obter o devido ressarcimento. Neste sentido afirma Odete Medauar (2006, p.366) que tal “concepção acarretava para a vítima o encargo da prova do mau funcionamento ou falha, muito difícil de realizar, sobretudo por demandar um padrão de funcionamento previamente estabelecido, que em geral não existe”.

Com base em fundamentos de ordem política e jurídica, abandona-se de vez a verificação da culpa atinente ao evento danoso, ou seja, não mais se exige qualquer falta do serviço público. Para que existente o dever de ressarcimento, somente se exige a comprovação do fato e o conseqüente dano, ocasionado por ação ou omissão, lícita ou ilícita, da Administração Pública, isto é, o nexo de causalidade. Confirma-se, assim, a ideia de que da relação de superioridade, peculiar ao ente estatal, e da posição de subordinação que paira sobre os indivíduos, deve emergir proteção especial aos indivíduos, porquanto não seria justo exigir demasiado empenho para se obter o direito ao devido ressarcimento (Carvalho, 2009, p. 596).

A responsabilidade objetiva funda-se em princípio existente desde o direito romano, o da equidade. A partir de tal fundamento surgem duas constatações: aquele que é favorecido por uma situação deve ser responsabilizado pelo risco e

desvantagens ocasionadas; ao auferir os benefícios/lucros deve aguentar os riscos supostamente provenientes.

Em que pese a teoria do risco exigir para a caracterização do dever de reparação somente a relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o proveniente dano por ato ou omissão do Estado, afastando-se o elemento culpa, a presença de tais elementos não implica necessariamente no integral dever de indenizar estatal. Há as hipóteses em que a vítima concorre, total ou parcialmente, para a produção do dano e, por tal razão, a responsabilidade estatal será logicamente diminuída ou até mesmo totalmente excluída, tudo a depender do caso concreto.

Em contraponto a ideia de atenuação da responsabilidade estatal, e ainda dentro da concepção objetiva, tem-se a teoria do risco integral. Segundo esta modalidade absoluta da teoria do risco, a Fazenda Pública restaria obrigada a indenizar qualquer dano suportado pelos administrados, mesmo que resultante de dolo ou culpa do lesado. Indaga-se, essencialmente, se houve o envolvimento do Ente no evento (Meirelles, p. 620, 2002).

É importante ressaltar que, conquanto as diversas teorias obedeçam a certa cronologia, não é correto afirmar que somente a última vigore. A depender do Estado há a utilização de umas ou outras teorias (Gasparini, 2011, p. 1115).

Em relação à responsabilidade civil do Estado, o ordenamento jurídico brasileiro apresentou evolução inspirada nos países da família romano-germânica, especialmente a França. Conforme destaca Severo (2009, p. 39), não se pode afirmar que foi pioneiro ou inovador no assunto, tampouco que foi tardio.

Seguindo o idêntico pensamento de Di Pietro (2011, p. 648) e Cahali (2007, p. 30), Celso Ribeiro Bastos afirma que no campo normativo pátrio nunca houve espaço para a aplicação da teoria da irresponsabilidade estatal:

“No Estado brasileiro nunca foi acolhida a teoria da irresponsabilidade, pois, desde as Constituições de 1824 e 1891, já era prevista a responsabilização dos funcionários públicos pelos abusos ou omissões praticados no exercício de suas funções, além de que as próprias leis ordinárias e a jurisprudência da época também previam a solidariedade do Estado com estes (Bastos, 2001, p. 214).

Ainda sob os parâmetros da Carta Constitucional de 1891, a primeira norma genérica sobre a responsabilidade do Estado surge com a edição do Código Civil de 1916.

Ainda que mantendo a responsabilização com culpa do Ente, a Constituição de 1934 inovou ao estabelecer a responsabilidade solidária do funcionário e da Fazenda Pública respectiva. Restava, pois, positivado constitucionalmente o princípio da solidariedade no que se refere à responsabilidade civil. Nesse mesmo sentido repetiu a Constituição de 1937.

