

Responsabilidade civil do estado nos casos de omissão e o posicionamento dos tribunais

Guilherme Ramos Machado
José Osório do Nascimento Neto

Resumo

A responsabilidade civil do Estado constitui um dos institutos mais importantes não só do Direito Administrativo, mas ainda, da órbita do Direito Público. Ao longo dos anos a sua concepção vem apresentando evolução e, por esta razão diversas teorias foram sendo desenvolvidas. A ideia de responsabilização advém da compreensão em que se buscar restabelecer o equilíbrio que ora foi rompido e causou prejuízo a terceiro, busca-se o retorno do *status quo ante* do indivíduo por meio de uma compensação de ordem patrimonial. O Estado no desempenho de suas funções é imbuído de prerrogativas e deveres, sendo que dada a importância e extensão das atividades que exerce deve ser responsabilizado pelos danos ocasionados aos seus administrados em virtude de sua atuação. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que em se tratando de atos comissivos do Estado o seu dever de indenizar restará configurado pela ordem objetiva, entretanto, a grande divergência que se apresenta é a aplicação da corrente objetiva ou subjetiva nos casos omissivos estatais. A partir deste viés, apresenta-se o escopo do presente trabalho, de forma a analisar o instituto em apreço, delineando os aspectos que permeiam o assunto e demais conjunturas correlatas.

Palavras chave: Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Teoria objetiva. Teoria subjetiva. Reserva do possível.

Abstract

The civil liability of the State is one of the most important institutes not only of administrative law, but also the public law orbit. Over the years its design has been showing progress, and for this reason several theories have been developed. Accountability idea stems from the understanding that to seek to restore the balance that now was ruptured and caused damage to a third party, seeks to return the individual's status quo ante through an equity compensation order. The State in the performance of its functions is imbued with powers and duties, and given the importance and extent of activities that exercise should be held responsible for damage caused to their administered by virtue of their performance. It is common ground in the doctrine and jurisprudence that in the case of commissive acts of the State in its duty to indemnify remain set by the objective order, however, the wide divergence that arises is the application of objective or subjective current in state omissive cases. From this bias, it shows the scope of this work, in order to analyze the institute in question, outlining the aspects that permeate the subject and other related circumstances.

Keywords: Liability of the State. Omission. objective theory. subjective theory. Reservation possible.

1. INTRODUÇÃO

Com a evolução do tempo e, por consequência das teorias que se alinharam acerca da concepção da responsabilidade civil do Estado, pode-se afirmar que, atualmente é inequívoca e assente na doutrina e na jurisprudência a afirmação de que, o ente estatal é responsável por seus atos e terá que indenizar os danos que causar aos seus administrados.

Não obstante a consensualidade majoritária no sentido de que, a dicção do artigo 37, §6º, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 perfilha a teoria da responsabilidade objetiva no que tange aos atos comissivos do Estado, ainda há discussões em relação aos atos omissivos.

Nesta ótica, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, §6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e para a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço público. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse. Até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar¹.

Em que pese a consideração apontada pela ilustríssima doutrinadora, a de se considerar que, para alguns autores a distinção entre a aplicação de uma ou outra teoria é de suma importância e nesse ponto é que se explicitará os debates e posições de maior relevância.

Almiro do Couto e SILVA faz uma ressalva ao aduzir que a regra na responsabilidade do Estado é a dispensa de culpa, bastando, pois, a configuração do dano e nexa causal. A análise da culpa seria imprescindível apenas em certos casos.

É o que ocorre, por exemplo, nos serviços que o Estado presta aos particulares e que, nas relações privadas são caracterizados como obrigações de meios e não obrigações de resultados, tais como os serviços médicos, de defensoria pública, etc².

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 644-645.

² SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado de Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 202, p. 1- 24, out./dez., 1995.

Por sua vez, Lúcia Valle FIGUEIREDO patrocina a posição de que na omissão do Estado em seu dever de fiscalizar aplica-se a regra geral da responsabilidade objetiva, sendo que na dificuldade de comprová-la “dever-se-á apelar para a responsabilidade subjetiva, verificando-se, destarte, se houve ausência de prestação devida ou se, também – embora tenha havido tal prestação –, sua insuficiência”³.

Assim, colhe-se dessas perspectivas doutrinárias que, enquanto alguns autores são adeptos à teoria subjetiva, enquanto outros defendem a teoria objetiva, de outro lado, ainda subsistem aqueles que aceitam a convivência das duas teorias a depender da situação *in casu*.

A priori, ao adentrar propriamente dito no mérito e nos fundamentos que dividem os doutrinadores acerca da responsabilidade subjetiva ou objetiva diante da omissão estatal, necessário far-se-á compreender o que vem a configurar a omissão. A omissão, comumente conceituada, configura-se como o ato ou efeito de omitir-se; a falta, uma lacuna; a ausência de ação; inércia ou ainda, o ato ou efeito de não fazer aquilo que moral ou juridicamente se devia fazer⁴.

Em linhas gerais, o Estado pode produzir aos particulares danos seja por meio de ação, seja por sua omissão. Quando o fato administrativo advém de um comportamento comissivo, este pode ser originado de uma conduta de natureza culposa ou dolosa e, diante disso a responsabilidade objetiva estatal será configurada nas hipóteses em que os elementos: fato administrativo, nexos causal e o dano estiverem presentes.

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante de um dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos⁵.

³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. - 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2003, p. 284-285.

