UNIVERSIDADE ANHANGUERA – UNIDERP

DIREITO ADMINISTRATIVO/TURMA 3

TÚLIO HAMON DANTAS DE AZEVEDO SOUTO

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR OMISSÃO

CAMPINA GRANDE/PB – 2013

TÚLIO HAMON DANTAS DE AZEVEDO SOUTO

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR OMISSÃO

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como exigência parcial, para conclusão do Curso de Pós-graduação em Direito Administrativo, na Universidade Anhanguera-Uniderp, para obtenção do título de Pós-graduado em Direito.

CAMPINA GRANDE/PB – 2013

RESUMO

Os danos, patrimoniais ou morais, inexoravelmente assolam os ânimos sociais, principalmente quando ocasionados pelo Estado, visto que o cidadão exige deste segurança e equilíbrio no exercício das relevantes funções que lhes foram confiadas. Diuturnamente, inúmeros danos são provocados aos administrados em decorrência de atos omissivos da Administração Pública. Referidos casos reclamam uma solução tempestiva, adequada e uniforme. Afinal, abalam o equilíbrio social. Se no âmbito da responsabilidade civil do Estado por atos comissivos, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmarem que o art. 37, §6º, da Constituição Federal, adotando a teoria do risco administrativo, consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, na seara dos danos decorrentes de atos omissivos estatais paira intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial. O cerne da questão versa em saber se a Administração Pública, quando causa danos por sua conduta omissiva, a responsabilidade deve ser objetiva ou subjetiva. De um lado, há a corrente que defende a responsabilidade objetiva da Administração Pública por atos omissivos, nos mesmos moldes da responsabilidade estatal por atos comissivos, fundada na teoria do risco administrativo. De outro, há a corrente que defende a aplicação da responsabilidade subjetiva, com fundamento na teoria da culpa anônima do serviço. Há, por fim, a posição intermediária que traça a distinção entre omissão genérica, que enseja a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa anônima do serviço público, e omissão específica, que gera a responsabilidade objetiva, sempre que a Administração Pública violar o dever legal específico de impedir o resultado danoso. Por se tratar de matéria constitucional, compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir aludida celeuma. Por isso, serão analisados diversos julgados da Suprema Corte, enfatizando a teoria adotada, bem como a tendência jurisprudencial hodierna do Guardião da Constituição no trato da matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Administração Pública; e Omissão.

ABSTRACT

The patrimonial or moral damage, inexorably plague social tempers, especially when caused by the State, since the citizen requires this security and balance in the exercise of the relevant duties to which they were entrusted. Continuously, numerous damages are caused to the administered due to acts of the public administration Act. Such cases claim a timely, adequate and uniform solution. After all, shake the social balance. The scope of liability of the State for acts, doctrine and jurisprudence are number of jointly agreed in saying that art. 37, paragraph 6, of the Federal Constitution, adopting the theory of risk management, made the strict liability of the State, in the harvest of damages arising from acts State intense doctrinal controversy hovers Act and jurisprudence. The crux of the matter is whether the Government, when it causes damage by his omission conduct, responsibility must be objective or subjective. On the other hand, there is the current which advocates strict liability for acts of Public Administration Act, along the same lines of State responsibility for acts, founded on theory of administrative risk. On the other hand, there are the current defending the application of subjective liability, based on the theory of anonymous service fault. There is, finally, the intermediate position that traces the distinction between generic omission, which requires subjective responsibility, founded on anonymous public service, fault and omission, which generates the specific objective responsibility, whenever the Government violate the specific legal duty to prevent the harmful result. Because it is a constitutional matter, it is for the Supreme Court settle alluded stir. So, will be analyzed several justices of the Supreme Court, emphasizing the theory adopted as well as the tendency of the keeper of the Constitution today case law in dealing with the matter.

Keywords: Civil Liability; Public Administration; and Omission.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....06

1 EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA.....07
1.1 Irresponsabilidade do Estado.....07
1.2 Teoria da Responsabilidade com Culpa Civil.....08
1.3 Teoria da Culpa do Serviço.....08
1.4 Teoria do Risco.....09

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....11
2.1 Conceito.....11
2.2 Disciplina na Constituição Federal de 1988.....11
2.2.1 Previsão constitucional.....11
2.2.2 Pessoas jurídicas sujeitas à responsabilidade objetiva.....12
2.2.3 Qualidade de agente.....12
2.2.4 Direito de regresso.....13
2.3 Pressupostos.....15
2.3.1 Generalidades.....15
2.3.2 Fato administrativo.....16
2.3.3 Dano.....16
2.3.4 Nexo de causalidade.....17
2.3.5 Excludentes de responsabilidade.....18
2.3.5.1 Culpa exclusiva e concorrente da vítima.....18
2.3.5.2 Força maior e caso fortuito.....19
2.3.5.3 Fato de terceiro.....20

3 OMISSÃO ESTATAL.....21

4 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ENTRE AS TEORIAS OBJETIVA E SUBJETIVA.....24
4.1 Noções Gerais.....24
4.2 Omissão Estatal e Teoria Objetiva.....24
4.3 Omissão Estatal e Teoria Subjetiva.....25
4.4 Distinção entre Omissão Genérica e Omissão Específica.....28
4.4.1 Omissão específica.....28
4.4.2 Omissão genérica.....29

5 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....31

CONCLUSÃO.....38

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....39

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem por objeto analisar a responsabilidade civil da Administração Pública por atos omissivos, matéria bastante controvertida tanto na seara doutrinária, quanto no âmbito jurisprudencial. Ressalte-se que esta perquirição científica cingir-se-á a análise dos atos omissivos da Administração Pública, excluídos os atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, quando no exercício da função administrativa.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que o art. 37, §6º, da Constituição Federal, consagra a responsabilidade objetiva do Estado por atos comissivos. Todavia, no que concerne a responsabilidade civil da Administração Pública por atos omissivos, há intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicabilidade, ou não, da teoria do risco administrativo consagrada no dispositivo constitucional. Em função disso, emergem diversos questionamentos. Nas hipóteses de danos causados por omissão estatal, a responsabilidade será objetiva ou subjetiva? Qual a posição da doutrina? E do Supremo Tribunal Federal?

Visando elucidar referidas questões, proceder-se-á, no primeiro capítulo, a análise da evolução doutrinária da responsabilidade civil do Estado, enfatizando as teorias dominantes em cada momento histórico.

No segundo capítulo, será traçada uma visão geral dos aspectos doutrinários da responsabilidade civil da Administração Pública, tais como conceito, disciplina constitucional e pressupostos.

No terceiro capítulo, será analisada a delimitação do conceito de omissão estatal, pressuposto necessário para configuração da responsabilidade civil da Administração Pública por atos omissivos.

No quarto capítulo, por seu turno, serão expostas as correntes doutrinárias sobre a matéria.

Por fim, no quinto capítulo, por ser o enfoque deste trabalho monográfico eminentemente constitucional, serão analisados julgados do Supremo Tribunal Federal, a fim de aferir a forma como a Suprema Corte tem interpretado o art. 37, §6º, da Constituição Federal, na solução dos casos em que a quebra do dever legal da Administração Pública de atuar gera danos aos administrados.