A responsabilidade subjetiva do Estado pautada nos preceitos do Código Civil de 1916 prevaleceu, com as devidas alterações expostas, até a edição da Constituição Federal de 1946.

Consagrava-se, assim, a responsabilidade sem culpa estatal ou, em outros termos, a responsabilidade objetiva do Estado.

De maneira a consagrar de vez a responsabilidade objetiva no ordenamento brasileiro, estabeleceu assim a Carta Magna de 1988 em seu artigo 37:

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.

Em se tratado de ações de indenização contra o Estado é preciso notar que nem sempre o dano será causado por uma atividade positiva estatal. Uma grande gama de danos é originada por omissões do Poder Público através da deficiência ou baixa qualidade no serviço público prestado (enchentes, estradas mal sinalizadas, buracos em rodovias).

Todavia, a falta de um tratamento normativo acerca das omissões do Poder Público tem gerado acirradas discussões doutrinárias e, especialmente jurisprudenciais, acerca da maneira ideal, sob o prisma do Estado Democrático consagrado na CF/88, de tratar os danos oriundos da responsabilidade extracontratual

do Estado por omissão. Dissertando sobre a grande divergência existente aduz Helena Dias Pinto:

Merece registro o fato de que a existência de divergência tão acentuada na doutrina e na jurisprudência constitui um obstáculo de difícil transposição para que as vítimas de danos – sobretudo hipossuficientes – tenham acesso a uma prestação jurisdicional efetiva com vistas à reparação de danos acarretados por omissão estatal. A dificuldade já começa no momento em que o profissional precisa redigir a petição inicial. Qual teoria deverá ser escolhida? Essa perplexidade tende a se repetir no momento do julgamento, razão pela qual há tendência de que a prestação jurisdicional deixe a desejar em relação aos critérios de presteza e de segurança. Por fim a multiplicidade de teorias favorece a protelação do encerramento do processo, ensejando a possibilidade de recursos diversos, inclusive pela via estreita do recurso extraordinário para a discussão de matéria constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal (PINTO, 2008, p. 156).

A corrente de responsabilização subjetiva do Estado por omissão é calcada na teoria da culpa do serviço – *faute du servisse*, isto é, deverá haver a comprovação da falha do serviço. Decorre, pois, de uma interpretação restritiva do art. 37, parágrafo 6º da CF/88, visto que o texto constitucional, ao utilizar o verbo “causar”, acabaria por exigir, exclusivamente, uma atuação positiva (ação) dos agentes públicos. Assim dispõe José dos Santos Carvalho Filho:

Há mais um dado que merece realce na exigência do elemento culpa para a responsabilização do Estado por condutas omissivas. O art. 927, parágrafo Único, do Cód. Civil, estabelece que —*Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei*, o que indica que a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, pressupõe menção expressa em norma legal. Não obstante, o art. 43, do Cód. Civil, que, como vimos, se dirige às pessoas jurídicas de direito público, não incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, §6º, da CF. desse modo, é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos comissivos e que os omissivos só podem ser objeto de responsabilidade estatal se houver culpa (Carvalho, (2009, 603).

Consagra-se, assim, nas palavras de Sérgio Severo (2009, p. 266), a adoção de teorias bidimensionais. De um lado o comportamento omissivo sob o regime objetivo, de outro os comportamentos omissivos sob a tutela da teoria subjetiva. A responsabilidade pública, conquanto consagrada no Texto Constitucional na modalidade objetiva – não é considerada apropriada aos casos de omissão.

Impende ressaltar que célebres doutrinadores, a exemplo de BASTOS (2001, p. 221), GASPARINI (2011, p. 1127), ZIMMER (2009, p. 370), MELLO (2012, 1029), DI PIETRO (2005, p. 569), entendem ser aplicável a teoria subjetiva aos casos de omissão estatal.

No campo jurisprudencial, o STJ adotou a teoria subjetiva por longo período, realizando a diferenciação entre os danos gerados por ações e omissões.