⁴ OMISSÃO. In: <<http://www.dicionarioaurelio.com/omissao>>. Acesso em 11 fev. 2016.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade Civil do Estado. In: **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541.

2. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA ESTATAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manteve-se fiel à tradição da corrente subjetivista até se encerrar a década de 80. Somente no início da década de 90 ocorre uma verdadeira revolução na jurisprudência do STF em matéria de teoria adotada para os casos de responsabilidade civil do Estado por omissão⁶.

Percebe-se que até então era resistente a concepção de que, para ensejar a responsabilização do Estado deveria estar presente o pressuposto que evidencia a teoria subjetiva, qual seja, a culpa, em qualquer de suas modalidades: imprudência, imperícia e negligência.

No julgamento do RE 130764-1/PR, relatado pelo Min. Moreira Alves no ano de 1992, pela primeira vez, desde o advento da Constituição Federal de 1946, é feito o enquadramento da responsabilidade civil do Estado por omissão no sistema da responsabilidade objetiva. Mas o passo não foi muito amplo, porque apesar de ter sido adotada a responsabilidade objetiva, o resultado do julgamento foi no sentido de improcedência do pedido de indenização⁷.

A partir do julgamento desse Recurso Extraordinário começa a se perfilhar a ideia de uma possível adoção de responsabilidade na modalidade objetiva do ente estatal, o que acontece de fato alguns anos depois.

É no julgamento do RE 109615-2/RJ, sob a relatoria do Min. Celso de Mello que, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal condena o Estado por omissão com fundamento na responsabilidade objetiva. Esse acórdão pode ser considerado o marco fundamental da nova feição da jurisprudência do STF em relação à responsabilidade por danos em casos de omissão do Poder Público. Inaugura-se então (o ano é 1996) uma série de decisões nesse sentido, intercaladas com outras em que foi aplicado o sistema da responsabilidade subjetiva ou não houve explicitação de qual a teoria adotada⁸.

A decisão exarada consubstanciou-se na análise da responsabilidade do Poder Público em virtude de danos que foram ocasionados a alunos no estabelecimento oficial

⁶ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 167-168.

⁷ Idem.

⁸ Ibidem, p. 168.

de ensino e, diante do caso concreto, a Suprema Corte decidiu que nessa situação o Estado tem o dever de velar pela integridade física dos alunos, de modo que, eventuais lesões sofridas por estes durante o período em que permanecerem no recinto ensejaria responsabilização do ente estatal. A transcrição da ementa apresenta o seguinte teor:

INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO – PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO – FATO OCORRIDO NO RECINTO DA ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA – RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.

A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos⁹.

Esse acórdão foi paradigmático no tocante a temática da responsabilidade civil que até então, na prática, se imiscuia de aplicar a teoria objetiva em casos concretos. Além disso, ele tem um conteúdo abastado em seu corpo, no sentido de expor, dentre outras questões importantes, a explicitação acerca de quais requisitos são necessários para configuração da responsabilização objetiva. Nessa acepção:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado 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. Os elementos que compõem a estrutura e delineam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil do Poder Público por danos causados a alunos no recinto de estabelecimento oficial de ensino. Recurso Extraordinário 109615-2/RJ. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro e Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello. 28 mai. 1996. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743959/recurso-extraordinario-re-109615-rj>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RT 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99)¹⁰.

Com a apresentação desses requisitos, é possível extrair que em estando ausente algum deles já se faz suficiente para elidir a responsabilização objetiva do Estado, principalmente quando se tratar da inexistência da causalidade material entre o dano e o comportamento do agente, tendo em vista que este é o liame de ligação, o vínculo normativo entre o fato e o dano. Com o objetivo de explicar o que vem a ser o nexo de causalidade CAVALIERI apresenta a seguinte lição:

O nexo de causalidade é indispensável à configuração de qualquer espécie de responsabilidade civil. O nexo causal é, assim, o elo que vincula um fato imputável ao Estado ao seu resultado, o dano. Há que se analisar, portanto, a relação de causa e efeito entre esses dois fatores (fato e dano). Além disso, avalia-se a existência de um nexo de imputação entre o fato lesivo em relação ao Estado. Pode ocorrer, assim, que fatores como o risco, conveniências econômicas ou a equidade (em sua vertente voltada à isonomia entre os integrantes da coletividade = solidariedade social) sejam considerados para efeito de se afirmar a existência desse nexo de imputação¹¹.

Com estas considerações quer se demonstrar que nem a própria responsabilidade objetiva é absoluta, ou seja, vez que para sua configuração é necessário o preenchimento dos elementos acima elencados e inclusive, de acordo com a doutrina e com a jurisprudência, certas situações podem excluir totalmente a responsabilidade do Estado, tal como se pode observar:

O princípio da responsabilidade objetiva – já advertiu o Supremo Tribunal Federal – não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50)¹².

Em observância aos precedentes que foram sendo formados na Corte Superior é de se notar que, os casos omissivos nos quais a incidência da teoria objetiva teve êxito são de aplicação específica, de modo que, ela não vem sendo aplicada de forma irrestrita e alargada.

¹⁰ Idem.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de ...**, p. 71.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Responsabilidade Civil do Poder Público por danos causados a alunos no recinto de estabelecimento oficial de ensino**. Op. cit., p. 89.

Um dos casos mais emblemáticos em que o Supremo Tribunal Federal adotou a responsabilidade objetiva na omissão tratava de lide entre o proprietário de veículo automotor que veio a colidir com um animal que se encontrava na pista de uma estrada municipal. Acompanhando o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o município deveria indenizar o proprietário do veículo, não obstante o fato de que o evento ocorreu em plena madrugada (RE180602-8/SP)¹³.