Na conclusão, relacionam-se os resultados obtidos com o objetivo proposto, enfocando, sobretudo, a posição hodierna do Pretório Excelso no trato da matéria.

1 EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

1.1 Irresponsabilidade do Estado

O Direito não se resume a um mero conjunto de normas. É resultado da evolução social, política e econômica dos povos. Neste sentido, várias teorias surgiram ao longo da história acerca da responsabilidade civil estatal.

A primeira teoria concebida foi da irresponsabilidade plena do Estado, decorrente da concepção absolutista da época em que surgiu. O Estado absolutista apresentava-se como um ente todo poderoso contra o qual não prevalecia o direito individual do administrado de obter reparação pelos danos ocasionados por condutas estatais.

A intangibilidade do Estado derivava da irresponsabilidade do monarca e fundamentava-se nos postulados: “o rei não pode errar” (*the king can do no wrong*) e “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*le roi ne peut mal faire*). Assim, a Administração Pública eximia-se da obrigação de indenizar os danos acarretados pelos seus agentes.

Aludida teoria começou logo a ser refutada, em virtude de sua evidente injustiça. Como brilhantemente explana Di Pietro (2005, p.525), “[...] se o Estado deve tutelar o Direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações.”

O mesmo pensamento é perfilhado pelo jurista Carvalho Filho (2005, p.422, grifo do autor):

> Essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso, confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável, foi substituída pela de ***Estado de Direito***, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas.

Hodiernamente, todavia, a teoria da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que os dois últimos Estados que a adotavam, rechaçaram-na. A Inglaterra, em 1947, por meio do “Crown Proceding Act”, e os Estados Unidos, em 1946, através do “Federal Tort Claim Act”.

1.2 Teoria da Responsabilidade com Culpa Civil

Superada a tese da irresponsabilidade, emergiu a doutrina da responsabilidade estatal fundada na culpa, adotando-se os princípios de Direito Civil. Trata-se da teoria civilista da culpa.

Inicialmente, a doutrina dividiu os atos estatais em *atos de império* e *atos de gestão*. Aqueles, por decorrerem diretamente do poder soberano do Estado, eram coercitivos e não geravam o direito de indenizar. Por outro lado, os atos de gestão seriam aqueles praticados pela Administração Pública em situação de paridade com os particulares, podendo dar ensejo à responsabilidade civil estatal.

Não obstante, era difícil distinguir precisamente no caso concreto quando o ato era de gestão ou de império. Surgiu, assim, grande oposição a tal corrente. Sua contribuição inquestionavelmente foi o de ter introduzido o elemento culpa *latu sensu* como pressuposto para a responsabilização civil do Estado.

Num segundo momento, passou-se a adotar responsabilidade subjetiva do Estado, alicerçada na equiparação da responsabilidade da Administração Pública ao do empregador, pelos atos dos seus empregados. Destarte, deveria ser comprovada a culpa do servidor público no caso concreto (culpa *in eligendo* do Estado), para obter direito ao ressarcimento.

Entretanto, a situação de hipossuficiência do administrado em relação ao aparelhamento burocrático do Estado, tornava a prova da culpa estatal praticamente impossível. Era necessário, pois, encontrar uma maneira de restabelecer o equilíbrio social, pois os prejudicados não poderiam continuar sem o devido ressarcimento.

1.3 Teoria da Culpa do Serviço

Surge, então, a teoria da culpa anônima do serviço, desenvolvida pela jurisprudência francesa, com o caso Blanco, em 1873. Explanando acerca desse julgado, expõe Di Pietro (2002, p. 526-527, grifo da autora):

> O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios de direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente

> responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento de serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.
> A partir daí começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da **culpa do serviço** ou da **culpa administrativa** e teoria do **risco**, desdobrada, por alguns autores, em teoria do **risco administrativo** e teoria do **risco integral**.

Segundo a teoria da *culpa anônima* ou *falta do serviço*, o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano, bastando comprovar o mau funcionamento do serviço público.

A *falta do serviço* se configura quando: a) o serviço público não funcionou, b) funcionou atrasado; c) ou funcionou mal, causando prejuízos aos administrados.

Nessas hipóteses, incide a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário, mas se deve provar a culpa da Administração Pública na prestação do serviço.

1.4 Teoria do Risco

Fundamentos de ordem política e jurídica impulsionaram os Estados modernos a adotarem a *teoria do risco* ou da *responsabilidade objetiva*.

A teoria do risco tem por fundamento a idéia de que o Estado deve responder aos indivíduos pelo risco de administrá-los (*ubi emolumentus, ibi onus*). Decorre do *princípio da repartição equânime dos encargo*s, o qual é corolário do princípio constitucional da isonomia.

Conforme explana o conspícuo mestre Meirelles (2001, p.611):

> “[...] Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar danos a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina [...].

Trata-se, portanto, de uma maneira democrática de repartir os encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade administrativa do Estado. Afinal, se a atividade da Administração Pública é exercida em prol da coletividade, é razoável que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos tributos.

Pela teoria do risco, o administrado ao acionar o Estado não precisa provar a culpa deste. A responsabilidade decorre de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove o nexo causal entre a conduta do agente estatal e o dano dela decorrente.

Duas correntes emergiram acerca da responsabilidade objetiva do Estado calcada no risco, a saber: *teoria do risco administrativo* e *teoria do risco integral*.

A teoria do risco administrativo admite excludentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, fato de terceiro), que rompendo o nexo causal, descaracterizam o dever do Estado de indenizar.

Por sua vez, a teoria do risco integral não admite excludentes de responsabilidade, por isso é veementemente rechaçada pela doutrina e pela jurisprudência. Segundo essa teoria, todo e qualquer prejuízo do administrado, ocasionado por condutas administrativas, teriam que ser reparados pelo Estado. A inexistência de excludentes de responsabilidade praticamente privaria o Estado de defender-se, violando, assim, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Ressalte-se, por fim, que a análise das teorias supramencionadas é imprescindível, visto que as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos têm por cerne a questão de determinar qual de referidas teorias deve ser aplicada como fundamento para solução da matéria.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Conceito

Os civilistas dicotomizam a responsabilidade civil em *contratual* e *extracontratual*. No âmbito do Direito Administrativo, é a primeira analisada ao se cogitar dos contratos administrativos, os quais são regidos por princípios próprios. A responsabilidade *extracontratual* ou *aquiliana*, quanto aos atos omissivos da Administração Pública, por sua vez, será objeto da presente pesquisa.

Na definição de Di Pietro (2002, p.524):

> 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.

Conforme se vê, a notável jurista utiliza o termo “responsabilidade extracontratual do Estado”. Isto porque, para a insigne autora, Estado seria gênero do qual seria espécie o vocábulo Administração Pública. Não obstante, no presente estudo, será abordada apenas a responsabilidade do “Estado-Administração”, excluindo a análise do “Estado-juiz” e do “Estado-Legislador”.

