

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 36	p. 1-252	abr./jun. 2009
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
ROMEUFELIPE  
**BACELLAR**

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.  
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Editor administrativo: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisora: Lourdes Nascimento  
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta  
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2932 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.  
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela  
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

### **Direção-geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

### **Editor Acadêmico Responsável**

Emerson Gabardo

### **Conselho Diretivo**

Paulo Roberto Ferreira Motta (Presidente)

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

### **Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzales Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana-Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luís Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stropa (PUC/SP)

### **Conselho Consultivo**

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Prof. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Prof. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Prof. Dra. Tayana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

# A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva

---

**Andréia Schuta**

Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, atuação na área de direito administrativo. Advogada licenciada da OAB/PR. Especialista em Direito Público pela Unibrasil, em Processo Civil pela Unisul. Especialista em Direito Administrativo no Instituto Romeu Felipe Bacellar.

**Resumo:** O estudo trata da responsabilidade civil do Estado nos casos de condutas omissivas. Aborda-se a definição de responsabilidade civil, seus elementos componentes e as suas modalidades. Aspectos da responsabilidade civil do Estado são analisados, principalmente no tocante às teorias e à evolução dessa responsabilização. Em seguida, as causas de exclusão da responsabilidade civil Estatal são tratadas. Discorre-se acerca das condutas omissivas praticadas pela Administração Pública e os conseqüentes danos causados aos particulares. Por fim é analisada a responsabilidade civil pelas condutas omissivas, com destaque às teorias que versam sobre o tema, gerando uma divergência doutrinária sobre esta questão.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil do Estado. Conduta omissiva. Teorias da responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade objetiva. Responsabilidade subjetiva. Causas de exclusão de responsabilidade.

**Sumário:** 1 Introdução - 2 Responsabilidade civil - 2.1 Breves considerações sobre a responsabilidade civil - 2.2 Elementos da responsabilidade civil - 2.2.1 Conduta humana - 2.2.2 Culpa - 2.2.3 Nexo de causalidade - 2.2.4 Dano - 2.3 Modalidades da responsabilidade civil - 2.3.1 Responsabilidade objetiva - 2.3.2 Responsabilidade subjetiva - 3 Responsabilidade civil do Estado - 3.1 Definições - 3.2 Teorias sobre a responsabilidade civil do Estado - 3.2.1 Teoria da irresponsabilidade - 3.2.2 Teorias civilistas - 3.2.2.1 Teoria dos atos de império e de gestão - 3.2.2.2 Teoria da responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa civil - 3.2.3 Teorias publicistas - 3.2.3.1 Teoria da culpa - 3.2.3.2 Teoria do risco administrativo - 3.2.3.3 Teoria do risco integral - 3.3 Causas excludentes da responsabilidade civil do Estado - 4 Responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva - 4.1 Conduta omissiva - 4.2 Concorrência da responsabilidade objetiva e subjetiva - 5 Conclusão - Referências

## 1 Introdução

O objetivo do estudo é tratar da responsabilidade civil do Estado nas condutas omissivas, frente às divergentes correntes doutrinárias que versam sobre essa matéria.

Para melhor compreensão de todo o trabalho, se revela necessário, de início, tratar do ilícito e da pretensão para chegar à definição de responsabilidade, dos seus fundamentos e das classificações que atualmente existem no ordenamento jurídico. Em seguida, é analisado cada elemento

da responsabilidade civil, com destaque à sua indispensabilidade e suas peculiaridades. As modalidades da responsabilidade civil objetiva e subjetiva são abordadas com enfoque especial na diferenciação desses institutos.

No capítulo correspondente à responsabilidade civil do Estado primeiramente busca-se tratar da função precípua do Estado, ou seja, o bem-estar da coletividade. Define-se a responsabilidade civil do Estado, em meio aos seus fundamentos e objetivos, diferenciando-a da responsabilidade civil privada. A seguir, as teorias que versam sobre a responsabilidade civil Estatal são apresentadas numa perspectiva evolutiva, principalmente diante do sistema jurídico brasileiro. Discorre-se acerca das causas de exclusão da responsabilidade estatal.

O último capítulo trata efetivamente da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas. Procura-se demonstrar os aspectos da conduta omissiva, especialmente sua caracterização diante de eventual dano sofrido por um particular.

Toda a problemática a respeito do tema desenvolve-se a partir do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, o qual dispõe sobre a responsabilidade Estatal, bem como dos casos que envolvem condutas omissivas.

Por fim, são tratadas as correntes doutrinárias subjetiva e objetiva pertinentes às condutas omissivas do Estado, seus fundamentos e críticas.

## 2 Responsabilidade civil

### 2.1 Breves considerações sobre a responsabilidade civil

A apresentação de alguns aspectos atinentes à responsabilidade civil se faz importante para a melhor compreensão do tema da responsabilidade estatal, eis que este instiga controvérsias na doutrina, principalmente quanto ao fato de dar origem à responsabilidade subjetiva ou objetiva. A pretensão, assim, é tão-somente a apresentação de algumas considerações sobre a responsabilidade civil, sem esgotar o tema.

A ordem jurídica tem como principal objetivo proteger o lícito e reprimir o ilícito. Para alcançar esse objetivo, a ordem jurídica estabelece deveres, que podem ser positivos, de dar ou fazer, ou negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa, dependendo da natureza do direito a que correspondem. É possível falar em um dever geral de não prejudicar ninguém, de origem no Direito Romano, através da máxima *nenimem laedere*.