Mister faz ponderar que esse entendimento vem sendo reiterado pelos Tribunais, como pode ser visto no contíguo julgado:

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ATROPELAMENTO DE ANIMAL EM RODOVIA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO (POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL) E DO DNIT. NEXO DE CAUSALIDADE. PROVA. DANOS MATERIAIS. DIREITO À INDENIZAÇÃO. (...) A orientação que vem prevalecendo nas Turmas da Suprema Corte é no sentido de que subsiste a responsabilidade objetiva em se tratando de conduta omissiva, devendo esta ser apurada pela existência de um dever jurídico, inadmitindo-se a designada omissão genérica (...) ¹⁴.

Um caso recém apreciado pelo Plenário do STF em que se deu repercussão geral e se imputou ao Estado a responsabilização objetiva, versa sobre os casos de morte de detento, dentro do estabelecimento penitenciário.

O julgamento ocorreu na data de 30 de março de 2016 e teve como relatoria o Ministro Luiz FUX. No caso dos autos o Recurso Extraordinário (841526) foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS), que determinou o pagamento de indenização à família de uma presidiária morta dentro da Penitenciária Estadual de Jacuí. Na necropsia, a causa da morte foi apontada como sendo asfixia mecânica (enforcamento), entretanto, não foi conclusivo em asseverar se foi decorrência de homicídio ou suicídio.

FUX asseverou que seja em caso de homicídio, seja em caso de suicídio, a responsabilidade do Estado se perfaz. O ministro salientou que, existem inúmeros precedentes que se coadunam nesse sentido no Supremo Tribunal Federal, e afirmou

¹³ PINTO, Helena Elias. Op. cit., p. 170.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Responsabilidade Civil Objetiva do Estado. Apelação/Reexame Necessário 200851080002192. Katia Cilene Rangel Mendes Cardoso e outros e Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT. Relator: Desembargador Federal José Antonio Neiva. 03 de out. 2012. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23489843/apelre-apelacao-reexame-necessario-reex-200851080002192-trf2/inteiro-teor-111721603>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

que esse posicionamento está em consonância com o disposto no inciso XLIX, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, em que preceitua ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Concluiu o relator que “se o Estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade civil do Estado”¹⁵.

Outro tema que ostenta demasiada relevância na jurisprudência versa acerca da responsabilização do Estado nos casos em que há cometimento de crime por preso foragido da prisão. O próprio STF tem oscilado entre a adoção da teoria objetiva ou subjetiva nesses casos, como se demonstrará, e por esta razão o tema teve reconhecida a repercussão geral, no Recurso Extraordinário 608880/RG, e aguarda decisão final do Supremo para definir a controvérsia em tela.

Como exemplificação de entendimento adotado acerca da responsabilidade objetiva, cita-se o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607771/SC, que expôs o seguinte juízo:

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 no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia, a inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido 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. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁶.

É de se ressaltar que, em análise do recurso supra mencionado, o Ministro Eros Grau, relator do processo, asseverou que a Corte Suprema em caso análogo ao apreciado, no RE 573.595 do ano de 2008, já havia afirmado a responsabilidade civil objetiva do Estado. A situação relatada era de um latrocínio cometido por foragido e assim, diante da negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço que se seguiu antes do crime foram

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil Objetiva do Estado por morte de detento. Recurso Extraordinário 841526/RS. Estado do Rio Grande do Sul e V.J. de Q. (representado por Simone Jardim). Relator: Ministro Luiz Fux. 30 mar. 2016. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313198>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil do Estado. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607771/SC. Estado de Santa Catarina e Sirlei Santos Maximiano. Relator: Ministro Eros Grau. 20 abril 2010. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611128>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

suficientes para caracterizar o nexo de causalidade¹⁷.

Entretanto, já houve precedente da mesma Corte no sentido de que tal situação deve ser tratada com a perspectiva da teoria subjetiva, como se depreende do adjacente acórdão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido¹⁸.

Consagrou-se, portanto, *in casu* a teoria subjetiva, exigindo assim a demonstração do elemento culpa para configuração da responsabilidade do Estado. Deveras é correto ponderar que, o próprio Supremo possui compreensão divergente dessa situação e, por esta razão visa dirimir a controvérsia com o processo que aguarda julgamento em repercussão geral.

A teoria objetiva vem sendo consagrada em muitos casos em que se litiga a condenação do ente estatal pela omissão ou deficiência na prestação de serviços correlatos à saúde, como se observa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – FATO DANOSO (MORTE) PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO – PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE, INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde

¹⁷ Idem.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil das pessoas públicas. Recurso Extraordinário 369820/RS. Estado do Rio Grande do Sul e Maria Anísia Hauschild. Relator: Ministro Carlos Velloso. 04 nov. 2003. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769998/recurso-extraordinario-re-369820-rs>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o “eventus damni” ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido¹⁹.

A saúde é um direito fundamental do ser humano, insculpido no artigo 196 da Constituição Federal, e ainda, um dever da incumbência da órbita do Estado. Desse modo, diante da decisão referida infere-se que a omissão do Poder Público na prestação dos serviços de saúde ou sua má prestação ensejará sua responsabilidade sob a ótica objetiva.

