

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CÂMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

MARCOS PAULO ZALESKI ZANCHIETA

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

ERECHIM

2020

MARCOS PAULO ZALESKI ZANCHIETA

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Departamento de Ciências Sociais aplicadas da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Erechim.

Orientador: Evandro Luis Dezordi

Erechim

2020

MARCOS PAULO ZALESKI ZANCHIETA

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Departamento de Ciências Sociais aplicadas da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Erechim.

Erechim, 10 de novembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Evandro Luis Dezordi
URI ERECHIM

Luis Espósito
URI ERECHIM

Simone Albuquerque
URI ERECHIM

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. O tema responsabilidade do Estado busca investigar o dever do estado em indenizar particulares por prejuízos civis em decorrência de omissões de agentes públicos no exercício de sua função administrativa. Tem por objetivo geral fazer a análise histórica da responsabilização do Estado no mundo, desde seu início na França, chegando até os dias atuais, com Constituição Federal de 1988, ainda, busca apontar as causas excludentes da responsabilidade do Estado, e a possibilidade de ação regressiva contra o agente causador do dano. Como objetivo específico, busca analisar na doutrina e na jurisprudência Brasileira qual forma de responsabilização deve ser aplicada no caso concreto, se objetiva ou subjetiva. Assim, quando omissor for o Estado, deve indenizar o particular lesado, porém não é plausível firmar entendimento sob a égide de uma única teoria, sendo o ordenamento jurídico capaz de suportar as duas formas de responsabilização, objetiva e subjetiva. Para a pesquisa utilizou-se o método indutivo, analítico-descritivo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Omissão.

ABSTRACT

The present work has as its theme the State's non-contractual civil liability by default. The State responsibility theme seeks to investigate the state's duty to indemnify individuals for civil damages as a result of omissions by public agents in the exercise of their administrative function. Its general objective is to carry out the historical analysis of the State's accountability in the world, from its beginning in France, to the present day, with the Federal Constitution of 1988, it also seeks to point out the exclusive causes of State responsibility, and the possibility of action regressiva against the agent causing the damage. As a specific objective, it seeks to analyze in Brazilian doctrine and jurisprudence which form of accountability should be applied in the specific case, whether objective or subjective. It is concluded that when the State is silent, it should indemnify the injured individual, but it is not plausible to establish an understanding under the aegis of a single theory, with the legal system capable of supporting both forms of accountability, objective and subjective. For the research, the inductive, analytical-descriptive method was used, with bibliographic research technique.

Keywords: Responsibility. State. Omission.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	5
1 INTRODUÇÃO	6
2 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO	8
2.1 Evolução histórica	8
2.1.1 Teoria da irresponsabilidade Estatal	9
2.1.2 Teoria da Responsabilidade Subjetiva	10
2.1.3 Teoria da responsabilidade objetiva	11
2.2 Responsabilidade na Constituição de 1988	13
2.3 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade.....	16
3 FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO	18
3.1 Posição do STF quanto ao polo passivo	18
3.2 Reparação pela via administrativa.....	20
3.3 Ação indenizatória.....	21
3.3.1 Denúncia da Lide.....	22
3.3.2 Prescrição	24
3.4 Ação regressiva.....	25
4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO	28
4.1 Omissão Estatal	28
4.2 Omissão geral ou específica	29
4.3 Responsabilidade Objetiva ou Subjetiva?	30
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

A escolha do Tema da pesquisa “Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por omissão” se dá pela necessidade de delimitação do tema, devido sua variedade e dificuldade.

Por responsabilidade entende-se uma obrigação de reparação de um dano que um sujeito de direito causa a outro. A expressão “Civil” busca delimitar o tema dentro da área Cível, porquanto a responsabilidade penal não foi objeto da pesquisa.

O Vocábulo “extracontratual” demonstra que a responsabilidade decorrente dos contratos administrativos não foi alvo da pesquisa, afastando-a. A escolha de “Estado” e não “Administração pública”, se justifica pois os atos podem decorrer do executivo, legislativo e do judiciário, não somente da Administração pública.

O termo Omissão se justifica, pois, a pesquisa buscou a responsabilização em decorrência do não fazer do Estado, da inércia, demora, inoperância, de comportamentos passivos, e não ativos.

A problemática do tema encontra-se dentro da doutrina e da jurisprudência, são poucos os doutrinadores que tratam especificamente da omissão do Estado. Os que dissertam sobre o tema, buscam separar em objetiva ou subjetiva a responsabilidade do Estado.

A jurisprudência do Superior Tribunal Federal, não é clara, deixando brechas para discussão. São diversos os julgados, mas sem um entendimento pacífico quanto a forma de responsabilidade.

A pesquisa tem por objetivo esclarecer as duas formas de responsabilidade – objetiva ou subjetiva – utilizando doutrina, e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para esclarecer qual a melhor forma ou a mais justa, deve ser aplicada no caso concreto.

O primeiro capítulo trata da evolução histórica pelo mundo, desde a teoria da irresponsabilidade Estatal, passando pelas teorias subjetivas e objetivas, deste o caso Blanco, na França, até a forma de responsabilização, disposta no art. 37, §6º da Constituição Brasileira de 1988. Trata também das causas excludentes da responsabilização, o caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e de terceiros.

O Segundo capítulo explana sobre as formas de reparação do Dano, o entendimento do STF quanto o polo passivo da ação, se contra o Agente causador do

dano ou contra o Estado. Fala ainda da reparação pela via administrativa, como proceder na ação indenizatória, a possibilidade de ação regressiva contra o agente responsável pelo dano, e o prazo prescricional da ação.

O terceiro capítulo trata do cerne da pesquisa. Fala da responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, dentro das esferas Federativas, dispõe o conceito de omissão Estatal, diferencia as condutas genéricas e específicas para chegar ao núcleo e problemática da pesquisa, a responsabilidade decorrente da omissão Estatal é objetiva ou subjetiva?

Para a pesquisa utilizou-se o método indutivo, analítico-descritivo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

2 REONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

A responsabilidade extracontratual do Estado é entendida como o dever do Estado em indenizar particulares por atos omissos ou não de seus agentes. São atos resultantes de ações ou omissões do Executivo, do Legislativo ou do judiciário, a responsabilidade é do Estado como pessoa jurídica, sendo assim é errôneo dizer que a responsabilidade é somente da Administração Pública. (Di Pietro, 2017).

Para Mazza (2019) quando o Agente Público atua em nome do Estado, considera-se que o Estado atuou. Sendo assim “é natural que o Estado responda por prejuízos patrimoniais causados pelos agentes públicos a particulares em decorrência do exercício da função administrativa” (Mazza, 2019, p.439), salienta-se que os danos podem ser materiais, morais ou estéticos.

A responsabilidade é chamada de Extracontratual pois se baseia em uma conduta ou circunstância resultante da função estatal. Distingue-se da responsabilidade contratual, pois esta pressupõe a existência de um contrato administrativo firmado entre duas ou mais partes.

2.1 Evolução histórica

A palavra responsabilidade encontra sua origem no vocábulo latino *respondere*, enseja o conceito de resposta, é a capacidade de ser responsável, ou seja, aquele que responde por seus atos ou por atos de outros. Para Carvalho Filho (2010, p. 499), “a noção jurídica de responsabilidade repousa na ideia de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente”.