Quando esses deveres atingem a todos, indistintamente, são chamados de direitos absolutos. Quando atingem a uma pessoa ou algumas pessoas determinadas, são chamados de direitos relativos.

Sérgio Cavalieri Filho explica:

Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.<sup>1</sup>

É justamente a violação de um dever jurídico que configura o ilícito. Quase sempre esta violação causa dano a outrem, gerando um novo dever jurídico, o dever de reparar o dano. Ou seja, existe um dever jurídico originário, ou primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, ou secundário, que consiste no dever de indenizar o prejuízo. É justamente nesta seara que entra a responsabilidade civil.

O ordenamento jurídico brasileiro disciplina que todos devem responder por seus atos, principalmente quando estes gerem prejuízos.

Quando ocorre um prejuízo, a responsabilidade não é apenas moral, mas também jurídica, pois, uma vez constatado um dano, uma contraprestação será necessária para amenizar o ocorrido.

Neste sentido, José Aguiar Dias<sup>2</sup> esclarece que “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil.”

Buscando a definição de responsabilidade civil, Rui Stoco<sup>3</sup> ensina que “a noção da responsabilidade civil pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos.”

Silvio de Salvo Venosa ao definir responsabilidade civil explica:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.<sup>4</sup>

Para Francisco Amaral, a responsabilidade civil pode ser compreendida em sentido amplo e em sentido estrito, nos seguintes termos:

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed., p. 23.

<sup>2</sup> DIAS. *Da responsabilidade civil*. 11. ed., p. 55.

<sup>3</sup> STOCO. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed., p. 118.

<sup>4</sup> VENOSA. *Direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed., p. 01.

A expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa.<sup>5</sup>

A responsabilidade civil, dentre várias classificações, é classificada pela doutrina em responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, ou aquiliana. Esta classificação considera principalmente a existência ou não de uma obrigação contratual.

Neste trabalho será abordada a responsabilidade extracontratual ou aquiliana. José Cretella Júnior, sobre esta responsabilidade, comenta:

Responsabilidade, quer pública, quer privada, pode ser contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual deriva da infração de cláusulas aceitas por ambas as partes. Desse modo, celebrado o contrato, descumprida uma ou mais cláusulas, o prejuízo ocasionado empenhará a responsabilidade do infrator.

A responsabilidade extracontratual, responsabilidade fora do contrato ou responsabilidade aquiliana é, regra geral, direta, o que quer dizer que a Administração responde, por fato próprio, pelas atividades não só lícitas e legítimas, como também pelas ilegítimas e ilícitas geradas por seus órgãos, visto que os entes públicos, em geral, só podem querer e agir por meio das pessoas físicas prepostas aos cargos, de tal modo que a vontade e a ação dos órgãos é vontade e ação daqueles entes, numa verdadeira relação de irmação ou identificação orgânica.<sup>6</sup>

Cumprir destacar a precisa lição de Sérgio Cavalieri Filho:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.<sup>7</sup>

Carlos Roberto Gonçalves, ditando algumas diferenciações nas duas formas de responsabilidade ensina:

<sup>5</sup> AMARAL. *Direito civil*. 2. ed., p. 531.

<sup>6</sup> CRETELLA JÚNIOR. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed., p. 286.

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 38.

Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *ônus probandi*.

No entanto, se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186 (um atropelamento, por exemplo), autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano.<sup>8</sup>

Assim, é possível afirmar que a responsabilidade civil inspira-se no mais elementar sentimento de justiça, pois o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o autor e a vítima, e faz surgir a necessidade fundamental de restabelecimento deste equilíbrio.

## 2.2 Elementos da responsabilidade civil

Alguns elementos são essenciais para que se configure a responsabilidade civil.

Nos termos do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, para que ocorra um ato ilícito e em consequência venha a surgir a responsabilidade civil são necessários quatro elementos: conduta humana, culpa, nexos de causalidade e dano.

Sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A análise do artigo supratranscrito evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> GONÇALVES. *Responsabilidade civil*. 9. ed., p. 28.

<sup>9</sup> GONÇALVES. Op. cit., p. 32.



Desta forma, passaremos à análise de cada um desses pressupostos essenciais da responsabilidade civil.

### 2.2.1 Conduta humana

O primeiro elemento da responsabilidade civil a ser analisado neste estudo é a conduta humana.

A conduta humana corresponde a um comportamento humano, positivo (ação) ou negativo (omissão), que seja contrário ao ordenamento jurídico.

Rui Stoco, sobre este elemento da responsabilidade civil, ensina:

O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior.

Esse ilícito, como atentando a um bem juridicamente protegido, interessa à ordem normativa do Direito justamente porque produz um dano. Não há responsabilidade sem um resultado danoso.

Mas a lesão a bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa, está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo.

Não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica.

Ação e omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil.<sup>10</sup>

Cumprir destacar que a conduta humana, nos termos do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, deve ser voluntária. Isto não significa que deve haver uma deliberação ou consciência em causar prejuízo, isto é o dolo. A voluntariedade exigida na conduta é na própria ação ou omissão.

Neste sentido, Rui Stoco<sup>11</sup> frisa que: “a voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado; de assumir o risco de produzi-lo; de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta. O querer intencional é matéria atinente à culpabilidade *lato sensu*.”