2.2 Disciplina na Constituição Federal de 1988

2.2.1 Previsão constitucional

A Constituição Federal de 1988 disciplina a responsabilidade civil do Estado em seu art. 37, §6º, nos seguintes termos:

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

Depreende-se da exegese do dispositivo constitucional a existência de duas regras: a da *responsabilidade objetiva do Estado* e a da *responsabilidade subjetiva do agente*.

2.2.2 Pessoas jurídicas sujeitas à responsabilidade objetiva

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal, elenca duas categorias de pessoas sujeitas à responsabilidade objetiva.

A primeira é integrada pelas pessoas jurídicas de direito público, que são as entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias, Territórios (autarquias territoriais) e as fundações públicas com personalidade jurídica de direito público (fundações autárquicas).

A segunda categoria é composta pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, podendo integrar essa espécie as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado), quando prestam serviços públicos, além das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, referidas no art. 175, da Carta Magna. Citem-se, a título exemplificativo, as concessionárias de energia elétrica, de tratamento de água e esgoto, de transporte público, etc..

Estão afastadas da responsabilidade objetiva as pessoas jurídicas de direito privado que não prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da Administração Indireta, que executem atividade econômica de natureza privada. Destarte, em relação às sociedades de economia mista e as empresas públicas, não se aplicará a responsabilidade objetiva, mas a responsabilidade disciplinada pelo direito privado, quando não desempenharem serviço público.

2.2.3 Qualidade de agente

Como cediço, o Estado, enquanto pessoa jurídica, não dispõe de vontade própria, não podendo causar dano. Sua atuação se dá por meio dos agentes públicos, que são pessoas físicas com capacidade volitiva, cujas vontades são imputadas àquele.

Destarte, como a vontade dos agentes públicos é imputada ao Estado, este assume a responsabilidade civil pelos danos provocados por aqueles. Importante observar que, para configurar a responsabilidade estatal, não é necessário que o ato

do agente público seja praticado durante o horário de serviço, bastando que aja na qualidade de servidor público e ocasione danos.

Nas hipóteses de responsabilidade civil da Administração Pública por omissão, a inércia, em regra, será anônima, fundada na teoria da culpa do serviço – o serviço público não funcionou, funcionou mal ou tardiamente.

Não obstante, em alguns casos, poderá se configurar a responsabilidade civil, administrativa e até mesmo criminal do gestor público, que possui competência administrativa para execução do serviço público. É o caso, por exemplo, de descumprimento de ordem judicial, como assevera Carvalho Filho (2005, p.436-437):

> Uma das hipóteses que, sem qualquer dúvida, evidenciam culpa em conduta omissiva da Administração é a que resulta de descumprimento de ordem judicial. Na verdade, nem deveria ocorrer essa omissão, mas infelizmente aqui e ali alguns administradores relutam em atender a determinações judiciais. Quando não a descumprem, retardam o seu cumprimento, o que também revela omissão quanto ao dever concreto de agir. Nesses casos, o lesado tem direito a ser indenizado pela Administração omissa. Além da responsabilidade civil, é possível ainda, dependendo das circunstâncias do caso, que os agentes responsáveis pela omissão sejam responsabilizados funcional e criminalmente.

Imagine-se o descumprimento de uma determinação judicial para o envio de força policial, a fim de impedir invasão de propriedade particular por terceiros. Consumando-se a invasão, em decorrência da inércia do Poder Público em cumprir a decisão, ocasionando prejuízos materiais aos proprietários, ou até mesmo mortes, o gestor público poderá ser responsabilizado.

2.2.4 Ação regressiva

O art. 37, §6º, da Constituição Federal, estabelece duas relações jurídicas distintas. De um lado, regula a relação jurídica entre o Estado e o administrado, fundada na responsabilidade objetiva, a qual prescinde da prova de culpa. De outro, disciplina o direito de regresso do Estado contra o agente público causador do dano, fundado na responsabilidade subjetiva.

Destarte, para que o ente estatal possa ressarcir-se da quantia com que indenizou o lesado, deverá provar que o agente público agiu com dolo ou culpa.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal entende que não é possível a responsabilização direta do agente público, ao estatuir que o art. 37, §6º, da Magna Carta, assegura dupla garantia, a saber: uma para o administrado, ao estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado; outra para o agente público, que só pode ser demandado pela pessoa jurídica a que estiver funcionalmente vinculado.

Por sua importância, cita-se abaixo a ementa do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 327904, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 327904. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Primeira Turma. Julgado em 15/08/2006. DJ 08/09/2006).

Deste modo, constitui direito subjetivo do agente público não ser responsabilizado diretamente pelo prejudicado, apenas podendo ser demandado em ação regressiva pelo Estado.

Por óbvio, tratando-se de responsabilidade civil fundada na teoria da culpa anônima do serviço, o Estado terá que reparar o dano, sem que possa exercer direito de regresso contra quaisquer de seus agentes.

Ainda, no âmbito da responsabilidade civil da Administração Pública por omissão, dependendo do caso concreto, poderá emergir a responsabilidade civil do agente, como na hipótese de descumprimento de ordem judicial, anteriormente aludida, na qual o gestor público ao recusar cumprimento à determinação judicial, tendo meios para tanto, dá causa a ocorrência de danos materiais e pessoais. Nesses casos, o Estado, uma vez demandado, poderá responsabilizá-lo nas esferas civil, administrativa e penal.

2.3 Pressupostos

2.3.1 Generalidades

O Ministro Celso de Melo, no julgamento do RE 109615, assentou que são pressupostos da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal de 1988: a) a alteridade do dano, b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional, e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Eis a ementa do aludido julgado:

> 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 delineiam 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 público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 109615. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em 28/05/1996. DJ 02/08/1996).

Carvalho Filho (2005, p.430), em consonância com o entendimento supramencionado, enumera como pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: a) fato administrativo; b) dano; c) nexo causal. O referido autor é adepto da teoria do risco administrativo e, portanto, admite a existência de excludentes de responsabilidade.

A seguir, serão analisados referidos pressupostos, utilizando-se, para fins didáticos, de aludida doutrina.

2.3.2 Fato administrativo

O primeiro pressuposto é a ocorrência do *fato administrativo*, que consiste na materialização da função administrativa. Os fatos administrativos são quaisquer atuações ou omissões da Administração Pública, que produzam efeitos jurídicos imputáveis ao Estado.

Carvalho Filho (2005, p.430) define fato administrativo “como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público”.

Assim, são exemplos de fatos administrativos a apreensão de mercadorias, a construção de uma escola pública, a colisão entre um veículo oficial da Administração Pública dirigido por um agente público, nessa qualidade, e um veículo particular, e etc..

O fato administrativo também pode decorrer de uma omissão estatal, como, por exemplo, morte de detento em rebelião, acidente de aluno em escola pública, inundação de casas por falta de manutenção ou construção de bueiros, depredação de estabelecimentos comerciais em virtude de vandalismo provocado por manifestações públicas sem o devido policiamento, acidente automobilístico causado pela falta de manutenção das estradas ou por animais soltos na pista, etc..