De origem Francesa a responsabilidade civil Estatal surgiu com a revolução iluminista mais especificamente com o caso Blanco, em 1873. Na ocasião a menina Agnes Blanco foi atropelada por uma vagonete, pertencente ao Estado, em Bordeaux, na França, o pai da menina acionou o poder Judiciário solicitando indenização, alegava ele a responsabilidade civil do Estado pelos danos sofridos por conta da atividade dos agentes Estatais. O pedido foi julgado procedente pelo Conselho do Estado Francês, que decidiu pela reparação dos danos causados à menina. (BITTENCOURT, 2010). Neste sentido ensina o professor Alexandre Mazza:

[...] o Aresto Blanco foi o primeiro posicionamento definitivo favorável à condenação do Estado por danos decorrentes do exercício das atividades administrativas. Por isso, o ano de 1973 pode ser considerado o divisor de águas entre o período da irresponsabilidade estatal e a fase da responsabilidade subjetiva. (MAZZA, 2019, p.441).

Até o momento atual, três foram as principais mudanças quanto a responsabilidade do Estado, são elas: 1ª) Teoria da irresponsabilidade Estatal; 2ª) Teoria da responsabilidade Subjetiva; 3ª) Teoria da responsabilidade objetiva.

2.1.1 Teoria da irresponsabilidade Estatal

Conhecida também como teoria feudal ou regaliana, era própria dos Estados absolutistas, quando este não respondia por danos causados à terceiros sob o argumento o rei não era e aquilo que agrada o príncipe tem força de lei. A ideia norteadora é que o soberano é irresponsável por seus atos, partindo da premissa político teológica de que o rei é “o representante de Deus na terra”, sendo assim, se Deus não erra o rei sendo seu representante, investido pelo poder Divino, também não.

Para Cahali a teoria da irresponsabilidade firma-se em três postulados:

1) na soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados *nomine próprio*. (CAHALI, 2007, p. 20)

Ou seja, na Teoria da irresponsabilidade o Estado não está no mesmo nível de igualdade de seus Súditos; por ser criador do Direito, não pode ele mesmo ser um violador; os atos realizados contrários às leis, devem ser imputados aos servidores e não ao Estado, visto estes serem pessoas distintas.

Por gerar grande injustiça, essa teoria começou a ser combatida, se o Estado é o criador do Direito, não tem sentido ele mesmo violar impunemente. Como já mencionado, o divisor de águas foi a decisão do Tribunal de Conflitos na França, que no dia 8 de fevereiro de 1973, proferiu sentença favorável ao pai da menina Agnes Blanco, no caso que ficou mundialmente conhecido como “Aresto Blanco”.

2.1.2 Teoria da Responsabilidade Subjetiva

A teoria da Responsabilidade Subjetiva ou teoria civilista da culpa, tem como pilar fundamental a ideia da necessidade da culpa do agente público ao agir. Sustenta Mazza (2019, p.442) que “esta foi a primeira tentativa de explicação a respeito do dever estatal de indenizar particulares por prejuízos decorrentes da prestação de serviços Públicos”.

Foi esta uma nova visão política, chamada de teoria do fisco onde haviam duas personalidades, a primeira, do soberano, que na qualidade de poder supremo “jure imperii”, tinha seus atos imunes, sendo assim, todos os atos praticados pelo soberano, mesmo que danoso aos súditos, seriam incapazes de gerar direito de indenização. E, a segunda personalidade, a do gestor, que realizava atos “jure gestionis”, onde o Estado está em igualdade com o particular, podendo ser reconhecida sua responsabilidade pelos atos de seus agentes, quando lesivos a terceiros, provada a culpa do Agente. (CAHALI, 2007).

Assim, explica o Professor Mazza que:

[...] A concepção política chamada de teoria do fisco sustentava que o Estado possuía dupla personalidade: uma pessoa soberana, infalível, encarnada na figura do monarca e, portanto, insuscetível a condenação indenizatória; e outra, a pessoa exclusivamente patrimonial, denominada fisco, capaz de ressarcir particulares por prejuízos decorrentes da atuação de agentes públicos. (MAZZA, 2019, p.442)

Ainda neste sentido Di Pietro:

Numa primeira fase, distinguam-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de

autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. (DI PIETRO, 2017, p. 875).

Mesmo representando grande avanço em relação a teoria anterior, a teoria da responsabilidade subjetiva trazia ainda assim uma grande disparidade, o administrado era demasiadamente inferior ao Estado. A dificuldade que o administrado encontrava em comprovar a culpa do servidor público em seus atos, danificava a aplicação e o desempenho dessa teoria.

Não há como haver distinção entre os atos praticados pelo soberano e pelo gestor, o Estado é sempre o Estado. Sempre que age é para obtenção de seus objetivos, não é possível responsabilizar o estado quando pratica atos de gestão e não responsabilizar quando pratica atos de império. “Negar indenização neste caso é subtrair-se o Poder Público à sua função específica, qual seja, a tutela dos direitos”. (CAHALI, 2007, p. 23).

A teoria Civilista serviu de base para o artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916, e até hoje diversos autores ainda acreditam na teoria da Responsabilidade subjetiva, buscando equiparar o Estado a figura do patrão. Importante constar que esta teoria ainda é aplicada no direito público Brasileiro, nos casos de **danos por omissão** e na ação regressiva.

2.1.3 Teoria da responsabilidade objetiva

A teoria da responsabilidade objetiva, também conhecida como teoria Publicista, surge para abolir a ideia de atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, altera a concepção do dever Estatal de indenizar, não havendo mais necessidade de o administrado provar a culpa ou dolo do Estado, somente fazendo-se necessário a comprovação do nexo de causalidade entre o ato omissivo ou comissivo do Estado e o dano causado ao particular.

Foi nesse momento que a Responsabilidade do Estado passou a ser considerada de direito Público, afastando a ideia Civilista da teoria anterior. Nas

palavras de Di Pietro “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”. (DI PIETRO, 2017, p. 876).

Assim, explica CAHALI que:

Proclamada a responsabilidade objetiva do Estado, pretende-se que a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público interno encontra-se hoje inteiramente fora do conceito civilista da culpa, situando-se decisivamente no campo do direito Público. Efetivamente, é nesse direito, não no direito privado, que vamos localizar o fundamento da responsabilidade, que se baseia em vários princípios (equidade, política jurídica), sendo, porém, o mais importante o da igualdade de ônus e dos encargos sociais. A responsabilidade do Poder Público não mais se baseia, portanto, nos critérios preconizados pelo direito civil. (CAHALI, 2007, p.25).

Dentro dessa teoria surgiram diversas divergências quanto ao seu modo de aplicação, fazendo com que surgissem três subteorias, a do Risco Integral, a do Risco Social e a do Risco administrativo.

A primeira, amparada no risco integral, não havia quaisquer excludentes de responsabilização do estado, fazia-se necessário simplesmente a comprovação do nexo causal entre o ato do Estado e o dano suportado pelo particular, havia inversão do ônus da prova. Mesmo que mais benéfica ao particular, causava grande injustiça pois não comportava qualquer excludente, nem mesmo a culpa exclusiva da vítima, em resumo, o Estado era um Indenizador, ou nas palavras de Bandeira de Mello, um “segurador universal”. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p.922).