A conduta humana é composta pela ação e pela omissão. A ação é uma conduta positiva, através da qual algo é realizado por alguém. Já a omissão é uma conduta negativa, ou seja, quando alguém não realiza algo, quando deveria fazê-lo.

---

<sup>10</sup> STOCO. Op. cit., p. 131.

<sup>11</sup> Idem.

Esclarecendo a definição de omissão Rui Stoco<sup>12</sup> explica que “a omissão é um *non facere* relevante para o Direito, desde que atinja a um bem juridicamente tutelado”. Esse mesmo autor, ainda complementa “a omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua está propriamente em não se ter agido de determinada forma”.

A responsabilidade do agente pode decorrer de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e, ainda, de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste.

A responsabilidade por ato próprio é a responsabilidade direta. É decorrente do princípio informador da teoria da responsabilidade civil, o dever de não prejudicar ninguém. Caso por ação pessoal, infringindo um dever legal ou social, alguém prejudique terceiro, deverá reparar o dano.

A responsabilidade por ato de terceiro surgirá quando determinada pessoa irá responder por dano causado a outrem, porém não por ato próprio, e sim por ato de quem está sob a sua sujeição, de um modo ou de outro. Como exemplos, o pai responde pelos atos dos filhos menores que estão sob o seu poder, e o patrão responde pelos atos de seus empregados.

Esta responsabilidade por fato de terceiro é inspirada no anseio de segurança e proteção da vítima. Esta responsabilidade pode se apresentar dentro de relações extracontratuais, decorrente da lei, e também pode se apresentar dentro de relações contratuais.

Como já citado, existe também a responsabilidade decorrente da guarda de coisa ou animal que estão sob a guarda do agente, ou por dano derivado de coisas que tombem de sua morada. Em regra, trata-se de responsabilidade objetiva, independe de prova de culpa. Este é um tema decorrente do brutal desenvolvimento do maquinário, dos veículos a motor, com repercussão na doutrina e jurisprudência.

Enquanto a responsabilidade que advém do ato do próprio imputado é direta, a responsabilidade por fato de terceiro, de animais e de coisas configura a responsabilidade indireta ou complexa.

### 2.2.2 Culpa

A culpa não é conceituada em lei. No entanto, para que haja responsabilidade civil é essencial que o causador do dano tenha agido com culpa.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 133.

Para Carlos Roberto Gonçalves,<sup>13</sup> “agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo”.

Verifica-se assim que a culpa é fundamental para a ocorrência da responsabilidade civil, ou seja, como Rui Stoco<sup>14</sup> define, “a culpa é condição elementar do ato ilícito, como regra”. Referido autor complementa esclarecendo: “Ademais, se nos termos do *caput* do art. 927 desse Estatuto (Código Civil) a obrigação de reparar só nasce quando se pratica ato ilícito, tal como definido no art. 187 (como se verifica da remissão a esta norma, contida no art. 927), e desse ato decorre um dano, não há como deixar de admitir que a culpa, queiram ou não, ainda é o pressuposto fundamental da obrigação de reparar.”

No entanto, existem doutrinadores que não incluem a culpa como elemento essencial da responsabilidade civil. Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, explicam que a culpa é apenas um elemento meramente acidental:

A culpa não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código Civil. (...) A culpa, portanto, não é elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.<sup>15</sup>

Importante destacar que a culpa é composta de dois elementos, um objetivo e um subjetivo. O elemento objetivo caracteriza-se como a ilicitude e o subjetivo o procedimento incorreto, imputável a alguém. José de Aguiar Dias sobre esses elementos discorre e ainda explica as projeções da culpa, em sentido amplo e estrito:

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura, encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar,

<sup>13</sup> GONÇALVES. Op. cit., p. 490.

<sup>14</sup> STOCO. Op. cit., p. 133.

<sup>15</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed., p. 28-29.

configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido estrito e rigorosamente técnico.<sup>16</sup>

Deste modo, verifica-se que a culpa é dividida em sentido *lato*, amplo, quando a conduta reprovável coincide com a vontade do agente, e em sentido estrito, quando a conduta decorre de negligência, imprudência ou imperícia.

Sobre esta distinção, é válido citar os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *lato sensu* (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa *stricto sensu*. O juízo de reprovação próprio da culpa pode, pois, revestir-se de intensidade variável, correspondendo à clássica divisão da culpa em dolo e negligência, abrangendo esta última, hoje, a imprudência e a imperícia. Em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica a violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los.<sup>17</sup>

O dolo é caracterizado pela violação deliberada, consciente, intencional do dever jurídico. Ou seja, o agente desejava causar o dano e o seu comportamento realmente o causou. Já a culpa, por sua vez, não é caracterizada pela intenção. O agente não visava causar prejuízo à vítima, mas, de alguma forma, sua atitude que pode ser identificada como negligente, imprudente ou imperita causou dano a outrem.

Ainda sobre esta distinção entre dolo e culpa, importante demonstrar as distinções e conceituações que Rui Stoco faz sobre esta matéria:

Em proposições simples, o dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato.

(...)

A culpa em sentido estrito traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*.

Cuidando-se de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias, não há falar em culpa *stricto sensu*.

<sup>16</sup> DIAS. Op. cit., p. 133-134.

<sup>17</sup> GONÇALVES. Op. cit., p. 490.

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através da imprudência: comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; negligência: quando o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo; e imperícia: a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano.<sup>18</sup>

A culpa também é distinguida por ser contratual ou extracontratual, conforme Rui Stoco<sup>19</sup> afirma: “na culpa ocorre sempre violação de um dever preexistente; se esse dever se funda num contrato, a culpa é *contratual*; se no preceito geral, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios (*alterum nom laedere*), a culpa é *extracontratual ou aquiliana*”.