Sobre a delimitação do conceito de omissão estatal, pressuposto necessário para responsabilização da Administração Pública por atos omissivos, vide o próximo capítulo.

2.3.3 Dano

O segundo pressuposto é a ocorrência de *dano.* A responsabilidade civil só se configurará se da conduta (omissiva ou comissiva), resultou algum dano (moral ou material) ao administrado, passível de ser indenizado.

A indenização deverá restituir integralmente o *status quo ante* da vítima, incluindo danos emergentes, lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária, juros de mora, bem como os danos morais, porventura, ocasionados.

2.3.4 Nexo de causalidade

Por fim, deverá restar configurado o *nexo causal* (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano.

Da análise do nexo causal decorrem importantes efeitos. Inexistindo nexo causal entre o dano sofrido pelo terceiro e o fato administrativo, inexistirá responsabilidade civil da Administração Pública, como ocorre nas causas excludentes de responsabilidade: a) culpa exclusiva da vítima, b) caso fortuito e força maior, c) fato de terceiro. O Supremo Tribunal Federal adota a teoria do risco administrativo, como se infere do julgamento do RE 109615, citado alhures.

Outrossim, quando o dano estiver aliado a outras circunstâncias, isto é, quando a conduta do agente público ou a inércia da Administração Pública não for à causa exclusiva do dano, a responsabilidade civil do Estado incidirá de forma atenuada.

Consoante elucida Di Pietro (2002, p.531, grifo da autora):

> Quando houver **culpa da vítima**, há que se distinguir se é a culpa exclusiva ou concorrente com a do poder público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima (RTJ 55/50; e 518/99).

No mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se vê no julgado abaixo transcrito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CULPA DA VÍTIMA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la. Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 636814 AgR. Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em 22/05/2007. DJ 15/06/2007).

Em suma, para que se configure a responsabilidade objetiva do Estado é necessário que ocorra um fato imputável à Administração, o dano à vítima e o nexo

causal entre o dano e a conduta estatal. Uma vez constatada a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, ou fato de terceiro, há ruptura do nexo de causalidade, excluindo a responsabilidade do ente público.

Na seara da responsabilidade subjetiva do Estado, acresce-se a pesquisa em torno da culpa anônima do serviço – o serviço público não funcionou, funcionou mal ou tardiamente. Todavia, também aqui, incidem as excludentes de responsabilidade, bem como a atenuação de responsabilidade decorrente de concausas, conforme se vê no seguinte julgado:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. OMISSÃO. DANOS MORAIS. CRIME PRATICADO POR FORAGIDO DA FEBEM. ART. 37, § 6º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. Inexistência de nexo causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fugitivo. 2. Não existindo nexo causal entre a fuga do apenado e o crime praticado, não se caracteriza a responsabilidade civil do Estado. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 463531 AgR. Rel. Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 29/09/2009. DJ 23/10/2009).

2.3.5 Excludentes de responsabilidade

2.3.5.1 Culpa exclusiva e culpa concorrente da vítima

Conforme visto alhures, o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria do risco administrativo, o qual admite excludentes de responsabilidade.

Inicialmente, é preciso analisar se a conduta do lesado de alguma forma contribuiu, ou mesmo se foi causa suficiente, do evento danoso.

Caso a ocorrência do dano tenha como único e exclusivo responsável o próprio lesado, restará rompido o nexo de causalidade. Nessa hipótese, não se configurará a responsabilidade civil da Administração Pública, por falta de um pressuposto, qual seja, o nexo causal entre o evento e o dano.

Nesse sentido, julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 120924, cuja ementa proclama:

> No caso, tendo o acórdão recorrido, com base nos elementos probatórios, cujo reexame é inadmissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao

> infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano, no tocante ao ora recorrido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 120924. Rel. Min. Moreira Alves. Primeira Turma. Julgado em 25/05/1993. DJ 27/8/1993).

Por outro lado, se a conduta do lesado de alguma forma contribuiu para o evento danoso, estaremos diante do sistema de compensação de culpas no dever indenizatório.

No caso de culpa concorrente, aplicar-se-á, por analogia, o art. 945, do Código Civil, o qual dispõe *in verbis*, “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor”.

Destarte, nesse caso, a indenização do Estado deverá ser reduzida proporcionalmente à gravidade da culpa do lesado para a ocorrência do evento danoso.

Cite-se, a título exemplificativo, o caso de um acidente automobilístico ocorrido em estrada sem sinalização horizontal e com buracos na pista, se ficar provado que, a despeito da má-conservação da estrada, contribuiu também para o acidente o excesso de velocidade do motorista, a responsabilidade da Administração Pública deverá ser atenuada proporcionalmente à culpa do administrado.

2.3.5.2 Força maior e caso fortuito

Inúmeras vezes, eventos imprevisíveis e inevitáveis, como uma tempestade, um raio, um terremoto, denominados pela doutrina de força maior e caso fortuito, causam danos.

Há enorme dissenso doutrinário na conceituação do que seria força maior e caso fortuito. Como referida divergência não tem maiores efeitos práticos, filiamo-nos ao pensamento de Carvalho Filho (2005, p. 433), para quem força maior e caso fortuito são “fatos imprevisíveis, também chamados de acaso, porque são idênticos em seus efeitos”.

Nessas hipóteses, o dano não decorre de fato imputável à Administração Pública, mas de fatos imprevisíveis. Assim sendo, não há que se falar em nexo de causalidade entre conduta estatal e o dano, não emergindo daí qualquer responsabilidade para o Estado.

Não obstante, se aliado ao evento imprevisível, ficar comprovada ação ou omissão estatal que concorreu para o dano, ao Estado será imputada responsabilidade proporcional à sua participação no evento danoso. Diz-se, pois, que nessa hipótese a responsabilidade da Administração Pública será mitigada.

Referida responsabilidade poderá ser, inclusive, integral, se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço público.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de danos provocados aos moradores de determinado logradouro público, em virtude de inundação ocasionada por chuvas torrenciais. Se ficar provado que os bueiros existentes no local, ainda que regularmente funcionando, não seriam capazes de absorver a vazão d'água, excluída estará à responsabilidade da Administração Pública. Não obstante, se a perícia constatar que a inundação poderia ter sido evitada, caso a Administração Pública tivesse promovido serviços de limpeza dos bueiros, restará configurada a responsabilidade civil do Estado.

2.3.5.3 Fato de terceiro

A análise de danos provocados por fato de terceiro assemelha-se às hipóteses de caso fortuito e força maior. Citem-se como exemplos: assaltos em transporte coletivos, vandalismo provocado por atos de protestos populares, etc..

Nessas hipóteses, o Estado só será civilmente responsável se comprovado que houve omissão estatal como causa ou concausa do evento danoso. Incide, aqui, a teoria da culpa anônima do serviço – o serviço público não funcionou, funcionou mal, ou funcionou tardiamente.