A segunda, não muito utilizada nos ordenamentos jurídicos, sugere que o Estado deve indenizar quando o bem-estar coletivo é atingido. A responsabilidade surge quando a harmonia social é quebrada, tendo o Estado a obrigação de mantê-la, nesta teoria se faz necessária somente a prova do dano suportado, independente de nexo de causalidade.

Já a terceira, considerada revolucionária, difundiu-se por todo o mundo, escreve Bittencourt que “a perfeita adequação ao direito Público em todo mundo deu-se em virtude de ajustar-se a noção de Estado, cujos encargos são a todos impostos de maneira igualitária, justamente a ideia de solidariedade social e equidade”. (BITTENCOURT, 2010, p. 47).

Diferencia-se esta do Risco Integral, principalmente porque nesta exige-se apenas o fato do serviço, na outra exige-se a falta do serviço. “Aqui não se cogita a culpa estatal ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do poder Público (HUMENHUK, 2016, p.31).

Esta teoria é embasada no ônus suportado por alguns particulares em razão da atuação (ação) ou não atuação (omissão) do Estado. Ensina Bandeira de Mello (1981) que o dever de reparar os danos omissivos ou comissivos é a contrapartida do princípio da Legalidade. Escreve ainda o Autor que “no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar, já é imposto pelo princípio da Legalidade”. (BANDEIRA DE MELLO, 1981, p.890)

Parcela da doutrina considera esta teoria menos benéfica que a primeira, porém, ela é mais justa, podendo o Estado demonstrar excludentes de culpabilidade, o que não ocorria na primeira, se isso ocorrer, ficará imune, total ou parcialmente, do dever de indenizar.

2.2 Responsabilidade na Constituição de 1988

Antes de adentrar especificamente na Constituição Federal de 1988 faz-se necessário um breve histórico do Sistema Jurídico Brasileiro, para esclarecer quais teorias foram adotadas pelo Ordenamento até os dias atuais.

A teoria da Irresponsabilidade Estatal, vigente em boa parte do Mundo até por volta de 1873, nunca esteve vigente no ordenamento jurídico Brasileiro. Mesmo sem previsão expressa nas Constituições de 1824 e 1891 quanto a responsabilidade do Estado, diversas foram as leis ordinárias que previam a responsabilidade do Estado solidária a dos funcionários.

Neste sentido, ensina Di Pietro

Nesse período havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio. (DI PIETRO, 2017, p. 879).

Já em 1916, com o Código Civil, entendeu a doutrina da época pela adoção da teoria da responsabilidade subjetiva, principalmente pelo texto do art. 15 daquele dispositivo de lei, *in verbis*:

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

As Constituições Federais de 1934 e 1937 “reforçaram a aplicação da teoria subjetiva e estabeleceram a responsabilidade solidária entre fazenda Pública e o funcionário por prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso”. (Mazza, 2019, p.445). Isso se deu principalmente pelo texto do art. 171 da Constituição de 1934 que foi repetido no art. 158 da Constituição de 1937, “os funcionários são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos”.

Considerada como marco da responsabilização Estatal ou nas palavras de Mazza (2019, p.445), “Divisor de águas no direito Brasileiro”, a Constituição de 1946 adotou, em seu artigo 194, a teoria da responsabilidade objetiva.

Art. 194 – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único: Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando tiver havido culpa destes.

Assim, a discussão sobre a culpa não paira mais no texto Constitucional, utilizada somente em casos de ações regressivas do Estado contra o Agente Público, que no exercício de sua função utilizam-se da Culpa ao agir. “O administrado passou a ter direito à reparação do dano, independente de conduta culposa do Agente Público, ressalvada a utilização, pelo Estado, de Ação regressiva contra seu funcionário que tenha agido com culpa”. (CARVALHO NETO, 2014, p.58).

A constituição de 1967, em seu art.105, apenas adicionou o dolo junto a culpa nos casos de ações regressivas contra o agente público. Explica Mazza (2019, p.445) que “com isso, tornou-se claro que a responsabilidade do Estado é objetiva, mas o agente público responde subjetivamente pelos prejuízos que causar no exercício da função administrativa”

Na constituição de 1988, a responsabilidade do Estado está disciplinada no 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Já o Código Civil de 2002, trata da responsabilidade do Estado em seu art. 43, “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado direito de regressivo contra os causadores de dano, se houver culpa ou dolo”. Este dispositivo sofre grande crítica por parte da Doutrina, Di Pietro (2017, p.880) diz que o dispositivo “está atrasado em relação a norma constitucional, tendo em vista que não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”.

Para entender melhor o dispositivo da Constituição Federal, é necessário que se faça a leitura em partes. O dispositivo demonstra a possibilidade de existir duas pessoas sujeita à responsabilidade.

A primeira delas, sem novidade, são as pessoas jurídicas de direito público: A União, Estados, Municípios, Territórios, Distrito Federal, Autarquias, Fundações e Associações públicas. Essas pessoas Jurídicas por terem sua personalidade pública, tem a responsabilidade objetiva decorrente da própria personalidade, independente da atividade que desempenha.

A segunda, são as pessoas jurídicas de direito privado que prestam um serviço público, são elas: Empresas Públicas, sociedade de economia mista, permissionários e concessionários. Essas pessoas só respondem objetivamente enquanto prestam um serviço público e são responsabilizadas em decorrência do regime próprio do serviço público e não por conta de sua personalidade, como no caso anterior.

Importante ressaltar que não se faz necessário um ato ilícito para que se obtenha a indenização, basta que se comprove o nexo de causalidade entre o ato do Agente e o dano suportado pelo administrado, podendo ser atos comissivos, omissivos, jurídicos, materiais, ilícitos ou lícitos. O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou esse entendimento no Recurso Extraordinário 456302 de 2006:

[...] Este Tribunal entende que para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado não é necessário que o ato praticado seja ilícito...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, independente da licitude, ou não, do comportamento funcional. (STF-RE: 456302 RR, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 18/09/2006, Data de Publicação: DJ 03/10/2006 PP-00076)

Ainda quanto ao art. 37, §6º da Constituição Federal, ao utilizar-se do termo “seus agentes, nessa qualidade” o Constituinte deixa claro que o Estado é responsável pelos atos não somente da espécie servidor público, como ocorria nas Constituições anteriores, o Estado passa a ser responsável por todo o Gênero agente público, englobando Agentes Políticos, Agentes administrativos, e os particulares em colaboração com o Estado.

Quanto ao termo “nessa qualidade”, ensina Carvalho Filho (2017, p. 377) que “só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, seja conduzido a pretexto de exercê-la”. Assim, se o agente no decorrer da sua vida privada causar danos a outrem, terá de responder nos termos do Direito Civil.

2.3 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade

Por adotar a teoria Objetiva na forma do risco administrativo, o Direito Brasileiro aceita causas excludentes ou atenuantes da culpa do Estado. São consideradas causas excludentes da responsabilidade do Estado aquelas que rompem o nexo de causalidade, normalmente oriundas de um fato que o serviço público não deu causa diretamente.

Conforme Di Pietro (2017, p. 882), “são apontadas como causas excludentes da responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Como causa atenuante, é apontada a culpa concorrente da vítima”.

A culpa da vítima, segundo Carvalho Neto (2013, p.147) “não oferece complicadores, se a vítima é integralmente culpada pelo evento danoso, não sobra espaço para responsabilidade do Estado”. Porém, faz-se necessário ressaltar que nem sempre a vítima terá como somente sua a culpa pelo evento danoso.