Todavia, recentemente, o Tribunal da Cidadania curvou-se ao fixado pelo STF, não mais diferenciando os requisitos aplicáveis aos danos gerados por ações ou omissão estatais:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. MORTE EM DECORRÊNCIA DE DISPARO DE ARMA DE FOGO NO INTERIOR DE HOSPITAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIGILÂNCIA. FALHA ESPECÍFICA NO DEVER DE AGIR. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. NÃO OCORRÊNCIA.1. A responsabilidade civil estatal é, em regra, objetiva, uma vez que decorre do risco administrativo, em que não se exige perquirir sobre existência de culpa, conforme disciplinado pelos arts. 14 do Código de Defesa do Consumidor; 186, 192 e 927 do Código Civil; e 37, § 6º, da Constituição Federal.2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento do Excelso Pretório, firmou compreensão de que o Poder Público, inclusive por atos omissivos, responde de forma objetiva quando constatada a precariedade/vício no serviço decorrente da falha no dever legal e específico de agir. (...). (REsp n. 1.708.325/RS, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 24/6/2022.) (Grifou-se)

No Supremo Tribunal Federal a corrente subjetiva foi predominante durante longo período de tempo. Conforme acena Pinto (2008, p. 156-162), no período compreendido de 1946 a 2006 foram localizados no repositório do STF 62 julgados referentes a casos de responsabilidade civil por omissão. Desse total, foi identificada em 32 a adoção da teoria subjetiva. Entretanto, somente onze são posteriores a CF/88, o que demonstra que “o peso de tal corrente é muito maior na tradição do STF do que no universo das decisões proferidas no contexto atual (Pinto, 2008, p. 157).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a corrente subjetiva perdeu força no âmbito da Corte Constitucional, tendo em vista o seu anterior caráter quase unânime (Pinto, 2008, p. 161). Tal constatação deriva, ainda que em parte, do fato de que seu principal defensor, o ilustre Ministro Carlos Velloso, aposentou-se em 2006 (Braga, 2012, p.160). Como exemplo de sua influência no STF citam-se os

julgados de sua relatoria: RE 179147-1/SP (julgado: 12/12/1997), RE 369820-6/RS (julgado em 04/11/2003), RE 372472-0/RN (julgado em 04/11/2003), RE 382054-1/RJ (julgado em 03/08/2004), AgR 489254-2/RS (julgado em 15/02/2005).

Logo, pode-se afirmar que a corrente subjetiva de responsabilização estatal vem pouco a pouco sendo enfraquecida, senão até mesmo totalmente esquecida. Conforme nota Braga (2012, p.160), segue-se, deste modo, a clara evolução da responsabilidade civil, baseada em ensinamento evolutivos da doutrina e jurisprudência, subjetiva para a objetiva, refugando qualquer resquício do regime civilista.

Passa-se, então, a analisar a teoria objetiva sob a perspectiva da consagração de um tratamento único para as questões dos danos causados pelo Estado, seja por ação ou por inércia.

Preferencialmente, cumpre frisar que para uma parcela expressiva da doutrina, a exemplo de CAHALI, MEDAUAR, ROCHA e TEPEDINO, não há motivo plausível para que se dispense tratamento díspar entre as ações e omissões do Poder Público. Nesse sentido refere Freitas (2005, p. 27) “não há, com a devida vênia, nada substancial que justifique o tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões”.

Adepto da corrente objetiva, Gustavo Tepedino (2004, p. 210-211) avulta que não cabe ao intérprete limitar o alcance de dispositivo normativo (art. 37, §6), mormente por seu caráter constitucional.

A exigência de demonstração de culpa restaura a situação de desigualdade na relação entre administrado e Estado, bem como acaba estabelecendo um verdadeiro anacronismo na escala evolutiva da responsabilidade civil estatal. A norma constitucional que consagra da responsabilidade objetiva do Estado, sem diferenciar atos comissivos de atos omissivos, não deve ser interpretada restritivamente. Nessa acepção, tratando da interpretação de normas jurídicas, define Maximiliano:

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar distinções novas, nem dispensar nenhuma das expressas (MAXIMILIANO, 1979, p. 247).