Assim, se no caso de uma manifestação popular agendada para determinado centro comercial, os empresários comunicaram previamente as autoridades, solicitando reforço policial e, a despeito disso, a Administração Pública ficou inerte, vindo a ocorrer depredações nos estabelecimentos comerciais, restará configurada a responsabilidade estatal.

3 OMISSÃO ESTATAL

Como cediço, a Administração Pública pode causar danos por sua inércia. Porém, nem toda omissão estatal é fato gerador da responsabilidade civil. Conforme salienta a doutrina, por ser a Administração Pública regida pelo princípio da legalidade estrita, o qual só permite ao Poder Público agir quando determinado ou autorizado por lei, apenas emergirá o dever indenizatório do Estado, quando a omissão retratar o descumprimento de um dever legal.

Destarte, apenas quando o dano causado ao administrado decorrer de omissão da Administração Pública, por ter esta deixado de cumprir um dever legalmente imposto, emergirá o dever reparatório.

Nesse sentido, preciosa lição de Carvalho Filho (2005, p.436, grifo do autor):

> A consequencia, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará ***quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa***. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.

O poder-dever da Administração Pública pode decorrer diretamente do texto constitucional, como os direitos sociais previstos no art. 6º, da Magna Carta (educação, saúde, segurança, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, etc.), bem como da legislação infraconstitucional (leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, etc.).

No que tange a abrangência da expressão serviços públicos, insculpida no art. 37, §6º, da Constituição Federal, a interpretação do Supremo Tribunal Federal é ampliativa, englobando desde os serviços públicos *strictu sensu* (art. 175, da CF), o exercício do poder de polícia administrativa, os danos decorrentes da execução ou falta de execução de obras públicas, etc..

Desta forma, são alcançados pela expressão “serviços públicos”, os seguintes exemplos: queima de eletrodomésticos pela queda de energia (má prestação de serviço público), dano ocorrido em decorrência de permanência de animais na pista (insuficiência do serviço de fiscalização, que configura poder de polícia), acidente provocado por buracos existentes no asfalto (inexecução de obras públicas necessárias), dentre outros.

Mencionam-se, abaixo, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, nos quais a Administração Pública foi responsabilizada pela quebra de dever legal de impedir resultado danoso.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 272839, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pretório Excelso imputou a responsabilidade civil objetiva a Administração Pública, por ter violado o dever constitucional de resguardar a integridade física do preso, que foi morto por colegas de carceragem (art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). Proclama a ementa do julgado:

> Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 272839. Rel. Min. GILMAR MENDES. Segunda Turma. Julgado em 01/02/2005. DJ 08/04/2005).

Por sua vez, no Recurso Extraordinário nº. 495740, cuja ementa está abaixo transcrita, a Suprema Corte reconheceu a responsabilidade civil da Administração Pública por ato omissivo, consistente no fato do Estado não ter promovido a regressão do regime penal de apenado, possibilitando a prática de crimes de estupro. No caso, houve quebra do dever legal de aplicar corretamente a lei de execução penal. Enuncia a ementa:

> CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDIÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal 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. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 409203. Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 07/03/2006. DJ 20/04/2007).

Por seu turno, no Recurso Extraordinário nº. 283989, o Supremo Tribunal Federal responsabilizou a Administração Pública pela quebra do dever legal de cumprir decisão judicial, fato este que permitiu a invasão de terceiros em propriedade privada, causando danos aos prejudicados. Eis o teor da decisão:

> CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 283989. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma. Julgado em 28/05/2002. DJ 13/09/2002.).

Os julgados supramencionados são elucidativos, no sentido de que a omissão estatal configuradora do dever indenizatório é apenas aquela que caracteriza a quebra do dever legal ou constitucionalmente imposto de impedir o resultado danoso.

4 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ENTRE AS TEORIAS OBJETIVA E SUBJETIVA

4.1 Noções Gerais

Como cediço, a jurisprudência e a doutrina administrativista entendem pacificamente que a responsabilidade civil da Administração Pública por atos comissivos é objetiva, conforme previsto no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Não obstante, no que concerne à responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos, o tema não foi, ainda, pacificado, existindo na doutrina três correntes com posições divergentes, consoante será analisado doravante.

Parte da doutrina, amparada na teoria do risco administrativo, entende que a responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos é objetiva, do mesmo modo que a responsabilidade estatal por atos comissivos.

Para outra parte da doutrina, fundamentada na teoria da culpa anônima do serviço, a responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos é sempre subjetiva. O elemento subjetivo consiste na culpa do serviço, o qual prescinde da individualização do agente público causador do dano, bastando à prova de que o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente.

Por fim, a corrente intermediária delineia a distinção entre omissão genérica e omissão específica do Poder Público, esta gera a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo, e aquela gera a responsabilidade subjetiva, com supedâneo na teoria da culpa anônima do serviço.

4.2 Omissão Estatal e Teoria Objetiva

A corrente doutrinária que defende que a responsabilidade civil da Administração Pública por atos omissivos é objetiva tem como defensores Yussef Said Cahali, Odete Medauar, José Cretella Júnior, entre outros.

Em apertada síntese, os adeptos dessa posição entendem que o art. 37, §6º, da Constituição Federal, não faz qualquer distinção entre condutas comissivas e omissivas, para fins da configuração da responsabilidade objetiva do Estado. Ademais, argumentam que exigir do terceiro prejudicado a prova da culpa nas hipóteses de danos oriundos de omissões da Administração Pública representaria um retrocesso.

Nesse sentido, a lição de Medauar (2006, p.366-367):

> Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir.

Deste modo, para essa corrente, a responsabilidade civil da Administração Pública será sempre objetiva, independentemente do dano ter decorrido de uma ação ou de uma omissão estatal.

Outrossim, rechaçam o argumento de que o reconhecimento da responsabilidade objetiva da Administração Pública por atos omissivos alargaria em demasia a responsabilização do Poder Público, tornando o Estado um segurador universal. Para os defensores da corrente objetiva, não há que se falar em responsabilização ilimitada do Estado, uma vez que, assim como ocorre em relação às condutas comissivas, a responsabilidade estatal por condutas omissivas admite excludentes de ilicitude (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro).

Em suma, para a corrente objetiva, o art. 37, §6º, da Constituição Federal, determinou a aplicação da teoria do risco administrativo a todas as hipóteses de responsabilidade civil da Administração Pública, não fazendo qualquer distinção entre condutas comissivas e omissivas.

4.3 Omissão Estatal e Teoria Subjetiva

A segunda corrente tem como principal defensor o insigne jurista Celso Antonio Bandeira de Mello. Também compartilha dessa posição Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre outros. Para o festejado autor, a responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos é subjetiva.

A premissa teórica desse entendimento reside na constatação de que nas hipóteses de omissão, o Estado não agiu, não sendo, portanto, causador do dano, sua omissão é condição para o resultado danoso, e não a causa.

Em virtude disso, o dever de indenizar somente surge quando o Estado tiver o dever legal de impedir o resultado danoso. Daí a imprescindibilidade de analisar-se o elemento subjetivo (culpa do serviço), para constatar se a omissão estatal foi condição para ocorrência do dano.