O código Civil em seu art. 945 dispõe que “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 do dano”. Esses casos são conhecidos como “concausas” e tem sua resolução em processo chamado de compensação de culpas, onde provas periciais determinam o maior culpado, sendo a culpa menor diminuída da culpa maior.

Tratado no mesmo item, é necessário fazer uma diferenciação entre o caso fortuito e a força maior. Ambos são previstos no art. 393, parágrafo único do Código Civil, que dispõe “o caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”, porém, o dispositivo não faz nenhuma distinção entre ambos, para analisar a responsabilidade do Estado, esta distinção faz-se necessária, visto que o primeiro não exclui a Responsabilidade Estatal, o segundo sim.

Tem-se por força maior os acontecimentos imprevisíveis, inevitáveis, alheios à vontade das partes, como por exemplo os fenômenos da natureza (tempestades, terremotos, raios, etc). Nestas situações não há de se falar em indenização em desfavor do Estado, visto ser um fato que não pode ser previsto ou evitado, o nexo de causalidade, necessário para a configurar a indenização não está presente, não podendo configurar a responsabilidade do Estado.

No entanto, ensina Di Pietro que:

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 não teriam sido suficiente para impedir a enchente. (DI PIETRO, 2017, p. 883)

Já o caso fortuito é um acontecimento que decorre de ato humano ou de falha do Estado, como exemplo, o rompimento de uma adutora. Neste caso não é possível afastar a responsabilidade do Estado, pois fica claro o nexo causal entre a omissão do Estado, quando deveria agir, e o dano sofrido pelos terceiros.

A culpa de terceiro, como próprio nome diz, é a culpa que não provém de ato do Estado, sendo atribuído a pessoa estranha ao Estado. Por ser um fato imprevisível e inevitável pelo Estado, não há de prosperar a ideia de Responsabilização Estatal, visto não haver nexo de causalidade entre a conduta do terceiro e o Estado.

3 FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO

A reparação do dano causado pelo Estado, consiste em uma obrigação pecuniária de caráter civil, que busca indenizar os prejuízos causados a terceiros por Agentes Públicos em atos omissivos ou comissivos, quando provado nexos causal. A indenização deve abranger todo o prejuízo suportado pelo terceiro, acrescidos de perdas e danos, juros de mora e atualização monetária.

Assim, explica Carvalho Filho:

A indenização devida ao lesado deve ser a mais ampla possível, de modo que seja corretamente reconstituído seu patrimônio ofendido pelo ato lesivo. Deve equivaler ao que o prejudicado perdeu, incluindo-se aí as despesas que foi obrigado a fazer, e ao que deixou de ganhar. Quando for o caso, devem ser acrescidos ao montante indenizatório os juros de mora e a atualização monetária. Tendo havido morte, incide a regra do art. 948 do Código Civil, que fixa os fatores suscetíveis de serem indenizados. (CARVALHO FILHO, 2017, p.386)

O dano causado pelo Estado pode ser reparado extrajudicialmente, de forma amigável, ou por ação indenizatória proposta em desfavor da Fazenda Pública. Indenizado o terceiro, tendo cometido o agente público o ato que resultou na indenização com culpa ou dolo, cabe ao Estado a ação regressiva contra este, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

3.1 Posição do STF quanto ao polo passivo

Muito se discute quanto ao polo passivo das Ações de Responsabilização do Estado, alguns doutrinadores como por exemplo Carvalho Filho defendem que a ação pode ser proposta contra o agente público diretamente, outros como Cahali defendem que a ação deve ser proposta diretamente e unicamente contra a entidade pública responsável.

Carvalho Filho (2017, p.388), em sua linha de raciocínio diz que “tanto pode o lesado propor a ação contra a pessoa jurídica, como contra o agente estatal responsável pelo fato danoso”. Noutro sentido Cahali (2007, p.150) “ação de indenização deve ser ajuizada unicamente contra a entidade pública responsável, não sendo admissível a inclusão do servidor na demanda”.

Para que se tenha um melhor esclarecimento da questão é necessário que se faça uma análise da Teoria da imputação volitiva de Otto Gierke, reconhecida pelo STF no RE 327.907/SP.

Otto Friedrich von Gierke foi um jurista alemão nascido em Prússia, conhecido por criar a teoria do órgão Público assimilando o Estado ao corpo humano. Para ele, cada órgão do corpo humano corresponderia a uma repartição Estatal, por isso o termo utilizado até hoje para caracterizar os entes despersonalizados do Estado por meio da desconcentração é “órgão público”.

Mazza, explicando a teoria volitiva diz:

A personalidade, no corpo, assim como no Estado, é um atributo do todo, não das partes. Por isso, os órgãos públicos não são pessoas, mas partes integrantes da pessoa Estatal. Assim como no corpo humano há uma especialização de funções capaz de harmonizar a atuação conjunta das diferentes partes, com órgãos superiores responsável por comandar, e outros, periféricos encarregados de executar as ordens centrais, o Estado também possui órgãos dispostos de modo hierarquizado, razão pela qual alguns exercem funções superiores de direção enquanto outros atuam simplesmente executando os comandos que lhes são determinados. (MAZZA, 2019, p.190)

A Constituição Federal adota esta teoria no art. 37, §6º, ao utilizar o termo “nessa qualidade” assegura que para que o dano causado a terceiro seja indenizável deve ter sido realizado por conduta de Agente Público, possibilitando assim que se responsabilize a Pessoa Jurídica do Estado.

Dentre os vários desdobramentos desta teoria, o mais importante para o momento e já pacificado pelo STF no RE 327907/SP é a impossibilidade de propositura de ação indenizatória diretamente contra a pessoa física do agente.

RE 327907/SP:

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 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.

(STF – RE: 327904 SP, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 15/08/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL – 02246-03 PP-00454 RNDJ v.8, n. 86, 2007, p. 75-78)

Assim, como explica a teoria volitiva, o agente por ser parte de um todo (o corpo, representado neste caso pelo Estado) não pode figurar diretamente como polo passivo da ação indenizatória, sendo resguardado ao Estado o direito de regresso quando provado que o agente agiu com dolo ou culpa.

3.2 Reparação pela via administrativa

Um tanto quanto Incomum, a reparação pela via administrativa pode ser suscitada pelo lesado diretamente contra a Pessoa Jurídica de direito Público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos causadoras do dano, nos termos do art. 37 §6º da CF. Para que seja possível, faz-se necessário que o ente causador do dano possua previsão legal quanto a reparação pela via administrativa e que reconheça sua responsabilidade, cabe ao lesado comprovar o dano sofrido e demonstrar o nexo de causalidade.

Marinela (2019, p.1052) diz que “cabe ao lesado historiar os fatos, comprovar a presença de todos os elementos definidores da responsabilidade, caracterizando a atuação estatal e o valor dos prejuízos sofridos, além do nexo causal”.