Atualmente, a Corte Constitucional vem aplicando o preceito constitucional esculpido no art. 37, parágrafo 6º, indistintamente aos casos de ação e omissão.

Portanto, percebe-se que a adoção da responsabilidade objetiva em atos omissivos não pode ser traduzida, de modo algum, no absoluto dever reparatório de qualquer prejuízo. Assim, esclarece Cahali:

[...] só no exame de situações concretas permite-se identificar se seria razoavelmente exigível a atuação estatal no sentido da execução da obra ou prestação do serviço devido e cuja ausência ou insuficiência terá sido a causa do dano sofrido pelo administrado; e mais, simples conduta omissiva do ente público, por si só, não assenta a obrigação indenizatória, havendo necessidade de que esta conduta omissiva tenha dado causa ou concorrido para a causação do acidente (Cahali, 2007, p. 222)

Como exemplo de situações que normalmente revelam a omissão do Estado em seu dever de agir tem-se as obras não sinalizadas, semáforos com defeito, inundações e enchentes, quedas de árvores, entre inúmeros outros casos.

Em síntese, a discussão acerca da presença de responsabilidade do Estado por atos omissivos deve orbitar em torno do nexos causal e não em torno da culpa. Deste modo, ainda que o Estado comprove não ter havido culpa ou dolo de seus agentes, caso verificada a presença do nexos causal emergirá o dever de reparar o lesado (Braga, 2012, p. 159).

Em resumo, cumpre anotar que embora ainda viva considerável divergência acerca da exigência ou não do elemento culpa aos casos relacionados às omissões estatais, nota-se que, seguindo a escala evolutiva da responsabilidade civil e realizando a justa interpretação do regramento constitucional, a jurisprudência pátria parece seguir a parcela da doutrina que trata de forma uníssona tanto os atos comissivos quanto os omissivos, e, assim, afirmando o princípio da igualdade material ao, mormente, igualar a situação desigual em se encontram Estado, com todo seu aparelhamento técnico, e administrado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo central analisar como são tratados os casos de responsabilidade civil por omissão do Estado no ordenamento brasileiro.

Especialmente, buscou-se verificar quais os elementos necessários para sua configuração e, conseqüentemente, qual a teoria a ser aplicável. Procurou-se, ainda, fornecer sob o prisma evolutivo, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, uma visão atual que se adapte ao modelo constitucional brasileiro, bem como que proteja os administrados frente aos atos omissivos do Estado.

O atual texto constitucional consagra a responsabilidade sem culpa do Estado – teoria objetiva. Portanto, para que se obtenha do Estado o devido ressarcimento basta que se comprove a presença do nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido por terceiro. Todavia, quanto às omissões não há qualquer normativo que se refira de forma clara.

Assim, passou-se a analisar, detalhadamente, as duas principais teorias que buscam solucionar o problema da falta de normatização: a teoria objetiva e a teoria subjetiva.

Constatou-se, sem maiores divagações, que os danos causados pelo Poder Público aos indivíduos por condutas comissivas são, sem dúvida de natureza objetiva. Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto a esta constatação. Porém, com relação aos prejuízos provenientes da inação do Estado, buscou-se estabelecer a corrente adequada a ser seguida.

De um lado posiciona-se a doutrina que, partindo de uma interpretação restritiva do preceito constitucional, acredita que o constituinte quis se referir somente às ações do Estado. Segundo estes, a responsabilidade por omissão do Estado deve ser analisada sobre o prisma subjetivo, isto é, exigindo-se do administrado a comprovação da culpa do serviço. Para tanto, deverá provar que a ausência ou demora injustificada do serviço foi fator decisivo para a ocorrência do dano.

No campo da jurisprudência a teoria subjetiva foi aplicada massivamente no Supremo Tribunal Federal até o advento da Constituição de 1988. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em que pese muitos julgados referir-se a exigência de culpa como assunto “pacífico”, verificou-se que a teoria objetiva começa a ganhar força. Em algumas situações, como a morte de detentos nos presídios brasileiros, já restou, inclusive, pacificada a desnecessidade de comprovar-se qualquer espécie de culpa do serviço.