Elucidando seu pensamento, expõe magistralmente Bandeira de Mello (2006, p.956-957):

> Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado [...] é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Referendando dita posição, explana Di Pietro (2002, p.530-531, grifo da autora):

> No entanto, mesmo ocorrendo motivo de **força maior**, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.
> Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é **objetiva**, porque decorrente de mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação de serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de **omissão** do poder público (cf. acórdãos in *RTJ* 70/704. *RDA* 38/328, *RTJ* 47/378). (2002: p.530-531, grifo da autora).

Para referida corrente, a responsabilidade do Estado por atos omissivos decorre sempre de ato ilícito. Tratando-se, pois, de responsabilidade por ato ilícito será necessariamente subjetiva, já que deverá ser provado que por culpa da Administração Pública - o serviço público não funcionou, funcionou mal, ou funcionou tardiamente - produziu-se o resultado danoso, que o Estado tinha o dever legal de impedir.

Destarte, para a corrente subjetiva, nas hipóteses de danos decorrentes de condutas omissivas da Administração Pública, esta só será responsabilizada se ficar provado que tinha o dever legal de impedir o dano e descumpriu este mister.

A “culpa do serviço” não precisa ser individualizada, isto é, não é necessário provar que houve culpa de um agente público determinado, a falha é do serviço, daí falar-se em “culpa anônima”. Consoante assevera Di Pietro (2002, p.527):

> Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado, independentemente de qualquer apreciação de culpa do funcionário.

Não obstante, caso se constate que o dano decorreu exclusivamente de um caso fortuito ou força maior, sem qualquer omissão culposa da Administração, não surgirá daí o dever indenizatório.

Cristalino o exemplo trazido por Alexandrino e Paulo (2010, p.732-733):

> Assim, na hipótese de ocorrência de uma enchente, se ficar comprovado que os serviços prestados pela Administração foram ineficientes, deverá ser ela responsabilizada (por exemplo, as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas, cuja manutenção é obrigação do Poder Público, estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo das águas e os consequentes prejuízos). Nesse caso, não há dúvida: existe dever de reparação por parte da Administração.
> Entretanto, pode ocorrer que na mesma situação – enchente – todo o sistema de escoamento estivesse em perfeitas condições, tivesse sido previamente vistoriado e recuperado pela Administração, mas, mesmo assim, devido a uma excepcional e imprevisível continuidade e intensidade de chuvas, não tenha sido suficiente. Nessa situação, restará descaracterizada a responsabilidade do Estado, porque o dano terá decorrido exclusiva e diretamente da situação de força maior, sem qualquer parcela de culpa imputável à Administração Pública.

Os defensores desse entendimento alertam, ainda, para o risco de o Estado tornar-se um segurador universal, caso se adote a responsabilidade objetiva em todas as hipóteses. Um assalto em via pública, uma enchente qualquer, poderiam ensejar demandas indenizatórias contra o Estado com o fácil argumento de que o “serviço não funcionou”. Daí, a necessidade de provar a ”culpa do serviço”, que, por exemplo, ocorreu enchente, porque a Administração Pública não limpou os bueiros, que o assalto ocorreu a despeito das guarnições policiais terem sido avisadas com bastante antecedência do plano criminoso, etc..

Em resumo, segundo dita posição, para configurar a responsabilidade civil da Administração Pública, o prejudicado deverá provar que o Estado falhou na prestação do serviço, bem como o nexo causal entre a omissão culposa e o dano, além da inexistência de excludentes de responsabilidade.

4.4 Distinção entre Omissão Genérica e Omissão Específica

A corrente intermediária tem como um dos seus principais defensores Sérgio Cavalieri Filho, que faz a distinção entre omissão genérica e omissão específica, para fins de determinar a espécie de responsabilidade da Administração Pública.

Referida corrente parte da premissa de que o art. 37, §6º, da Constituição Federal, aplica-se tanto às condutas comissivas, quanto omissivas do Estado, para, em seguida, traçar a distinção entre omissão genérica e omissão específica da Administração Pública, para efeito de se aferir se a responsabilidade será objetiva ou subjetiva.

4.4.1 Omissão específica

A omissão específica configura-se quando o Estado estiver na posição de *garante* e quebrar um *dever individualizado de agir* para evitar o resultado danoso.

Por outros termos, sempre que a Administração Pública não toma as providências necessárias para evitar a ocorrência de um dano, quando tinha o dever legal e *específico* de agir para evitá-lo, emergirá a responsabilidade objetiva.

Cavalieri Filho (2006, p.261) cita o seguinte exemplo para ilustrar seu pensamento:

> 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 já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Alexandrino e Paulo (2010), apesar de defenderem como regra geral, quanto aos danos decorrentes de condutas omissivas do Estado, a responsabilidade civil subjetiva na modalidade culpa administrativa, ressalvam aquelas hipóteses em que o Estado está na posição de garante. Explanam os autores:

> Nessas situações, em que o Estado está na posição de garante, quando tem o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas sob sua custódia, guarda ou proteção direta, responderá ele com base na **teoria do risco administrativo**, terá responsabilidade extracontratual objetiva pelo dano ocasionado pela sua omissão às pessoas ou coisas que estavam sob sua custódia ou sob sua guarda (ALEXANDRINO; PAULO. 2010, p. 733-734, grifo dos autores).

São exemplos de omissão específica da Administração Pública: dano provocado em aluno, durante o horário de aula, nas dependências da escola pública; lesão em preso, dentro da penitenciária, durante uma rebelião; suicídio de paciente em sanatório público, ciente o médico das intenções suicidas do mesmo, sem que fossem tomadas as necessárias providências para evitar sua morte, etc..

Consoante assevera a doutrina, nessas hipóteses há uma presunção de “culpa administrativa” do Estado, a qual faz emergir a responsabilidade objetiva, na modalidade risco administrativo. Nesse sentido:

> Existe, a rigor, nessas hipóteses, uma presunção em favor da pessoa que sofreu o dano: a presunção de que houve uma omissão culposa do Estado. Assim, a pessoa que sofreu o dano não precisa provar a “culpa administrativa”, a responsabilidade é do tipo objetiva. A modalidade é risco administrativo porque admite excludentes, por exemplo, o Estado pode provar (o ônus da prova é dele) que era impossível evitar o dano à pessoa que estava sob sua custódia, porque o resultado danoso decorreu exclusivamente de um evento caracterizado como força maior. (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 734)

4.4.2 Omissão genérica

A omissão genérica, por sua vez, configura-se quando o dano provocado por uma omissão estatal não decorrer *diretamente* da inércia do Estado, mas da culpa administrativa na prestação do serviço em uma de suas modalidades: o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente.

Nessas hipóteses, a Administração Pública não tinha um dever individualizado de agir, não estava na posição de garante, tinha apenas o *dever genérico* de evitar o resultado. Em virtude disso, aplica-se a responsabilidade subjetiva, devendo o lesado provar que a ineficiência na prestação do serviço público concorreu para o resultado danoso.