De acordo com Bandeira de Mello para que o processo administrativo exista são necessários três requisitos:

Em primeiro lugar é necessário que cada um dos atos componentes da cadeia sequencial possua uma autonomia, uma individualidade jurídica, de sorte a conservar sua identidade própria, embora tal autonomia seja qualificada de “relativa”, uma vez que, ainda que possuindo finalidades

próprias, todos se encartam no plexo orientado para um resultado final, de maneira a integrar a fattispecie; b) em segundo lugar, estes vários atos têm de estar conectados em vista da unidade de efeito jurídico que se expressa no ato final; c) o terceiro requisito é o de que haja entre os vários atos uma relação de causalidade de tal modo que um “dado ato suponha o anterior e o ato final suponha a todos eles”. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p.493)

Instaurado o processo administrativo, qualquer das partes interessadas podem se manifestar, pleitear pela produção de provas até chegar a um acordo. Caso concretizado o acordo, o pagamento pode ser feito em dinheiro de modo parcelado ou à vista, a doutrina entende ser possível também a entrega ou devolução de bens.

O processo Administrativo é muito mais célere, barato e vantajoso não só para o particular, mas também para o Estado. Conforme Mazza (2019, p.477) “além de inibir o desgaste e os custos da demanda judicial, evita anos de incidência dos juros e correção monetária devidos pelo atraso entre o evento lesivo e o levantamento do precatório.

A falta de legislação própria que discipline o processo administrativo na entidade federativa não pode ser utilizada como empecilho para que a autocomposição aconteça. O Constituição Federal em seu art. 5º, incisos LIV e LV e a Lei Federal 9784/99 são o suficiente para que os órgãos públicos indiquem o rumo do processo administrativo.

Na prática, a via Administrativa não é muito utilizada, por ser uma autocomposição é difícil que as partes cheguem a um acordo quanto ao valor, sem contar os diversos obstáculos propostos pelo Estado. Não havendo acordo cabe ao particular buscar a reparação pela via judicial.

3.3 Ação indenizatória

Meio mais comum em que se busca a reparação, a ação indenizatória deve ser ajuizada pelo lesado ou por seus herdeiros em face da Fazenda Pública, por ser uma ação de procedimento comum, aplicam-se as regras de competência deste. Para a ação, assim como no processo administrativo, é necessário que o terceiro que suportou o dano apresente o nexa causal entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano suportado.

Faz-se necessário também que seja apresentado o valor pecuniário sofrido, inclusive a pretensão de dano moral, o que perdeu e o que deixou de ganhar por consequência do ato do Estado. O correto é que se mensure o patrimônio do particular antes e após o dano sofrido, a diferença constatada será o valor devido pelo Estado ao particular

Assim, explica Meirelles:

A indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento". (MEIRELLES, 2016, p.791)

Em caso de morte a indenização deve abranger as despesas com o sepultamento, pensão alimentícia para os dependentes do falecido, por tempo determinado pela expectativa de vida. Nesses casos a jurisprudência vem entendendo ser cabível a tutela antecipada em desfavor da Fazenda pública.

Importante ressaltar que a indenização em desfavor do Estado não pode ser motivo de enriquecimento sem causa do particular. Deve ser ela a mais completa possível, cobrir todos os prejuízos sofridos pelo particular, porém, sem enriquece-lo sem causa.

Conforme o art. 37, §6º da CF, figura no polo passivo da ação sempre a pessoa jurídica responsável pelo agente causador do dano, não podendo o lesado interpor a ação diretamente contra o agente. Em casos de dolo ou culpa tem o Estado direito de regresso contra o agente.

3.3.1 Denúnciação da Lide

Tema bastante controverso na doutrina, a denúnciação da lide está prevista no art. 125, inciso II do Código de Processo Civil (CPC). Disciplina o artigo que é admissível a denúnciação da lide "àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo".

O ponto controverso do tema está situado em saber se a Pessoa jurídica, polo passivo na ação de responsabilidade, deve ou pode denunciar à lide em face do

servidor causador do dano. No antigo Código de Processo Civil de 1973, a denunciação era obrigatória, nos termos do art. 70 inciso III do dispositivo.

São diversos argumentos contrários à denunciação da lide. O primeiro diz respeito de que não é possível, pois o fato de a Ação ser de responsabilização Estatal, encontra respaldo na Constituição Federal e não no código Civil, responsável por regulamentar ações de cunho privado.

O segundo, explana sobre a responsabilidade em cada caso, entre o particular e o Estado a ação baseia-se na responsabilidade objetiva, entre o Estado e o Agente público, a responsabilidade é subjetiva, necessitando a prova de culpa ou dolo. Assim, os elementos da causa de pedir são diversos, não comportando a denunciação.

O terceiro, defendido por Carvalho Filho, consiste em um claro prejuízo ao particular, pois este precisaria aguardar todo o desfecho do litígio entre Estado e servidor. Assim explica Carvalho Filho que:

A ser admitida a denunciação do servidor à lide, poderia haver gravame ao lesado, já que, em muitos casos, teria ele que aguardar o desfecho (costumeiramente demorado) do litígio entre o Estado e seu servidor baseado na culpa civil, quando a Constituição o beneficiou com pretensão, em razão da responsabilidade objetiva, independente da discussão desse elemento subjetivo. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 388)

Importante ressaltar que a lei 8112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos, no artigo 122, § 2º diz que “Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, **em ação regressiva**. Conforme o dispositivo, nada se fala em denunciação à lide, e sim no direito de regresso do Estado em face do agente público.

Di Pietro resume a possibilidade ou não de denunciação da Lide em dois momentos, são eles:

1. Quando se trata de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, a denunciação não cabe, porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não arguida pelo autor;
2. quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com arguição de culpa do agente público, a denunciação da lide é cabível como também é possível o litisconsórcio facultativo ou a propositura da ação diretamente contra o agente público. (DI PIETRO, 2017, p. 897).

Em suma, diversos são os entendimentos da doutrina, o mais aceito e pacificado pela jurisprudência é o da faculdade pela denúncia. Pode o Estado facultativamente por meio de seu Procurador Geral, pleitear pela denúncia da Lide ou, após a ação, interpor ação regressiva contra o Agente, nos casos de culpa ou dolo, sendo este um dever do Estado.

3.3.2 Prescrição

Ao dispor da prescrição, faz-se necessário fazer uma linha do tempo, desde o código Civil de 1916, passando pelo decreto lei 20910/32, Código Civil de 2002 até o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

O revogado Código Civil de 1916 dispunha em seu art. 177 que a prescrição ocorreria em 20 anos. O decreto lei 20910/32 com a clara intenção de beneficiar a fazenda pública em seu artigo primeiro reduziu o prazo prescricional para 5 anos, dispondo “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda Federal, Estadual ou municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em 5 anos[...]”.

Ainda, o art. 10 do decreto lei dispõe “o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, às quais ficam subordinadas às mesmas regras”. Com a vinda do código civil de 2002 que, em seu art. 206, §3º, V, dispõe que prescreve em 3 anos a pretensão de reparação civil, por obvio deveria ser superado o prazo quinquenal do decreto lei em favor do prazo trienal do atual Código Civil

Neste sentido, ensina Carvalho Filho:

Cumpra nessa matéria recorrer à interpretação normativo-sistemática. Se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decreto nº 20.910/1932, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos. Desse modo, se é verdade, de um lado que não se pode admitir prazo inferior a três anos para a prescrição da pretensão à reparação civil contra a Fazenda, em virtude de inexistência de lei especial em tal direção, não é menos verdadeiro, de outro, que tal prazo não pode ser superior, pena de total inversão do sistema lógico-normativo: no mínimo, é de

aplicar-se o novo prazo fixado agora pelo Código Civil. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 387)

Assim se posicionava o STJ até o julgamento do Recurso especial 1.251.993/PR, onde passou a entender que o prazo prescricional é de 5 anos, sob os argumentos de que o Código Civil por ser de direito privado não pode disciplinar relações de direito público. E, também, pelo critério da Especialidade o decreto lei 20.910/32 se sobrepõe a legislação Civil.