Creditando às omissões estatais tratamento igual às ações, aplicando-se indistintamente o art. 37, §6 da CF/88, estão os adeptos da corrente objetiva. Referem que o Estado deve responder na forma exposta pela teoria do risco administrativo, exigindo-se basicamente o nexo de causalidade, o fato da administração e o evento dano.

O principal argumento em desfavor da utilização da responsabilidade objetiva nas omissões baseia-se na máxima que o Estado acabaria assumindo o papel de segurador universal. Todavia, tal entendimento não merece prosperar, visto que a teoria do risco administrativo, na modalidade objetiva, admite variadas hipóteses excludentes da responsabilidade civil do Estado, a exemplo de casos fortuitos, de força maior, de culpa exclusiva da vítima. Aceita-se, ainda, atenuantes da responsabilidade civil, como nos casos em que a vítima concorre para o evento danoso.

O Supremo Tribunal Federal, cumprindo seu papel de interpretar a Constituição Federal, vem consagrando na maioria expressiva de seus recentes julgados a aplicação da responsabilidade objetiva aos danos oriundos de omissões do Estado, ou seja, aplicando tratamento idêntico ao já consagrado para os atos positivos do Estado. De tal modo, não exige que o administrado tenha a árdua tarefa de demonstrar que houve a falha do serviço. Basta, pois, que comprove que a omissão do Estado contribui para o lesivo, isto é, a demonstração do nexo causal.

Ademais, nota-se que a exigência de demonstração do elemento culpa reconstrói a situação de desigualdade na relação entre administrado e Estado, bem como acaba estabelecendo um verdadeiro anacronismo na escala evolutiva da responsabilidade civil estatal. A norma constitucional que consagra a responsabilidade objetiva do Estado, sem diferenciar atos comissivos de atos omissivos, não deve ser interpretada restritivamente, sob pena de tornar o justo ressarcimento demasiadamente dificultoso para os administrados.

Conforme o exposto, chega-se à conclusão de que a teoria objetiva é a que melhor atende aos anseios da sociedade. Primeiro, porque se unifica a forma como o Estado é responsabilizado por seus atos – tanto por ações, como por omissões – facilitando tanto o ingresso das demandas, como a decisão que a resolve. Segundo

uma vez que a responsabilização objetiva do Estado se apresenta com um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sobretudo pela grande existência de riscos inerente à atuação do Estado. Ao aplicá-la, garante-se aos administrados, ainda, na maioria das vezes enquadrados em condição hipossuficiente, a efetiva prestação jurisdicional e favorece, pela simplificação da forma de demonstrar a responsabilidade do Estado, o amplo acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito Civil: introdução** – 6ª ed. rev. atul. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Código Civil. **Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

BRASIL. Constituição, 1934. **Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm

BRASIL. Constituição, 1824. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm

BRASIL. Constituição, 1891. **Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm

BRASIL. Constituição, 1946. **Constituição dos Estado Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm

BRASIL. Constituição, 1967. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm

BRASIL. Código Civil. **Lei n.º 3.071 de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

CAMPOS, L. Fernando Reglero. **Tratado de responsabilidade Civil** – 3ª ed. Navarra: Arazandi: 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 23. ed. re., ampl. e atual. Rio de Janeiro: 2009.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume I, 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas e Bastos, 1964.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

CRETELLA, José Junior. **Tratado de Direito Administrativo** – 1ª edição, Vol. VIII. São Paulo-Rio: Forense, 1970.

DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil** – Rio de Janeiro: Forense. 1954.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. **A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão**. RDA, nº. 241, jul.set. 2005,

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo** – 16ª d. Atual. Por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva: 2003.

MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo** – 8. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo** – 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª ed.. Rio de Janeiro: 1979.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno** – 10ª edição rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** - 27ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros: 2002.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** – 29ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado** – Salvador: Juspodivm, 2012.

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

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.