São exemplos de omissão genérica: acidente automobilístico causado pela falta de sinalização horizontal/vertical da pista, inundação provocada em logradouros

públicos pela falta de manutenção de bueiros, depredação de estabelecimentos comerciais e bancários provocados por manifestantes em protesto popular, etc..

Em resumo, na omissão genérica, o resultado danoso não decorre direta e imediatamente da omissão da Administração Pública, motivo pelo qual deve o prejudicado provar que a falta do serviço concorreu para o dano, isto é, que se o Estado tivesse executado o serviço público de forma adequada, o dano não teria ocorrido. Daí, porque, a responsabilidade será subjetiva.

5 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A celeuma doutrinária acerca da responsabilidade civil da Administração Pública por atos omissivos também encontra reflexo no âmbito jurisprudencial, havendo decisões dos Tribunais pátrios em diversos sentidos.

Por se tratar de matéria eminentemente constitucional, neste capítulo será analisada a forma como o Supremo Tribunal Federal tem se debruçado sobre o tema, mormente na interpretação do art. 37, §6º, do texto constitucional.

Em diversos casos, observa-se que a Suprema Corte posicionou-se no sentido de aplicar a teoria da culpa anônima do serviço (*faute du service*), impondo a responsabilidade subjetiva da Administração Pública. O elemento subjetivo consiste na atribuição de culpa genérica ao serviço público, numa das suas três vertentes: o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente. Adota-se nessas decisões a corrente doutrinária que tem como principal expoente Bandeira de Mello (2006).

Cite-se a título ilustrativo, o seguinte julgado:

> 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 provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 369820. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em 04/11/2003. DJ 27/02/2004).

Nas decisões a seguir transcritas, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre situações em que houve violação de um dever *específico* da Administração Pública de agir (omissão específica). Para a corrente capitaneada por Cavalieri Filho (2006), trata-se de hipóteses em que emergiria a responsabilidade objetiva do

Estado. Não obstante, a Suprema Corte reconheceu o direito dos prejudicados igualmente com base na teoria da culpa anônima do serviço.

Eis as ementas dos julgados:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. 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 esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, 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. - Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - R.E. conhecido e não provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 372472. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em 04/11/2003. DJ 28/11/2003).

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. 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 esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, 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 ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 382054. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em 03/08/2004. DJ 01/10/2004).

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDIÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal 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. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria

> continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 409203. Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 07/03/2006. DJ 20/04/2007).

Verifica-se, contudo, uma tendência no Supremo Tribunal Federal de "objetivização" da responsabilidade civil da Administração Pública por atos omissivos, naqueles casos de "omissão específica", em que o Estado assume a posição de *garante* e tem o *dever legal específico* de impedir o resultado danoso.

O *leading-case* do tema foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 109.615, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que teve como relator o Ministro Celso de Mello. Pela importância da decisão, transcreve-se a seguir a ementa na íntegra:

> 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 DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - 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 delineiam 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 público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva 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 ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). **RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL**

> **DE ENSINO**. - **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 públicos.** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 109615. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em 28/05/1996. DJ 02/08/1996. Grifo nosso).

Nesse caso concreto, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicação da *teoria do risco administrativo*, reconhecendo a responsabilidade *objetiva* da Administração Pública pela quebra do dever legal específico de garantir a incolumidade física e mental de aluno da rede pública de ensino, a partir do momento em que o mesmo ingressa nas dependências do estabelecimento escolar. Trata-se de omissão específica, que enseja a responsabilidade objetiva do Estado. Adotou-se, pois, o critério da doutrina de Cavalieri Filho (2006).

Nessa mesma linha, decidiu a Ministra Carmen Lúcia no Recurso Extraordinário nº. 577.231 e no Agravo de Instrumento nº. 797344, valendo-se, inclusive, do precedente do Recurso Extraordinário nº. 109.615 como paradigma. Pela relevância dos julgados, transcreve-se abaixo referidas ementas:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. ALUNO DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. ACIDENTE PROVOCADO POR COLEGA. DANO EVIDENCIADO. OMISSÃO NO DEVER DE CUIDADO. RISCO ADMINISTRATIVO: CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO. [...] DECIDO. 4. Razão de direito assiste aos Recorrentes. 5. **O Tribunal a quo assentou que, "não se pode pretender do Estado, assim dito o ente público latu sensu, assuma garantia incondicional pela integridade física dos estudantes que frequentam as instituições de ensino público naquilo que exceda a prevenção ordinária a acidentes de um modo geral" (fl. 401). Esse entendimento diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se firmou no sentido de que o Município responde objetivamente pelos danos causados em crianças, sob sua guarda, nos estabelecimentos de ensino, independentemente de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.** Em caso análogo ao dos autos, o seguinte julgado: [...] (RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ

> 2.8.1996). 6. Dessa orientação jurisprudencial divergiu o acórdão recorrido. 7. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2 º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), para determinar que o Tribunal de origem, observando a responsabilidade objetiva do Município, aprecie as razões da apelação dos Recorrentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 577231. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 25/05/2009. DJe 02/06/2009. Grifo nosso).

> DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ALUNO MENOR DE IDADE. ACIDENTE OCORRIDO EM ESCOLA PÚBLICA ESTADUAL. DANO EVIDENCIADO. OMISSÃO NO DEVER DE CUIDADO. RISCO ADMINISTRATIVO: CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. [...] DECIDO. 4. Inicialmente, cumpre afastar o fundamento da decisão agravada de que a controvérsia demandaria o exame de legislação infraconstitucional, pois a matéria é de natureza constitucional. Todavia, a superação desse óbice não é suficiente para o acolhimento da pretensão do Agravante. 5. O Tribunal a quo assentou que: "**Do exame dos autos se verifica que o Apelado estava no interior do estabelecimento de ensino, quando, num dado momento logo depois da aula de educação física da qual não participara, resolveu realizar, sem qualquer supervisão, salto em altura em local e condições impróprias. E assim somente o fez porque o professor se ausentou do local para dar um telefonema particular, deixando sem vigilância a quadra da escola e permitindo, com sua omissão, que o Apelado se dispusesse a praticar sem qualquer espécie de orientação o exercício que acarretou a lesão**. **De se notar que a responsabilidade do Estado, in casu, é objetiva, porquanto se cuida de omissão específica e não genérica" (fls. 13-14). Esse entendimento não diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se firmou no sentido de que a Administração Pública responde objetivamente pelos danos causados em alunos, sob sua guarda, nos estabelecimentos de ensino, independentemente de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.** Confira-se, a propósito, o seguinte julgado: [...] (RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 2.8.1996). E ainda: RE 577.231, de minha relatoria, com trânsito em julgado em 15.6.2009. 6. Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o acórdão recorrido. 7. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 797344. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 07/06/2010. DJe 17/06/2010. Grifo nosso).