Sendo assim, o atual e controverso entendimento é que o prazo para o particular propor ação em Face da fazenda pública é de 5 anos.

3.4 Ação regressiva

Disciplinada no art. 37, §6º da Constituição, a ação regressiva contra o agente público causador do dano por influência dos princípios da economia e da celeridade processual pode ser realizada nos autos do processo de execução, onde a sentença que condenou o Estado serve de título executivo para a ação regressiva contra o agente.

A ação também pode ser autônoma, desvinculada da Ação onde o Estado figurava como polo passivo. Esta nova ação tem por finalidade apurar a responsabilidade do agente público e o quanto contribui para o dano suportado pelo Estado, não podendo o agente sucumbir com valor superior ao da ação indenizatória.

Assim como na Ação indenizatória movida contra o Estado, a ação regressiva deve ser o mais ampla possível, porém limitada ao valor desembolsado pelo Estado para indenizar o particular. Carvalho Neto diz que “a administração não pode cobrar do servidor culpado mais do que pagou nem aproveitar a ação de regresso para embutir créditos estranhos”. (Carvalho Neto, 2014, p.161)

Cabe ressaltar que a ação regressiva só pode ser proposta quando cumpridos alguns requisitos. Faz-se necessário que o Estado tenha sido condenado em ação indenizatória, transitada em julgado, a culpa ou o dolo do agente, e que não tenha havido a denúncia da lide na ação.

Explica Meirelles (2016, p.792) que “para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso”.

No mesmo sentido Mazza (2019, p.468) diz que “são pressupostos para a propositura da ação regressiva: a) condenação do estado em ação indenizatória; b) culpa ou dolo do agente; c) ausência de denúncia da lide na ação indenizatória.

Faz-se necessária a comprovação do dolo ou culpa do agente, pois na ação regressiva o tipo de responsabilidade se altera, enquanto na ação movida pelo particular em desfavor do Estado a responsabilidade é Objetiva necessitando apenas do nexos causal, na ação regressiva do Estado contra o servidor a responsabilidade é subjetiva, regida pelo código civil, necessitando da prova do dolo ou da culpa.

Diversos são os entendimentos da doutrina quanto a ação regressiva, alguns autores argumentam que a constituição fala em direito de regresso e não em ação regressiva, sendo possível então que sejam feitos descontos em folha do agente público. Esta situação não é mais permitida desde a revogação da Lei 1711/52, além disso a Constituição Federal em seu art. 37, inciso XV deixa claro que é irredutível os vencimentos do agente público.

Cahali (2007, p. 216) diz “Considerando a natureza alimentar dos vencimentos ou da remuneração, não podem eles, salvo a hipótese de contribuição obrigatória prevista em lei, sofrer qualquer desconto sem autorização do funcionário ou servidor”. Assim, tem o Estado o direito de regresso somente em ação regressiva ou composição com o agente, não podendo, portanto, fazer descontos em folha.

Importante destacar o prazo prescricional da ação regressiva, conforme dispõe o art. 37, §5º da CF, “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Desde modo, pode-se dizer que existem ações prescritíveis e imprescritíveis quanto ao ressarcimento do dano. A primeira refere-se aos ilícitos administrativos e penais, nesses casos a prescrição será conforme lei federal, estadual ou municipal, dependendo do caso.

Quanto a pretensão indenizatória do Estado, o Tema 899 do STF com repercussão geral, concluiu que é prescritível a ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas. Quanto a imprescritibilidade, foi este o tema 897 com repercussão geral do STF, entendendo a suprema corte que a ação só é imprescritível quando decorrer de atos de improbidade administrativa do servidor, nestes casos não há prazo máximo para que o Estado proponha a ação contra o seu agente.

Quanto aos danos causados por terceiros estranhos ao Estado, não se aplica o disposto na constituição, e sim o que dispõe o Código Civil em seu art. 206, §3º, V, dando ao Estado prazo de 3 anos para ingressar com a respectiva ação.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

4.1 Omissão Estatal

A omissão é ato humano caracterizado pelo direito como um não agir ou não fazer algo, é algo que o agente devia realizar, porém não o faz. Diferencia-se da conduta comissiva pois esta decorre de uma ação positiva, o fazer, enquanto a omissão decorre de uma indiferença.

Conforme Di Pietro: (2017 apud Cretella Júnior, 1970, p.210)

“A omissão configura a culpa in omittendo ou in vigilando. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou não se vigia, quando deveria agir, o agente omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bônus pater familiae*, nem como *bônus administrator*. Foi Negligente. Às vezes impudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa ligada à ideia de inação, física ou mental”. (Di Pietro, 2017 apud Cretella Júnior, 1970, p.210)

A atividade Estatal, como as demais, não encontra-se imune a danos decorrente de sua atividade administrativa. A omissão do Estado, assim como a comissão, pode prejudicar terceiros, proporcionando motivos para que surja o dever de indenizar.

A omissão Estatal decorre de um dever de agir do Estado, ou da possibilidade de agir para evitar o dano. Bandeira de Mello (2010, p.1013) diz que a omissão Estatal ocorre, quando “o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo”.

Importante esclarecer que nem sempre os danos por Omissão do Estado, decorrem de conduta dos Agentes Públicos. A grande maioria das vezes são eventos da natureza ou de terceiros, que conseguiriam ser minorados ou ter seus danos evitados, se o Estado, no seu dever de agir, não se omitisse.

Ensina Di Pietro (2017, p.886) que “para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano”.

4.2 Omissão geral ou específica

Falar em responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado é assunto bastante complexo, principalmente sob a égide da doutrina. Helly Lopes Meirelles defende que a responsabilidade civil do Estado vai ser objetiva tanto na ação, quanto na omissão. Celso Antônio Bandeira de Mello defende que em casos de omissão, a responsabilidade do Estado será sempre subjetiva, decorrendo da culpa do serviço.

Cavaliere Filho defende uma análise mais profunda para saber qual das responsabilidades deve ser aplicada nos casos de omissão do Estado. Para ele “a responsabilidade do Estado será subjetiva no caso de omissão genérica e objetiva, no caso de omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir”. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.8).

A omissão específica decorre da condição de garante do Estado, que por omissão, deixa surgir situação na qual o Estado tinha o dever de agir para impedir um resultado danoso. Assim, explica Cavaliere Filho:

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. São exemplos de omissão específica: Morte de detento em rebelião em presídio (Ap. Civ. 58957/2008, TJRJ); suicídio cometido por paciente internado em hospital público, tendo o médico responsável ciência da intenção suicida do paciente e nada fez para evitar (REsp. 494206/MG); paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados exames determinados pelo médico, vindo a falecer no dia seguinte (Ap. Civ. 35985/2008, TJRJ); acidente com aluno nas dependências de escola pública – a pequena vítima veio a morrer afogada no horário escolar, em razão de queda em bueiro existente no pátio da escola municipal (Ap. Civ. 3611/199, TJRJ). Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.17).