A doutrina menciona ainda a culpa nas seguintes modalidades: culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*, culpa *in committendo*, culpa *in omittendo* e culpa *in custodiendo*. Rui Stoco explica:

Culpa *in eligendo* é a oriunda da má escolha do representante, ou do preposto. Caracteriza-a, exemplificativamente, o fato de admitir ou de manter o proponente a seu serviço empregado não legalmente habilitado, ou sem as aptidões requeridas.

Culpa *in vigilando* é a que promana de ausência de fiscalização por parte do patrão, quer relativamente aos seus empregados, quer no tocante à própria coisa. É o caso da empresa de transportes, que tolera a saída de veículos desprovidos de freios, dando causa a acidentes.

Verifica-se a culpa *in committendo*, quando o agente pratica ato positivo (imprudência), enquanto a *in omittendo* decorre de abstenção (negligência).<sup>20</sup>

Outra distinção interessante é a que divide a culpa em *in concreto* e *in abstracto*. Conforme Rui Stoco<sup>21</sup> esclarece, “na primeira, o agente falta à diligência que as pessoas são obrigadas a empregar nas próprias coisas (*diligentiam quam suis rebus adhibere solet*). Na segunda, o agente falta àquela atenção que um homem atento emprega na administração de seus negócios, fazendo uso da inteligência com que foi dotado pela natureza”.

A doutrina francesa criou a distinção da culpa nas modalidades grave, leve e levíssima. Carlos Roberto Gonçalves denomina esta distinção de graus da culpa, *in verbis*:

<sup>18</sup> STOCO. Op. cit., p. 132.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> Idem.

Com relação aos graus, a culpa pode ser grave, leve e levíssima. É grave, quando imprópria ao comum dos homens. É a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa leve é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa levíssima é a falta só evitável com atenção ordinária. Culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular.<sup>22</sup>

Para a vítima ter o direito à indenização do dano sofrido terá que provar que o agente causador do dano agiu culposamente. Esta é a regra da responsabilidade civil subjetiva.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, decorre da lei e por essa razão não exige a presença do elemento culpa. Esta espécie de responsabilidade é somente para casos específicos, trazidos pelo direito, admitindo-se a responsabilidade sem culpa e informada da idéia de risco.

### 2.2.3 Nexo de causalidade

Outro elemento da responsabilidade civil é a existência de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por este produzido. A causa do dano tem de estar relacionada ao comportamento do agente.

Pode-se afirmar que está expressa no verbo “causar” utilizado na definição do ato ilícito através do artigo 186<sup>23</sup> do Código Civil de 2002. Ou seja, é o liame de causalidade entre o ato do agente e o dano da vítima.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho,<sup>24</sup> “o conceito de nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais, constituindo apenas o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

Em relação ao nexos de causalidade existem três teorias que a doutrina aponta: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.

A teoria da equivalência das condições dispõe que toda circunstância que tenha concorrido para produzir um dano deve ser considerada uma causa, e esta sendo suprimida, o dano não ocorre. Neste sentido, Rui Stoco:

A teoria da “equivalência das condições” ou da *conditio sine qua non*, idealizada por Von Buri e abraçada no Código Penal de 1940 (ainda em vigor), mesmo depois da reforma da Parte Geral em 1984 — que não distingue causa, condição ou ocasião, de modo que tudo o que concorrer para o resultado é

<sup>22</sup> GONÇALVES. Op. cit., p. 490-491.

<sup>23</sup> “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 48.

causa dele —, vem em socorro da vítima, tentando resolver, na prática, o problema da relação causal, e tem o mérito da simplicidade. Contudo, foi afastada por inadequada.

(...)

Desse modo, para determinar se uma condição constitui “causa” do evento ou resultado procede-se eliminando *in mente* essa condição. Se, ainda assim, o resultado persistir, essa condição não será a causa.

Mas se eliminada hipoteticamente essa condição o resultado não se verificar, então a condição em apreço é causa que poderia fazer eclodir o evento.<sup>25</sup>

Já a teoria da causalidade adequada propõe que a causa é o antecedente necessário e adequado para a produção do resultado. Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves:

A segunda teoria, a da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada.<sup>26</sup>

Por fim, a teoria dos danos diretos e imediatos, teoria da interrupção do nexos causal ou ainda teoria da relação causal imediata é comentada por Carlos Roberto Gonçalves, nos seguintes termos:

A terceira teoria, a dos chamados danos diretos e imediatos, nada mais é do que uma amálgama das anteriores, com certa amenização no que tange às extremas consequências a que se pudesse chegar na aplicação prática de tais teorias. Seria o desejável meio-termo, mais razoável.

Tal teoria foi denominada por Enneccerus teoria da interrupção do nexos causal. A interrupção do nexos causal ocorreria, segundo seu ensinamento, toda vez que, devendo impor-se um determinado resultado como normal consequência do desenrolar de certos acontecimentos, tal não se verificasse pelo surgimento de uma circunstância outra que, com anterioridade, fosse aquela que acabasse por responder por esse mesmo esperado resultado. Tal circunstância outra se constituiria na chamada causa estranha.