Dano moral. Ocorrência. Valor fixado em R\$ 10.000,00, que deve ser mantido, vez que atende ao critério punitivo/pedagógico. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, COM BASE NO CAPUT DO ART. 557 DO CPC. (0000702-72.2004.8.19.0204 - APELACAO, 1ª Ementa, DES. ANDRE RIBEIRO - Julgamento: 09/12/2011 7ª CAMARA CIVEL) APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA AUTORA QUE SOFREU ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL DOIS DIAS APÓS TER SIDO ATENDIDA EM UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO ESTADUAL NA QUAL O ATAQUE ISQUÊMICO NÃO FOI PRECOCAMENTE DIAGNOSTICADO - PROVA DOCUMENTAL QUE COMPROVA QUE A AUTORA JÁ APRESENTAVA SINTOMAS COMUMENTE ASSOCIADOS À DERRAME CEREBRAL - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O acórdão colacionado analisou a responsabilidade do Estado frente a prestação deficiente de serviço à saúde de uma paciente. Conjugada à concepção balizada quanto a responsabilização objetiva entendeu-se que houve violação ao dever de eficiência, este que se traduz num princípio constitucional, sendo assim condiz a uma obrigação que o Poder Público tem de zelar.

Nesse aspecto impende asseverar que os insignes doutrinadores WACHEM e GABARDO afirmam que em se tratando de responsabilidade do ente estatal por descumprimento do princípio da eficiência ela deverá ser de ordem objetiva, como se pode observar:

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil objetiva do Poder Público. Embargos de declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.689. Distrito Federal e Alberdan Nascimento Araújo e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 jun. 2012. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2622730>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

O texto constitucional requer a comprovação de dolo ou culpa tão somente no caso da ação regressiva em face do agente. Nos demais, a responsabilidade objetiva é medida que se impõe. Afinal, a conduta eficiente pressupõe o alcance do chamado “ponto ótimo”, e o agente pode não praticar o ato ótimo, e mesmo assim não agir com negligência, imprudência e imperícia. Ou, por outro ângulo, pode agir com dolo, como no caso de corrupção, por exemplo, e não estará descumprindo diretamente o princípio da eficiência, mas sim o da moralidade. Portanto, a apuração da eficiência não se confunde com a apuração de culpa²⁰.

Outra ocorrência que se apresenta emblemática na atividade judicante e, a qual tem sido reconhecida a aplicação da teoria objetiva, aborda a indenização dos agentes lesados por acidentes decorrentes da má conservação das vias públicas, como no presente julgado:

Decisão: Vistos. Município de Niterói interpõe agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim do: “Agravo interno na apelação cível. Ação indenizatória em face do Município de Niterói. Omissão específica do ente público municipal na conservação de via pública, fato desidioso que culminou com a queda de transeunte em bueiro. Preliminar de ilegitimidade passiva que se afasta, por não se tratar de responsabilidade subsidiária do Estado. Responsabilidade objetiva fundada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Contexto probatório que demonstra a ocorrência dos fatos embasadores da pretensão. Nexos causal incontroverso. Dever de indenizar que se impõe. Indenização por danos materiais que não foi objeto de impugnação recursal. Dano moral ocorrido in re ipsa. Valor indenizatório arbitrado em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) que atende aos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, bem como às peculiaridades do caso, não merecendo majoração ou redução. Correção monetária que deve incidir a partir da prolação da sentença, com juros moratórios a contar do evento danoso. Honorários de sucumbência corretamente fixados. Decisão do Relator que se apoia em jurisprudência sedimentada desta Corte Estadual e da Corte Nacional²¹.

Nesse julgado um particular ajuizou uma ação indenizatória em face do Município de Niterói pleiteando uma indenização pelo fato de ter caído dentro de um bueiro, quando transitava em uma determinada rua. Instado a decidir o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela condenação do Município por nesta situação ele foi omissos com o dever de conservar as vias públicas. Ademais, a Corte superior reconheceu que essa omissão é de natureza específica, ou seja, o dano só foi ocasionado ao terceiro porque o Poder Público tinha o dever de agir para impedir o resultado e assim não o fez.

²⁰ HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 23.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Omissão específica do ente público municipal na conservação de via pública. Agravo no Recurso Extraordinário. Município de Niterói e Regina Célia dos Santos Nicolau. Relator: Ministro Dias Toffoli. 10 jan. 2012. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=688777&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

A conservação das vias públicas é dever do Poder Público que possui a incumbência de evitar que seus administrados sejam lesados. Nesse entendimento CAHALI pontua que:

A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas. A omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado²².

Não obstante a decisão relatada, existem julgados que contemplam a teoria subjetiva no caso em tela, como se pode conferir:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. FALTA DE CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ÁREA PÚBLICA. INDENIZAÇÃO CARACTERIZADA. ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE EVENTUAL AFRONTA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS NO APELO EXTREMO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE NO ACÓRDÃO REGIONAL. SÚMULA 279/STF. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 16.11.2009²³.

Por fim cumpre ressaltar outra situação recorrente no Judiciário. Trata-se da questão da bala perdida. Principalmente em Estados que tem forte incidência de confrontos entre policiais e traficantes, é comum a ocorrência de morte de pessoas inocentes. Diante desse cenário cabe ao Estado se responsabilizar por tais mortes?

Essa mesma indagação é feita por Sérgio CAVALIERI, que se posiciona asseverando que a resposta é indiscutivelmente positiva porque o dano (morte ou ferimento de um transeunte) teve por causa a atividade administrativa. Em que pese o entendimento em contrário, é desnecessário saber se a bala partiu da arma do policial ou do bandido; relevante é o fato de ter o dano decorrido da ação desastrosa do Poder Público.