Já na omissão genérica, não se pode cobrar do Estado uma ação específica, a omissão não é causa imediata da ocorrência do dano. Continua Cavalieri Filho:

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, conseqüente 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 servisse 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, 12/07/10). (CAVALIERI FILHO, 2011, p.18).

Importante destacar a diferença nuclear entre os dois tipos, a posição de garante do Estado. Quando se encontra nesta posição, o Estado tem o dever de assegurar a integridade de pessoas ou coisas sob sua custódia, guarda ou proteção direta, por isso, quando omisso, incorre na responsabilidade objetiva, bastando que se prove o nexo causal e não a culpa ou dolo.

4.3 Responsabilidade Objetiva ou Subjetiva?

Diversos são os posicionamentos tanto da doutrina, quanto da jurisprudência referente à responsabilidade do Estado por omissão. Por não ter se posicionado de maneira sólida, a Suprema corte deixou margem para decisões favoráveis as duas formas de responsabilização.

Analisando acórdãos do Supremo Tribunal Federal, Corte encarregada de examinar o texto Constitucional, alusivo à problemática em Estudo, encontram-se divergências doutrinárias e as duas formas de responsabilidade Estatal.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 179147/SP, a 2ª Turma da Suprema corte entendeu ser a responsabilidade do Estado Subjetiva, condenando o Estado a pagar indenização por danos morais, suportada pela mãe de presidiário morto por outro detento, dentro do ambiente carcerário:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º. I. - 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, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva**, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses. IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service. V. - R.E. não conhecido.

(STF - RE: 179147 SP, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 12/12/1997, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-02-1998 PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00589 RTJ VOL-00179-02 PP-00791)

Em Sentido contrário no Julgamento do Recurso Extraordinário nº 109615/RJ, a 1ª turma, também de forma unânime, ao julgar o caso da perda de um globo ocular,

causado a aluno por um colega, também matriculado na escola pública, firmou entendimento pela responsabilidade objetiva:

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

Continua o relator.

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.

(STF - RE: 109615 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/05/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081)

Em decisões mais recentes a Suprema corte também vem entendendo pela responsabilização objetiva do Estado, tanto para os atos comissivos quanto omissivos. Neste caso, contaminação por vírus HIV em transfusão de sangue, o Ministro Dias Toffoli, utilizou-se da teoria objetiva e sua excludente, culpa exclusiva de terceiro, negando provimento e a consequente indenização da requerente.

Arlete Rodrigues de Souza interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a”, do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim do: “ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSFUSÃO DE SANGUE- CONTAMINAÇÃO DO VIRUS HIV - INEXISTÊNCIA DE CONDUITA OMISSIVA DOS RÉUS. DEVER JURÍDICO SOMENTE APÓS LEI 7.649, DE 25/01/88. - Inicialmente, cabe estabelecer que a responsabilidade civil do Estado, vem hodiernamente fulcrada no art.

Continua o relator.

37, § 6º, da Carta Magna. - Para restar caracterizada a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, impõe-se, que haja um dano, uma ação administrativa, aqui entendida como conduta comissiva, ou omissiva, sendo esta última calcada em uma específica falta de serviço, traduzida em um dever jurídico, e uma possibilidade fática de atuar, e que entre ambos exista um nexo de causalidade, informado pela teoria do dano direto, e imediato (STF RE 130764, DJ 7/8/92). - Noutra giro, por estar assentada a responsabilidade civil do Estado no risco administrativo, admite-se a perquirição em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar, ou excluir a mesma; sendo, outrossim, irrelevante ser a atuação estatal regular, ou irregular, por se embasar a mesma no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. - Imputa-se a ré uma responsabilidade civil, decorrente da omissão - ausência de realização dos pertinentes exames hematológicos, por ocasião de transfusão sanguínea, bem como a não fiscalização dos centros de saúde - que, a par da "dissenção doutrinária acerca dos pressupostos da responsabilidade do Estado por omissão" (STF, RE 258726, DJU 14/6/02) se objetiva, ou subjetiva, **me filio, face ao princípio da efetividade das normas constitucionais, no sentido de estar, outrossim, amparado pelo Texto Básico (STF, RE 109615, DJU 2/8/96; STF, RE 283989, DJ 13/9/02), ao caráter objetivo**, devendo se apurar os respectivos requisitos traduzidos em, conforme explicitados pela Suprema Corte. - Ainda, em sede de premissas, tem-se que a conduta omissiva, pressupõe, além de um dever jurídico de agir (STF, mutatis, RE 372472, DJU 28/11/03), a possibilidade, em concreto, de atuar de acordo com o mesmo. - Precedente da 8ª Turma Especializada desta Corte Regional. - Com efeito, não é possível se vislumbrar descumprimento de obrigação, se inexistir dever jurídico correspondente (STF, RE 220999, DJ 24/11/00), a par de que, não há prova segura, de que houvesse nexo etiológico entre a transfusão operada e as alegações da exordial, no âmbito do sistema de saúde pública. - Recurso desprovido”.

(STF - RE: 758899 RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 10/06/2014, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2014 PUBLIC 01/08/2014)

Em decisão de RE 136861/SP quanto a uma fábrica clandestina de fogos de artifício, por decisão não unânime e acompanhando o voto do Ministro Alexandre de Moraes, a Suprema corte manteve o entendimento de que a responsabilidade do Estado é objetiva, baseada no risco administrativo e não no risco integral.

No caso em tela, o Ministro Alexandre de Moraes afirma que não foram cumpridos os requisitos para a responsabilização do Município, visto não ser de competência municipal a fiscalização para a liberação de licença de fábrica de fogos de artifícios, faltando então a conduta omissiva e por consequência, o nexo causal.

Assim, RE 136861/SP:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. 5. Recurso extraordinário desprovido.

(RE 136861, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020)

Em decisão proferida em Recurso Extraordinário de nº 608880, com repercussão geral, tema 362, em sessão virtual encerrada no dia 04/09/20, o Pleno do Supremo Tribunal Federal novamente reafirmou o entendimento pela responsabilidade Objetiva, frisando a necessidade do nexos causal para configurar tal responsabilidade. No caso em tela foi firmado entendimento no sentido de que só se configura responsabilidade civil objetiva do Estado, quando o dano causado por detento foragido possuir causalidade direta e imediata entre a omissão do Estado e o crime praticado:

Latrocínio

No caso em análise, o governo de Mato Grosso foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em razão de latrocínio praticado por um sentenciado três meses após ter fugido do presídio onde cumpria pena em regime fechado. O Tribunal de Justiça (TJ-MT) reconheceu a negligência da administração pública no emprego de medidas de segurança carcerária e entendeu que havia nexos causal entre a fuga e o crime.

No recurso ao STF, o governo estadual sustentava que a fuga havia ocorrido em novembro de 1999, e o crime fora praticado em fevereiro de 2000, o que afastaria o nexos causal. Também argumentava que não poderia ser responsabilizado por crimes praticados por terceiros.

Exigência de nexos imediato

Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento do ministro Alexandre de Moraes de que o conjunto dos fatos e das provas colhidos nas instâncias ordinárias não permite atribuir responsabilidade por omissão ao Estado pela conduta de terceiros que deveriam estar sob sua custódia. O ministro explicou que o princípio da responsabilidade objetiva não é absoluto e pode ser abrandado em hipóteses excepcionais, como o caso fortuito, a força maior ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.