Para Agostinho Alvim, que a chama de teoria da relação causal imediata, requer ela haja, entre a inexecução da obrigação e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. Reconhece, entretanto, a dificuldade em formular a essência dessa teoria do dano direto e imediato, mostrando a discussão que se

<sup>25</sup> STOCO. Op. cit., p. 146.

<sup>26</sup> GONÇALVES. Op. cit., p. 538.

travou, e as diversas variantes e teorias que surgiram, tentando explicar a exata extensão da tal causa estranha. Conclui afirmando que, dentre todas elas, a variante que melhor explica a teoria do dano direto é a que se reporta à necessidade da causa.

(...)

O agente primeiro responderia tão-só pelos danos que se prendessem a seu ato por um vínculo de necessidade. Pelos danos conseqüentes das causas estranhas responderiam os respectivos agentes.<sup>27</sup>

Importante mencionar que existem certos fatos que podem interferir nos acontecimentos ilícitos e romper o nexo de causalidade. Assim, se o sujeito passivo da relação obrigacional afirma que fato se deu em razão de caso fortuito, força maior, estado de necessidade, legítima defesa, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e cláusula de não indenizar, o nexo de causalidade poderá estar rompido.

Isso ocorre porque, segundo Sérgio Cavalieri Filho,<sup>28</sup> “é possível que alguém se envolva em determinado evento sem que lhe tenha dado causa”.

Há falar ainda em concausas, que são causas que existem antes do fato ocorrido e não rompem o nexo causal. Sobre as concausas, Carlos Roberto Gonçalves adverte:

Tem-se entendido que as concausas preexistentes não eliminam a relação causal, considerando-se como tais aquelas que já existiam quando da conduta do agente. Assim, por exemplo, as condições pessoais de saúde da vítima, embora às vezes agravem o resultado, em nada diminuem a responsabilidade do agente. Se de um atropelamento resultam complicações por ser a vítima cardíaca ou diabética, o agente responde pelo resultado mais grave, independentemente de ter ou não conhecimento da concausa antecedente que agravou o dano.<sup>29</sup>

Esse mesmo autor explica a existência de causa superveniente e causa concomitante, vejamos:

Idêntica é a situação da causa superveniente. Embora concorra também para o agravamento do resultado, em nada favorece o agente. Se, por exemplo, a vítima de um atropelamento não é socorrida em tempo e perde muito sangue, vindo a falecer, essa causa superveniente, malgrado tenha concorrido para a morte da vítima, será irrelevante em relação ao agente, porque, por si só, não produziu o resultado, mas apenas o reforçou. A causa superveniente só

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 539.

<sup>28</sup> CAVALIERI FILHO. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>29</sup> GONÇALVES. *Op. cit.*, p. 542.



terá relevância quando, rompendo o nexo causal anterior, erige-se em causa direta e imediata do novo dano. A mesma consequência decorre da causa concomitante, que por si só acarrete o resultado.<sup>30</sup>

Assim, conclui-se que a relação de causalidade é o nexo de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano experimentado pela vítima. Sem esta relação não existe a obrigação de indenizar.

#### 2.2.4 Dano

No ordenamento jurídico não há responsabilidade sem prejuízo. Em matéria de responsabilidade o prejuízo que o agente causa é chamado de dano. Assim, o prejuízo causado pelo agente é o dano. É elemento indispensável, haja vista que o ato ilícito só repercute na ordem jurídica civil se causar prejuízo a alguém.

Rui Stoco<sup>31</sup> esclarece que “o dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito, nas hipóteses expressamente previstas; de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva”.

Márcio Xavier Coelho define dano nos seguintes termos:

O dano consiste na alteração do estado em que se encontra a vítima, podendo ser dano patrimonial ou extrapatrimonial, o que lhe provoca desequilíbrio e perdas, muitas vezes irreparáveis.

A base de validade para a segurança de nossos direitos encontra-se na Constituição Federal, que nos assegura a vida, a liberdade, a integridade física, a propriedade, a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros.

Portanto, verificamos que alguns dos danos por ventura causados atingem ora a esfera personalíssima da pessoa, como é o caso da violação a direitos da personalidade, ora a coletividade, como é o caso do dano ambiental.<sup>32</sup>

Assim, pode-se afirmar que, em matéria de responsabilidade civil, havendo dano haverá o dever de reparação desse dano, ou seja, de uma indenização. Para Carlos Roberto Gonçalves:<sup>33</sup> “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito”.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 543.

<sup>31</sup> STOCO. Op. cit., p. 129.

<sup>32</sup> COELHO. *Fundamentos da responsabilidade civil estatal*. 3. ed, p. 66.

<sup>33</sup> GONÇALVES. Op. cit., p. 545.

Ainda sobre indenização, esse autor esclarece algumas distinções utilizadas pela doutrina:

Alguns autores estabelecem distinções entre as expressões “ressarcimento”, “reparação” e “indenização”. *Ressarcimento* é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. *Reparação* é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a *indenização* é reservada para a compensação do dano decorrente de ato ilícito do Estado, lesivo do particular, como ocorre nas desapropriações. A Constituição Federal, contudo, usou-a como gênero, do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, ao assegurar, no art. 5º, V e X, indenização por dano material e moral.<sup>34</sup>

O dano deve ser provado, sob pena de ninguém ser responsabilizado.

Cumprido destacar que o dano pode ser classificado como patrimonial ou não patrimonial. O dano patrimonial é suscetível de avaliação pecuniária, e geralmente é reparado em dinheiro, através da indenização. Subdivide-se em: dano emergente, que é aquilo que efetivamente se perdeu, ou seja, os danos concretos; e em lucro cessante, é o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar.