A responsabilidade civil do Estado, repita-se, é objetiva pelo risco da atividade. Terá o Poder Público que exercê-la, portanto, com a absoluta segurança, mormente quando extremamente

²² CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 300.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado. Agravo de Instrumento 850063/MG. Município de Belo Horizonte e Centro de Formação de Condutores via Brasil Ltda. Relator: Ministra Rosa Weber. 10 set. 2013. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagi_nadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4567838>. Acesso em: 02 abr. 2016.

perigosa, como é a atividade policial, de modo a garantir a incolumidade dos cidadãos. Destarte, sempre que o dano resultar da atividade estatal haverá o dever de indenizar objetivamente. Se a vítima foi atingida na troca de tiros entre policiais e bandidos, não há dúvida de que a ação dos agentes contribuiu de forma decisiva para o evento, pelo que indiscutível o dever de indenizar do Estado²⁴.

Essa concepção reflete o pensamento de que o Estado deve ser responsável pelos riscos que são criados pela sua atividade. No caso da bala perdida o Poder Público tem a incumbência de zelar pela segurança pública e pela proteção da sociedade que a sua omissão ou deficiência na realização de tais atividades gerará o dever de indenizar. Nessa perspectiva o entendimento jurisprudencial se apresenta:

Responsabilidade Civil do Estado. Danos Materiais e Morais. Ação Policial. Perseguição em Via Pública. Vítima Atingida por Projétil de Arma de Fogo. Bala perdida. Indenização por Danos Morais e Materiais. Configuração (...) O ponto central de controvérsia nos autos se concentra na existência ou não de responsabilidade civil do Estado quando agentes públicos (policiais militares), empreendendo perseguição a bandidos, com estes trocam tiros em via pública de alto tráfego de veículos e pedestres, resultando, desse tiroteio, lesões de natureza grave em terceiro, vítima inocente (...) A responsabilidade civil do Estado, pelos danos causados a terceiros, decorrentes da atuação dos agentes públicos, nessa qualidade, é objetiva²⁵.

Sílvio de Salvo VENOSA afirma que à primeira vista parece que a responsabilidade objetiva do Estado foi também ampliada para suas omissões. Alude, ademais, a necessidade de serem ponderados os argumentos em contrário, sob o risco de se estender em demasia a responsabilidade do Estado e inviabilizar, na prática, a Administração. Destarte, caberá à jurisprudência e aos estudos de direito administrativo estabelecer os limites e pressupostos desse aparente alargamento²⁶.

Consoante se verifica nos excertos transcritos, pode se afirmar que a responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão tem acolhido a teoria objetiva em várias situações. Entretanto como também foi demonstrado, a análise para aplicação de uma ou outra teoria é realizada de forma concreta, ou seja, *in casu*, e por esta razão é

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado**. Disponível em: <<http://news.gamamalcher.com.br/artigo/19/a-responsabilidade-civil-objetiva-e-subjetiva-do-estado--por-sergio-cavaliere-filho>>. Acesso em 02 abr. 2016.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil do Estado. Recurso Especial 1056605 RJ 2008/0102876-4. Estado do Rio de Janeiro e Ana Carolina Pedrosa de Moraes. Relator: Ministro Luiz Fux. 10 mar. 2009. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1056605_RJ_10.03.2009.pdf?Signature=7nhUBP6mbRGgKlIM92QIIEiJnf4%3D&Expires=1459714543&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=31ee9f6d3a576be72ff63efc1b81e638>. Acesso em 03 abr. 2016.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 282.

que há posicionamentos diversos frente a uma mesma situação geral. Sem embargo dos insígnies doutrinadores que se posicionam de maneira diversa, é notória a tendência à objetivação presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com estas apreciações passa-se à análise dos casos em que se vem dando primazia à corrente subjetivista.

3. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA ESTATAL

A corrente subjetivista foi a primeira a se manifestar na jurisprudência em se tratando de responsabilização por omissão estatal. Não há como afirmar com veemência qual das teorias é majoritária no entendimento dos Tribunais, pois como já deveras foi ponderado, há casos específicos em que a escolha por uma ou outra será demandada em análise no caso em concreto.

Desse modo, neste momento, se pretende delinear quais são as situações em que a corrente subjetiva vem ganhando maior aplicação. O primeiro caso a ser aludido abordou o litígio ocasionado por uma invasão em uma fazenda particular por integrantes do Movimento dos Trabalhadores sem Terra. Os colonos que faziam parte do MST haviam sido alocados em um local próximo à fazenda, mesmo que esse local fora sem condições mínimas de permanência.

Ocorre que, os proprietários da fazenda referida começaram a ser ameaçados de uma possível invasão e de pronto, acionaram o Estado requerendo proteção, o que não lhes foi provido. Subsequentemente, de fato, a invasão aconteceu e eles foram mantidos em cárcere privado, muitos animais foram mortos, além dos danos ocasionados à propriedade. Instado a se manifestar e decidir sobre a responsabilidade do Estado nesse processo o Supremo Tribunal Federal assim deliberou:

Responsabilidade civil do Estado por omissão culposa no prevenir danos causados por terceiros à propriedade privada: inexistência de violação do art. 37, § 6º, da Constituição. 1. Para afirmar, no caso, a responsabilidade do Estado não se fundou o acórdão recorrido na infração de um suposto dever genérico e universal de proteção da propriedade privada contra qualquer lesão decorrente da ação de terceiros: aí, sim, é que se teria afirmação de responsabilidade objetiva do Estado, que a doutrina corrente efetivamente entende não compreendida na hipótese normativa do art. 37, § 6º, da Constituição da República. 2. Partiu, ao contrário, o acórdão recorrido da identificação de uma situação concreta e peculiar, na qual - tendo criado risco real e iminente de invasão da determinada propriedade privada - ao Estado

se fizeram imputáveis as consequências da ocorrência do fato previsível, que não preveniu por omissão ou deficiência do aparelhamento administrativo.