A responsabilidade civil objetiva por omissão, fundada na teoria do risco administrativo, também já foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em caso que houve violação do dever legal específico da Administração Pública de garantir a incolumidade física de preso. Nesse sentido, decisão do Pretório Excelso no Recurso Extraordinário nº. 215981, da relatoria do Ministro Néri da Silveira:

> Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral

> comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 215981. Rel. Min. Néri da Silveira. Segunda Turma. Julgado em 08/04/2002. DJ 31/05/2002).

Na mesma linha, decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº. 272839:

> Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 272839. Rel. Min. GILMAR MENDES. Segunda Turma. Julgado em 01/02/2005. DJ 08/04/2005).

Relevante destacar, pela sua importância, julgado da Suprema Corte, em que foi aplicada a responsabilidade civil objetiva do Estado, por quebra do dever legal específico de cumprimento de ordem judicial pela Administração Pública, ocasionando danos patrimoniais aos prejudicados. Eis o teor da ementa:

> CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 283989. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma. Julgado em 28/05/2002. DJ 13/09/2002).

Em resumo, quando se trata de dano ocasionado por omissão genérica da Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a responsabilidade civil subjetiva, com base na teoria da culpa anônima do serviço. Nos casos de omissão específica, há decisões no sentido de aplicar, igualmente, a

responsabilidade subjetiva, mas a tendência jurisprudencial verificada é no sentido de aplicar a responsabilidade objetiva.

Destarte, em verdadeira mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal alargou a teoria do risco administrativo, passando a considerar que as condutas omissivas da Administração Pública também se inserem no âmbito do art. 37, §6º, da Constituição Federal, ao menos naqueles casos em que há violação de um dever legal específico pela Administração Pública (omissão específica).

Todavia, conforme ressaltado, se trata apenas de uma tendência da Suprema Corte, ainda não vinculante para os demais Tribunais pátrios. Não obstante, foi reconhecida repercussão geral no Recurso Extraordinário nº. 608880, da relatoria do Ministro Marcos Aurélio, do qual poderá resultar súmula vinculante, uniformizando-se o entendimento no âmbito do Poder Judiciário. Eis o teor da ementa:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DANO DECORRENTE DE CRIME PRATICADO POR PRESO FORAGIDO. **Possui repercussão geral a controvérsia acerca da responsabilidade civil do Estado em face de dano decorrente de crime praticado por preso foragido, haja vista a omissão no dever de vigilância por parte do ente federativo**. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 608880 RG. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 03/02/2011. DJ 18/09/2013. Grifo nosso).

CONCLUSÃO

Esse trabalho monográfico alcançou o objetivo precípuo a que se propôs, na medida em que analisou de forma fundamentada a responsabilidade civil da Administração Pública por atos omissivos, com supedâneo em proeminentes opiniões doutrinárias, bem como nos julgados do Supremo Tribunal Federal, expondo as distintas correntes interpretativas acerca da matéria.

Como analisado nessa pesquisa científica, ainda permanece intensa divergência doutrinária acerca da responsabilidade civil da Administração Pública por atos omissivos, tendo como cerne a exata interpretação e alcance da norma contida no art. 37, §6º, do texto constitucional.

Por se tratar de matéria constitucional, competirá, sem sombra de dúvidas, ao Supremo Tribunal Federal pacificar a interpretação do art. 37, §6º, da Constituição Federal, por meio de instrumentos tais como a súmula vinculante. Dos julgados analisados, extrai-se que, de uma posição inicial subjetivista, isto é, de aplicação da teoria da culpa anônima do serviço para configurar a responsabilidade estatal por atos omissivos, a Corte Suprema apresenta, atualmente, uma forte tendência de objetivização, alargando a teoria do risco administrativo para alcançar não só os atos comissivos, mas também os omissivos, que gerem danos aos administrados.

Não obstante, assim como faz a corrente doutrinária capitaneada pelo conspícuo doutrinador Cavalieri Filho (2006), faz-se imprescindível uma ponderação de interesses, de modo que não se estenda em demasia a responsabilidade da Administração Pública, inviabilizando a própria máquina administrativa. Nesse sentido, faz-se a distinção entre *omissão genérica*, que enseja a responsabilidade subjetiva do Estado, fundada na teoria da culpa anônima do serviço, e *omissão específica*, que gera a responsabilidade objetiva da Administração Pública, com base na teoria do risco administrativo, sempre que o Estado descumprir o dever legal específico de impedir o dano. Parece ser essa a tendência observada nos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, é importante ressaltar que essa pesquisa não pretende esgotar a matéria, nem traz verdades incontestes, representando apenas uma singela contribuição para a análise do tema. Espera-se, assim, que os apontamentos feitos aqui possam fomentar o debate e aperfeiçoar as discussões acerca da responsabilidade estatal por atos omissivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 out. 2013.

_____. Presidência da República. **Lei 10.406**, **de 10 de janeiro de 2002**. **Institui o Código Civil.** Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 636814 AgR**. Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em 22/05/2007. DJ 15/06/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28636814%2ENUME%2E+OU+636814%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bv5ee5t>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 797344**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 07/06/2010. DJe 17/06/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28797344%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/oe7ofhv>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 463531 AgR**. Rel. Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 29/09/2009. DJ 23/10/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28463531%2ENUME%2E+OU+463531%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bos3mar>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 327904**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Primeira Turma. Julgado em 15/08/2006. DJ 08/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28327904%2ENUME%2E+OU+327904%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bpgcnou>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 109615**. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em 28/05/1996. DJ 02/08/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28109615

%2ENUME%2E+OU+109615%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d3h6jzy>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 120924**. Rel. Min. Moreira Alves. Primeira Turma. Julgado em 25/05/1993. DJ de 27/8/1993. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28120924%2ENUME%2E+OU+120924%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/co7yptr>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 272839**. Rel. Min. GILMAR MENDES. Segunda Turma. Julgado em 01/02/2005. DJ 08/04/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28272839%2ENUME%2E+OU+272839%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bv5w833>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 283989**. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma. Julgado em 28/05/2002. DJ 13/09/2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28283989%2ENUME%2E+OU+283989%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cglwnj2>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 409203**. Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 07/03/2006. DJ 20/04/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28409203%2ENUME%2E+OU+409203%2EACMS%2E%29+%28%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qyjob7c>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 608880 RG**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 03/02/2011. DJ 18/09/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28608880%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/cryuxbc>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 369820**. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em 04/11/2003. DJ 27/02/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28369820%2ENUME%2E+OU+369820%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bwx7vnl>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 372472**. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em 04/11/2013. DJ 28/11/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28372472%2ENUME%2E+OU+372472%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cza2ku7>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 382054**. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em 03/08/2004. DJ 01/10/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28382054%2ENUME%2E+OU+382054%2EACMS%2E%29+%28%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lmtqtlg>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 109615**. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em 28/05/1996. DJ 02/08/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28109615%2ENUME%2E+OU+109615%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bm64nbx>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 577231**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 25/05/2009. DJe 02/06/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28577231%2ENUME%2E+OU+577231%2EDMS%2E%29%28%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENPRO%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/p6ocelu>. Acesso em: 30 out. 2013.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.