O dano não patrimonial também é conhecido como dano moral e segundo Sérgio Cavalieri Filho<sup>35</sup> consiste na “dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”.

Para alguns doutrinadores, o dano moral divide-se em dano moral direto e indireto. Sobre esta classificação, Carlos Roberto Gonçalves discorre:

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 548.

<sup>35</sup> CAVALIERI FILHO. *Op. cit.*, p. 78.

<sup>36</sup> GONÇALVES. *Op. cit.*, p. 566.

Segundo o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência, as pessoas físicas e jurídicas podem sofrer este tipo de dano. Essa imputação certamente reflete a evolução da responsabilidade civil, principalmente em relação ao dano moral.

Cumprе mencionar que existe outro aspecto em relação ao dano moral, o denominado dano estético, que surge em casos de aleijão, deformidade. Carlos Roberto Gonçalves sobre este dano esclarece:

Para que se caracterize a deformidade, é preciso que haja o dano estético. A pedra de toque da deformidade é o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física. Não se trata, pois, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas de um aspecto deste.<sup>37</sup>

É admitida a cumulação entre os danos materiais e morais. No entanto, a cumulação entre o dano moral e o dano estético é polêmica.

Em geral não é admitida, pois como o dano estético subsume-se no dano moral, essa cumulação configura-se *bis in idem*. No entanto, há entendimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é possível a cumulação do dano moral e do dano estético, quando ambos possuem fundamentos distintos, ainda que originários do mesmo fato.

### 2.3 Modalidades da responsabilidade civil

A culpa nem sempre será elemento da responsabilidade civil, caso em que teremos a chamada responsabilidade objetiva.

Em nosso ordenamento jurídico civil a regra ainda é a responsabilidade subjetiva, a qual exige como um dos elementos que a compõem a culpa.

Já no direito administrativo a responsabilidade civil mais estudada é a estatal, a qual é prevista constitucionalmente e tem como regra a responsabilidade objetiva.

Não há como apontar qual seria a melhor alternativa. Carlos Roberto Gonçalves explica:

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 714.

e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.<sup>38</sup>

Para um entendimento melhor de cada um desses tipos de responsabilidade, serão abordadas a seguir suas peculiaridades.

### 2.3.1 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva, para ser aplicada, necessita de lei expressa que a autorize. A Constituição Federal, o Código Civil e diversas leis esparsas (Lei de Acidentes de trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Código de Defesa do Consumidor, entre outras) autorizam a utilização da responsabilidade objetiva, em determinadas situações.

Sobre as origens da responsabilidade objetiva, destaca-se Rui Stoco:

Nasceu a doutrina objetiva no século XIX, sob os auspícios de Saleilles e Josserand.

Este último, considerado o “experto” da teoria do risco, a desenvolve principalmente sob o título “Les accidents du travail et la responsabilité civile” (in *Essaie d’une théorie objective de la responsabilité delictuelle*).

Restou por conquistar uma plêiade de adeptos.

(...)

Entre nós, o precursor da teoria da responsabilidade objetiva foi Alvino Lima, em tese apresentada na Faculdade de Direito da USP, em 1938, sob o título “Da culpa ao risco”, posteriormente convertida em livro, em que não apenas defende a doutrina objetivista como responde aos argumentos dos adversários.<sup>39</sup>

Carlos Roberto Gonçalves<sup>40</sup> sobre a responsabilidade objetiva explica que “a lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou ‘objetiva’, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade”.

Este autor<sup>41</sup> ainda menciona que, “nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>39</sup> STOCO. *Op. cit.*, p. 959.

<sup>40</sup> GONÇALVES. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 22.

reparar o dano. Em alguns casos ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura)”.

A responsabilidade objetiva é composta por várias teorias, as quais serão analisadas no capítulo que tratará da responsabilidade estatal. No entanto, é necessário mencionar que a teoria do risco, que justifica a existência da responsabilidade objetiva, ao afirmar que se alguém exerce uma atividade e cria risco para terceiros, deve ser responsável por esse risco, independentemente de culpa.

Interessante destacar que a responsabilidade civil brasileira vem ganhando espaço para a doutrina objetiva, principalmente sob o fundamento da teoria do risco.

### 2.3.2 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva tem como fundamento a culpa. Assim, a prova da culpa é essencial para a responsabilização.

Rui Stoco<sup>42</sup> explica que “o princípio da responsabilidade civil fundou-se essencialmente na doutrina da culpa, abraçada desde 1916 pelo Código Civil revogado, sendo certo que o atual Código Civil manteve a culpa como um dos pressupostos fundamentais da responsabilidade, como se verifica no art. 186”.

Desse modo, a teoria da responsabilidade subjetiva exige como pressuposto da obrigação de indenizar um comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo nesse contexto a culpa propriamente dita e o dolo.

Este tipo de responsabilidade possui como elementos basilares para a sua caracterização a conduta do sujeito ativo, a existência de um dano, o nexo de causalidade, e ainda a comprovação da culpa ou dolo do agente.

## 3 Responsabilidade civil do Estado

### 3.1 Definições

Inicialmente é necessário mencionar que o Estado, ao desenvolver suas atividades, poderá causar prejuízos aos administrados, causando-lhes danos.

Como já foi verificado nesse trabalho, no ordenamento jurídico prevalece a idéia de que, existindo um dano, deve haver a respectiva reparação, respeitadas as causas que ensejam a exclusão da responsabilidade.