Outra situação emblemática está envolta à questão da segurança pública. A segurança é um direito fundamental e está insculpido na Carta Constitucional sendo, portanto, um dever atribuído ao Estado. Porém, como se verifica na prática, o cenário que se apresenta na realidade é de insegurança e deficiência na prestação desse direito.

Nessa ótica, quando danos são gerados aos administrados em virtude dessa falha do Estado a responsabilidade da Administração Pública tem sido interpretada do seguinte modo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ROUBO DE VEÍCULO EM VIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. INOCORRÊNCIA. 1. Em se tratando de ato imputado ao ente político por falha no serviço prestado por seus órgãos, a presença do dever de indenizar é de ser analisado sob o prisma da teoria subjetiva, sendo imprescindível a demonstração de uma conduta dolosa ou culposa por parte do agente público, do dano suportado pela vítima e do respectivo nexo de causalidade nos autos a conduta dolosa ou culposa por parte de agente público a ensejar o roubo do veículo da autora, o qual se encontrava em seu poder na frente de casa. 2. Impossibilidade de se atribuir ao Estado o dever de segurador universal, para coibir todas as práticas ilícitas ocorridas no âmbito de sua circunscrição territorial. Precedentes. Sentença de Improcedência mantida. Em decisão monocrática, negado provimento ao apelo²⁷.

Nesse julgado um particular teve seu veículo roubado, o qual se encontrava estacionado em frente de sua residência, e por esta razão ajuizou ação indenizatória por danos morais e materiais em face do Estado, sob o fundamento de que este tem a incumbência de zelar pela segurança pública. Em análise do caso o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que por se tratar de um caso de omissão genérica do Poder Público não se poderia imputar-lhe o dever de segurador universal de modo a ter que coibir todas as práticas ilícitas que ocorrem. Deste modo, entendeu-se pela aplicação da teoria subjetiva, pois era necessário que o particular demonstrasse o dolo ou culpa do Estado na situação ocorrida.

Nessa mesma toada se analisou outra situação envolvendo segurança pública, qual seja:

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil do Estado. Apelação Cível 70054379268. Estado do Rio Grande do Sul. Luciano do Amaral Dornelles e outro. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. 17 maio 2013. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113013113/apelacao-civel-ac-700543792-68-rs/inteiro-teor-113013123>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL: INDICAÇÃO ERRÔNEA DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL AUTORIZADOR. ERRO MATERIAL NÃO ACOLHIDO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF. ADMINISTRATIVO: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VANDALISMO. INCÊNDIO A ÔNIBUS. SEGURANÇA PÚBLICA. OMISSÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. 1. A ausência ou errônea indicação do dispositivo constitucional autorizador implica o não conhecimento do recurso extraordinário por deficiência de formulação. Precedentes. 3. Não é toda inação administrativa que rende ensejo a responsabilidade civil do Poder Público, mas apenas as omissões específicas, onde há o dever individualizado de agir. Se o dano decorre de inobservância de um dever genérico e universal não há como se imputar ao ente estatal o dever de indenizar, porque inexistente a relação direta de causa e efeito entre a omissão estatal e o prejuízo experimentado pela vítima. 4. O descumprimento do dever genérico estatal de implementar política pública para assegurar a imposição constitucional de que seja providenciada a segurança pública não rende ensejo ao dever estatal de indenizar pelos danos decorrentes de vandalismo em data imprecisa, porquanto inexistente o dever individualizado de agir indispensável para a caracterização do nexo de causalidade e ensejador da responsabilidade civil do Estado.

O excerto supra transcrito ostenta uma lição deveras relevante ao que concerne à discussão travada entre a aplicação da corrente subjetiva e da objetiva. A doutrina e a própria jurisprudência perfilham o entendimento de que é necessário ponderar se a responsabilidade que está sendo atribuída ao Estado decorre de uma omissão geral ou de uma omissão de caráter específico.

A teoria do risco administrativo consagra a responsabilidade objetiva do Poder Público pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, por comportamento comissivo ou omissivo (CF, art. 37, § 6). Assim, o dever indenizatório estatal independe de dolo ou culpa do agente, do mau funcionamento ou falha da administração, mas, tão-somente, da relação de causa e efeito entre a ação ou omissão administrativa e o dano experimentado pelo administrado. Logo, não há falar em responsabilidade subjetiva do Estado, a depender de comprovação de dolo ou culpa²⁸.

Todavia, não é toda omissão estatal que enseja a responsabilidade objetiva do Estado contemplada no art. 37, § 6º, da CF, mas, tão somente, a omissão específica, ou seja, é necessário que a inércia administrativa seja a causa direta e imediata do não impedimento do evento. Se o dano decorre de inobservância de um dever genérico e universal não há como se imputar ao ente estatal a obrigação de indenizar, porque inexistente a relação direta de causa e efeito entre a omissão estatal e o prejuízo sofrido pela vítima²⁹.