Segundo o ministro Alexandre, a jurisprudência do Supremo considera necessária a comprovação de causalidade direta e imediata entre a omissão do Estado e o crime praticado para que seja imputada a responsabilidade civil ao Estado. Ele observa que a fuga do presidiário e o cometimento do crime, três meses depois, sem qualquer relação direta com a evasão, não permite a imputação da responsabilidade objetiva ao Estado prevista na Constituição Federal. Como o crime não foi cometido durante a fuga, não há uma sequência lógica e imediata entre um fato e outro, o que afasta o nexos causal. Acompanharam esse entendimento os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Cármen Lúcia e Rosa Weber, que entendem que há nexos causal entre a fuga e o delito.

Tese

A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: “Nos termos do artigo 37 §6º da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada”. (ESTADO não tem responsabilidade civil por atos praticados por presos foragidos. 2020. Supremo Tribunal Federal.)

Na doutrina a discussão é ainda maior, Bandeira de Mello defende veementemente que a responsabilidade do Estado deve ser subjetiva quando decorre de atos comissivos, e subjetiva se decorrer de omissão. Para ele, se o Estado não atuou, não pode ser o causador do dano, sendo assim só seria cabível a responsabilização do Estado se este estivesse obrigado a impedir o dano.

Neste sentido, diz ele:

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por comportamento ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou então deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p.1012)

Assim, entende-se que o autor reconhece uma culpa presumida do Estado pela “falta do serviço” quando este não presta o serviço de forma eficiente. Este padrão de eficiência não é esclarecido pelo autor, segundo ele este padrão deve estar dentro das “possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso”.

Em sentido contrário, Helly Lopes Meirelles capitaneia a parte da doutrina que defende a responsabilidade objetiva do Estado. Para ele a falta do serviço, defendida por Bandeira De Mellho, está na área dos riscos assumidos pela administração para

a consecução de seus fins, por isso incide a responsabilidade objetiva quando terceiro vem a sofrer um dano em decorrência de uma omissão do agente público. (Meirelles, 2016)

Diversos são os entendimentos, mas o que precisa ficar claro é que não há como optar sempre por um único tipo de responsabilidade do Estado. É difícil aparecer um caso puro de responsabilidade objetiva sem ter laços da responsabilidade subjetiva.

Carvalho Neto (2014, p.125) diz que “não há nem pode haver hermética posição sobre a natureza jurídica específica da responsabilidade estatal decorrente da respectiva omissão”. O mais correto a se fazer é a distinção entre omissões genéricas e específicas, explicadas por Cavalieri Filho, e explanadas no item anterior.

Em suma, é inviável estabelecer definitivamente qual a forma de responsabilização deve ser aplicada no caso concreto, faz-se necessário para tanto a análise de cada caso, observando suas características e especificidades. Dessa forma, é possível a convivência harmônica do art. 37, §6º da Constituição Federal com as duas formas de responsabilização.

CONCLUSÃO

Quando se iniciou o trabalho de pesquisa, constatou-se que não havia entendimento pacífico nem do Supremo tribunal Federal, nem da doutrina quanto a forma correta de responsabilidade civil extracontratual do Estado em casos de Omissão.

A pesquisa teve como objetivo geral apresentar os elementos necessários para configurar a responsabilidade por omissão do Estado. Constata-se que o objetivo geral foi atendido, porque efetivamente o trabalho conseguiu demonstrar que para configurar a responsabilidade estatal faz-se necessário provar o nexos causal entre a conduta omissiva e o dano suportado pelo particular, em caso de responsabilidade objetiva, e a culpa ou dolo, o dano e o nexos causal em caso da responsabilidade subjetiva.

O primeiro objetivo específico buscou apresentar a responsabilidade Extracontratual do Estado. Ao Estudar especificamente a responsabilidade extracontratual do Estado, buscou-se afastar da pesquisa as responsabilidades decorrentes dos contratos administrativos.

O segundo objetivo específico buscou elencar a causas excludentes da responsabilidade do Estado. O objetivo foi atendido pois verificou-se que são consideradas causas excludentes da responsabilidade do Estado aquelas que rompem o nexos de causalidade entre a omissão e o dano, na pesquisa constatou-se que são três as principais causas excludentes: A força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiros.

O terceiro objetivo específico baseou-se em analisar a responsabilidade extracontratual por omissão do Estado. Constatou-se com a pesquisa que a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão está ligada diretamente com duas formas de responsabilização, a objetiva e a subjetiva.

A pesquisa partiu da hipótese do art. 37, §6º da Constituição Federal, tendo por entendimento que a responsabilidade do Estado seria sempre objetiva, porém, durante a pesquisa, refutou-se este entendimento. Verificou-se que não é absoluto e pacífico este entendimento, nem na doutrina, nem na jurisprudência da Suprema Corte, guardiã do texto constitucional.

A problemática da pesquisa, “a responsabilidade extracontratual do Estado é objetiva ou subjetiva?” tem como resposta a palavra mais ouvida pelos estudantes do curso de direito, DEPENDE, pode ser objetiva ou subjetiva.

Para responder a problemática, faz-se necessário analisar o caso concreto, diferenciando a omissão geral da específica. Por omissão geral constatou-se que é aquela da qual a omissão não é causa imediata da ocorrência do dano, quando ocorre, a responsabilidade Estatal deve ser subjetiva. Quanto a omissão específica, constatou-se que esta omissão decorre da condição de garante do estado, que ao não agir deixa ocorrer o dano, neste caso, ocorrendo, trata-se de responsabilidade objetiva.

Verificou-se também que é possível aplicar um padrão imaginário para definir qual a forma de responsabilidade deve ser aplicada no caso concreto. Se o estado estiver agindo muito abaixo do mínimo que se espera, deverá ser objetiva a responsabilidade, se estiver agindo próximo do mínimo ou acima, subjetiva deve ser a responsabilidade.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São paulo: Revista dos tribunais, 2010.

BITTERN COURT, Gisele Hatschbach. **Responsabilidade Extracontratual do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Brasília – DF: Senado Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 09 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília – DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 ago. 2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estado não tem responsabilidade civil por atos praticados por presos foragidos**. 2020. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451653&ori=1#:~:ext=Estado%20n%C3%A3o%20tem%20responsabilidade%20civil,da%20fuga%20e%20o%20delito..> Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1266517/PR - PR** 2011/0161696-8. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de julgamento: 04/12/2012, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/12 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6904319>> Acesso em: 09 ago. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 130764**. Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ 7.8.1992. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1266517&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 09 ago. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso extraordinário nº 327904/SP**, Relator: Carlos Britto, DJ: 08/09/2006, PRIMEIRA TURMA disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp?ref=juris-tabs> Acesso: 03 jun. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1054443/MT** 20088/0099141-8, Relator: Ministro Castro Meira, DJ: 04/08/2009, T2 – SEGUNDA TURMA

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061051/recurso-especial-esp-1054443-mt-2008-0099141-8-stj/relatorio-e-voto-12196099>

Acesso: 19 set. 2019

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In Revista da EMERJ, v. 14, n. 55, jul.-set. 2011

HUMENHUK, Howerstton. **Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais s**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**, 9. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato Administrativo e direitos dos administrados**. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEZZARROBA, Orides, **Manual de metodologia da pesquisa no direito**, 7. Ed – São Paula: Saraiva, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**, 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROLIM, Luiz Antonio. **A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004