<sup>42</sup> STOCO. Op. cit. p. 149.

A responsabilidade civil do Estado é atribuída às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, diante de uma obrigação de indenizar os danos causados a terceiros por atos omissivos ou comissivos de seus agentes.

Essa é a definição que se extrai do art. 37, §6º, da Constituição Federal, que é o principal fundamento da responsabilidade civil estatal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

(...)

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

Segundo Marçal Justen Filho,<sup>43</sup> a responsabilidade civil estatal pode ser compreendida como “o dever jurídico de vinculação aos efeitos da conduta própria ou alheia e traduz, no tocante à estrutura administrativa estatal, uma característica da democracia republicana. A responsabilidade do Estado, numa acepção ampla, significa o dever de reconhecer a supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal”.

Hely Lopes Meirelles<sup>44</sup> esclarece que a “responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure na indenização. (...) Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

Neste sentido Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt<sup>45</sup> assim define: “responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de o Poder Público recompor prejuízos causados a particulares, mediante indenização em dinheiro, em decorrência de ações ou omissões, comportamentos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos no exercício de suas funções”.

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*, p. 791.

<sup>44</sup> MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed., p. 624.

<sup>45</sup> BITTENCOURT. *Manual de direito administrativo*, p. 165.

Definindo a responsabilidade civil do Estado, Márcia Andréa Buhring<sup>46</sup> explica “que a responsabilidade do Estado é a responsabilidade constitucional do Estado, porque está ancorada em nossa Constituição. Essa noção está interligada à noção de Estado de direito, vez que o Poder Público, num primeiro momento, não pode causar lesão aos direitos do cidadão, mas se causar lesões, estas não podem ser ignoradas; nem a lesão, nem a reparação”.

### 3.2 Teorias sobre a responsabilidade civil do Estado

Houve uma longa e lenta evolução até chegar ao estágio atual da responsabilidade civil do Estado. O grande responsável por essa evolução foi o Direito Francês, o qual inclusive teve seus princípios adotados no Brasil quando faltavam disposições legais específicas. Neste sentido, explica Rui Stoco<sup>47</sup> que: “o grande desenvolvimento da responsabilidade do Estado proveio do direito francês e através da construção pretoriana do Conselho de Estado”.

A seguir abordamos as teorias que foram aplicadas ao longo da evolução da responsabilidade civil do Estado. Sobre a evolução, José de Aguiar Dias comenta:

A evolução da idéia da responsabilidade do Estado se processou em três fases, nitidamente caracterizadas pelo regime político dominante de cada uma:

1ª. Fase da irresponsabilidade, noção de fundo essencialmente absolutista. Paul Duez assinala, por exemplo, que, já vigente a Constituição do ano VIII, os particulares não tinham à sua disposição senão procedimento fundado na responsabilidade pecuniária pessoal dos agentes perante os tribunais judiciais. Acrescenta que a autorização para a demanda era manejada como processo governamental e que, frequentemente, como hoje, o funcionário era insolvente.

2ª. Fase civilista, de fundo individualista, a que se filia ainda, segundo a maioria dos nossos autores, o sistema brasileiro, até porque regula no Código Civil a responsabilidade do Estado.

3ª. Fase do direito público, onde se afirma a predominância do direito social, a que deu impulso e sistematização o notável trabalho da jurisprudência do Conselho do Estado francês, cuja ação, na autorizada análise de Paul Duez, se pode caracterizar por estas duas proposições: “1ª) *A responsabilidade da administração se desenvolve, a título principal, no quadro jurídico da culpa, para resultar em teoria autônoma, da ‘falta do serviço público’, cujos traços o Conselho de Estado cada dia mais acentua e precia.* 2ª) *Secundariamente, uma concepção original da responsabilidade fundada no risco se projeta ousada e sucessivamente em diversas direções.*”<sup>48</sup>

<sup>46</sup> BUHRING. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*, p. 86.

<sup>47</sup> STOCO. *Op. cit.*, p. 958.

<sup>48</sup> DIAS. *Op. cit.*, p. 784.

Analisaremos a seguir as fases da responsabilidade civil, de acordo com as fases supramencionadas pela doutrina.

### 3.2.1 Teoria da irresponsabilidade

A primeira teoria a ser estudada é da irresponsabilidade do Estado, a qual isentava o Estado de qualquer forma de reparação ou indenização, quem quer que fosse prejudicado pelo Estado.

Rui Stoco<sup>49</sup> sobre esta teoria defende: “originariamente, vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado, mitigado pela admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado com um comportamento pessoal seu”.

O fundamento da teoria da irresponsabilidade era a idéia de soberania, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>50</sup> “a teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na idéia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele”.

Yussef Said Cahali cita os principais fundamentos em que se sustenta a irresponsabilidade do Estado por seus atos:

O conceito fundamental da teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública 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, e como corolário, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados não em representação do ente público, mas *nomine proprio*.<sup>51</sup>

Neste mesmo sentido, corrobora Márcia Andréa Buhring:<sup>52</sup> “a teoria da irresponsabilidade vem desde a época dos Estados Absolutos, fundados na idéia de soberania, cujo poder absoluto do Monarca se fundava, de acordo com sua convicção, na teoria divina dos reis, que eram os representantes de Deus e em seu nome agiam”.

<sup>49</sup> STOCO. Op. cit., p. 958.