Insta salientar, assim, que a responsabilidade subjetiva é aplicada quando se

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

estiver diante de uma omissão genérica do Estado, pois nesta hipótese, é imprescindível verificar se a falta de ação do agente público ocorreu em virtude de dolo ou culpa deste.

Neste prisma CAVALIERI exemplifica de forma elucidativa o contexto em que a omissão genérica e a específica se concebe:

haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.³⁰

Como se verifica a omissão específica ocorre quando o Estado devia e ainda, podia agir para que o resultado lesivo não ocorresse e assim não o fez. Entretanto, a omissão genérica pressupõe uma inércia do Estado, mas é necessário apurar a sua culpa ou dolo para verificar se ele teria condições de agir para evitar o dano, ou seja, é necessário aferir se a conduta do ente estatal contribuiu decisivamente para o dano e se era proporcional lhe exigir um comportamento diferente.

Deste modo se denota que quando se tratar de violação de um dever genérico por parte do Estado será primordial apurar subjetivamente a conduta, avaliando a presença de dolo ou culpa daquele que causou o dano.

A omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva. São exemplos de omissão genérica: negligência na segurança de balneário público - mergulho em lugar perigoso, consequente tetraplegia; o infortúnio ocorreu quando a vítima, aos 14 anos, após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível (REsp.418713-SP); queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta do serviço (Ap. Civ. 4846/2008, TJRJ); estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei - *faute du service public* caracterizada; a omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão (REsp. 409203/RS); poste de ferro com um sinal de trânsito cai sobre idosa no calçadão de Ipanema - a base de metal que sustentava o sinal estava bastante enferrujada e acabou quebrando com o apoio da idosa (Globo, 12/07/2010)³¹.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de...**, p. 261.

³¹ Idem.

O julgado acima retrata de forma bem clara a omissão genérica, ou seja, aqueles casos em que o Estado tem um dever de agir, mas é necessária apuração de seu dolo ou culpa para responsabilizá-lo, aplicando assim, a teoria subjetiva.

Nas contextualizações esboçadas impende asseverar que a segurança pública, como a maioria dos direitos sociais, se enquadra dentro do conjunto de deveres genéricos do Estado, sendo que para apuração da responsabilidade do Poder Público se ordenará de forma subjetiva, como se extrai:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO À MÃO ARMADA. FALHA OU OMISSÃO NA ATIVIDADE DO ENTE PÚBLICO. CULPA SUBJETIVA. Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado, o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente, há de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. O encargo do ente público pela garantia da segurança à coletividade não é de um segurador universal. Apelação improvida. Unânime³².

Diante desse contexto em que se abordam os direitos sociais e a prestação de serviços pelo Poder Público, é importante sinalizar que há uma exigência para que reste configurada a responsabilidade por omissão, qual seja, o dano evitável. Essa evitabilidade se consubstancia na possibilidade fática do ente público de impedir o dano ou prejuízo e mesmo assim, ele não o faz.

Se quer dizer que, em que pese o Estado possuir um dever genérico de efetivar os direitos aos seus administrados e prestar-lhes com eficiência os serviços de índole pública, não se pode afirmar de modo geral e abstrato que toda inércia é digna de responsabilização.

A prestação dos diversos serviços públicos hoje tem um padrão normal, observado o princípio da reserva do possível, isto é, observado aquilo que é compatível com as condições orçamentárias, estruturais e tecnológicas para prestar a atividade. Caso o serviço esteja dentro do padrão normal, o esperado, o possível, não há que se falar em responsabilidade para o Estado. O padrão normal não tem definição legal; depende de uma apuração no meio social, no estágio de desenvolvimento tecnológico,

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil do Estado. Apelação Cível 70021670328. Ministério Público e Eron Daitx Camargo. Relator: Alzir Felipe Schmitz. 04 abril 2013. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112800606/apelacao-civel-ac-70052872868-rs/inteiro-teor-112800616>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

cultural, econômico e da conjuntura da época³³.

Denota-se, assim, que se o Estado presta o serviço de forma eficiente e de modo organizado não há que se cogitar em sua responsabilização. A *contrario sensu*, se ele foi omissor, não agiu ou o fez insuficientemente para impedir a lesão ou prejuízo, será necessário perquirir a sua responsabilidade subjetiva no caso em concreto.

Numa análise mais profícua dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça é crível asseverar que é mais incidente a adoção da corrente subjetiva em seus julgados em se tratando de omissão do Estado. Inclusive, em muitos deles, há a afirmação pelos ministros do seguinte conteúdo:

A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de omissão, devendo ser demonstrada a presença concomitante do dano, da negligência administrativa e do nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público. Confira-se, a propósito: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. SUBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (...) 2. A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos³⁴.

Já em relação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal não é possível afirmar a adoção majoritária dessa teoria em seus julgados.

Helena Elias PINTO afirma que após o advento da Constituição da República de 1988, em apenas 11 (onze) casos foi adotada a responsabilidade subjetiva pelo STF. Assevera a insigne jurista que um dado merecedor de destaque é o fato de que em mais da metade dos casos (6 acórdãos) foi relator o Ministro Carlos Velloso. Outra observação muito importante é a de que somente em um dos casos o relator é ministro integrante da atual composição do STF: o Min. Marco Aurélio, no RE 176564-0/SP³⁵.

Observa-se, ainda, que o número de casos julgados com fundamento na responsabilidade subjetiva (11 casos) é superado pelo número correspondente aos acórdãos em que foi adotada a responsabilidade objetiva (15 casos) e pelo quantitativo

³³ MARINELA, Fernanda. Op. cit., p. 965.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil do Estado. Recurso Especial 1.356.978/SC. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT e Adriana Goulart de Souza da Silva e outros. Relator: Ministra Eliana Calmon. 05 set. 2013. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24199711/recurso-es-pecial-resp-1356978-sc-2012-0256419-9-stj/inteiro-teor-24199712>>. Acesso em 04 abr. 2016.

³⁵ PINTO, Helena Elias. Op. cit., p. 161.

de julgados em que não houve manifestação expressa ou implícita por um dos sistemas (13 casos). Esses dados são indicativos de uma tendência de modificação no quadro da jurisprudência nos próximos anos, com previsível enfraquecimento da corrente subjetivista³⁶.

Diante dessas premissas verifica-se que a aplicação da teoria subjetiva tem recorrente influência na jurisprudência, mas entretanto, a própria evolução acerca da concepção da responsabilidade civil do Estado vêm dando maior primazia a corrente objetiva, de modo a equilibrar o Estado Democrático de Direito, no qual o Poder Público terá que indenizar seus administrados quando lhes causar dano, em virtude da violação da ordem jurídica.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante todo o conteúdo explicitado ao decorrer da presente monografia, é possível inferir-se que, a evolução da responsabilidade civil extracontratual do ente estatal foi consagrada a partir do momento em que se concebeu um Estado Democrático de Direito, pondo em prática o propósito de fazer cumprir com os direitos e princípios consagrados na Constituição Federal e deste modo, tornar possível um convívio equilibrado de relações em que os administrados se subordinam a um poder supremo, qual seja o do Poder Público.

O instituto da responsabilidade civil, em suma, tem o propósito de restabelecer uma situação que foi desequilibrada e gerou um dano a alguém, objetiva-se o retorno do *status quo ante* do indivíduo, por meio de uma compensação patrimonial. Como foi explorado durante o deslinde desse trabalho, é possível afirmar que a responsabilidade civil do Estado pode aparecer em duas situações, sejam elas, quando ele age de forma contrária a que deveria ou ainda, quando se omite de praticar uma conduta que lhe caberia fazer.

É assente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que em se tratando de danos ocasionados aos administrados pelo Estado por meio de atos comissivos a responsabilidade se configurará de forma objetiva. Entretanto, o que vem sendo motivo

³⁶ Idem.

de discussões e posicionamentos de ordem contrária é a aplicação da corrente objetiva ou subjetiva nos casos de omissão.

Em que pese vigor a concepção de que o Poder Público se sujeita ao ordenamento legal e por uma complexa rede de relações que o envolve com os indivíduos da sociedade e, portanto, é responsável por seus atos e pelos danos advindos de suas atividades, é necessário asseverar que não é admissível que ele esteja incumbido de ressarcir todo e qualquer prejuízo, pois deste modo, estar-se-ia defronte a um Estado na qualidade de segurador universal o que geraria riscos a própria estabilidade da coletividade.

Por tal razão é que se afirma que o dever de indenizar só aparece quando restarem preenchidos os pressupostos para sua configuração e ainda, por toda a concepção delineada, é que se reclama a análise aguçada da correta responsabilização do Estado nos casos em concreto. As teorias que fundamentam a responsabilidade civil, subjetiva e objetiva, possuem fortes argumentos para sua aplicação nas situações que versem sobre a omissão, por isso é que existe muita controvérsia no mundo jurídico acerca de qual corrente a se adotar.

Através da análise conjecturada foi possível verificar que os Tribunais, há alguns atrás, eram recorrentes à aplicação da teoria subjetiva na maioria dos casos julgados, mas, com o passar do tempo e com a evolução do instituto da responsabilidade civil, tendenciou-se a configurar em muitas situações a responsabilidade de ordem objetiva.

Não se pode afirmar com veemência qual corrente é majoritária, e como se percebe na maioria das vezes a análise de que teoria se adotará é realizada *in casu*, mas se pode sustentar que a corrente objetiva vem ganhando espaço. De todo o exposto, observa-se que o tema da responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão é permeado de particularidades e por isso merece destaque.

Indubitavelmente com a presente pesquisa não se põe fim a esse tão complexo assunto, tendo em vista que, assim como a concepção do próprio ser humano está em constante evolução, a responsabilidade civil também está e ao longo do tempo vai sofrendo mutações de acordo com a compreensão que lhe é atribuída por cada intérprete.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BORGES, Aline Gonzalez. **A Responsabilidade Civil do Estado à luz do Código Civil: Um toque de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. "Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos economicos, sociais e culturais". In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Coimbra, 2004.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado. Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado**. Disponível em: <<http://news.gamamalcher.com.br/artigo/19/a-responsabilidade-civil-objetiva-e-subjetiva-do-estado--por-sergio-cavaliere-filho>>. Acesso em 02 abr. 2016.

_____. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p.10-20, jul.-set. 2011.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, jul-dez, 2003.

COELHO, José Gabriel Pinto. **Responsabilidade Civil**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1996.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11 ed. rev., atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2003.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello et al. (Orgs.). **Responsabilidade Civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Macchi Lopes, 1075, v. 1 e 2, t. 2, p. XX-5.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: um necessário estudo dialógico. Marília/SP, 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”. Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed., revista e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. Curitiba, 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 175, p. 9-33, set/2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas>>. Acesso em 26 mar. 2016.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado de Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 202, p. 24, out./dez., 1995.

SOUTO, Marcos Juruena Villela; OSORIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.