<sup>50</sup> DI PIETRO. *Direito administrativo*. 18. ed., p. 563.

<sup>51</sup> CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 18.

<sup>52</sup> BUHRING. Op. cit., p. 87.



Em seguida, esta mesma autora cita os princípios que justificavam a adoção dessa teoria:

Eram várias as concepções, ou princípios regalengos, adotadas nessa época, que justificavam a isenção do soberano, entre elas: o monarca ou o Estado não erram; o rei não pode errar (the king can do no wrong); por atender ao interesse de todos não pode ser responsabilizado (le roi ne peut mal faire); o rei sempre tem razão; o Estado sou eu (L'État c'est moi); aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei (quod principi placuit habet legis vigorem).<sup>53</sup>

Interessante destacar os outros nomes que se deu a esta doutrina, conforme Márcia Andréa Buhring:

Também foi chamada essa teoria de teoria *regalista*, *regaliana* ou *feldal*, pois consagrava o princípio de que o Estado desconheceria toda forma de prejuízos que seus funcionários, por ação ou omissão, causassem a terceiros.

(...)

Essa teoria foi chamada, ainda, de teoria da *impecabilidade* ou *inafastabilidade do soberano*, em razão de o soberano ser considerado alguém que jamais se equivocava ou errava.<sup>54</sup>

No entanto, no século XIX, a teoria da irresponsabilidade começou a perder espaço, tendo em vista as evidentes injustiças acobertadas por seus fundamentos. Passa-se então a adotar as teorias civilistas, na culpa.

### 3.2.2 Teorias civilistas

A responsabilidade civil do Estado na sua segunda fase teve como fundamentos principais os princípios e normas do Direito Civil.

Nessa segunda fase, destacam-se dois momentos: a teoria dos atos de império e de gestão e a teoria da responsabilidade objetiva, as quais serão a seguir analisadas.

#### 3.2.2.1 Teoria dos atos de império e de gestão

É uma teoria surgida na França, com o intuito de amenizar a demanda de causas propostas pelo cidadão que tivesse alguma forma de prejuízo contra o Estado.

Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt sobre esta teoria comenta:

<sup>53</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>54</sup> BUHRING. Op. cit. p. 90-91.

Numa primeira etapa de transição da total irresponsabilidade do Estado para uma forma de responsabilidade com base no Direito Privado, partiu-se da divisão entre atos de império e atos de gestão. O Estado, ao atuar em posição de igualdade com os particulares exercendo atos de gestão, poderia ser responsabilizado, por meio de aplicação de princípios de Direito Civil. Caso estivesse numa posição de supremacia, editando atos de império com todas as prerrogativas de autoridade, seria regido por um direito especial, exorbitante do direito comum, e, assim, não teria o dever de reparar dano causado a outrem. Foi muito criticada essa visão de um “Estado esquizofrênico”, pois não se compreende possível dividir a personalidade do Estado, bem como, na prática, separar os atos de império dos atos de gestão.<sup>55</sup>

A distinção entre atos de império e atos de gestão é muito bem elencada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Numa primeira fase, distinguia-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os 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.<sup>56</sup>

Com propriedade, Romeu Felipe Bacelar Filho faz a distinção de tais atos:

Atos *iuri imperi* seriam os atos praticados sob o manto de Potestade Pública, no exercício da soberania do Estado, praticados por ele na qualidade de poder supremo, supra-individual, impostos unilateralmente e de forma coercitiva e, portanto, insuscetíveis de gerar direito à indenização.

Atos *iuri gestiones* seriam aqueles exercidos pelo Estado em situação de igualdade, de equiparação ao particular, no intuito da conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para gestão de seus serviços, o que levava ao reconhecimento da responsabilidade civil nas mesmas condições e proporções a que se submetem os cidadãos.<sup>57</sup>

No entanto surgiram críticas a essa teoria e ela caiu em desuso conforme esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>58</sup> “surgiu, no entanto grande

<sup>55</sup> BITTENCOURT. Op. cit., p. 167.

<sup>56</sup> DI PIETRO. Op. cit., p. 563-564.

<sup>57</sup> BACELLAR FILHO. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. *Interesse Público*, n. 6, p. 30.

<sup>58</sup> DI PIETRO. Op. cit., p. 564.

oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços”.

### 3.2.2.2 Teoria da responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa civil

Essa Teoria adotada no Brasil a partir das Constituições de 1934 e 1937, consistindo na obrigação do Estado em reparar danos provocados por seus agentes públicos, no exercício de suas funções.

A responsabilidade do Estado, de acordo com essa doutrina, surgia quando o dano causado ao administrado proviesse de conduta culposa do agente estatal. Assim, ganham relevância nesse período além dos atos dolosos, os atos realizados com imprudência, imperícia ou negligência pelo funcionário público.

Neste sentido Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt comenta:

O Estado seria responsável pelos atos de seus agentes, desde que demonstrada a culpa. A maior parte da doutrina entende que esta teoria da responsabilidade subjetiva inspirou o art. 15 do Código Civil Brasileiro de 1916 ao estabelecer que: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por ato dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”<sup>59</sup>

Denota-se assim que o Estado seria o garantidor do restabelecimento econômico e jurídico sofrido pela vítima. No entanto, o agente público estava obrigado a reparar o dano subsidiariamente, indenizando o Estado pelo prejuízo que causou com sua conduta.

Para que a responsabilidade civil do Estado se configurasse de acordo com essa tese, a vítima tinha que comprovar além do dano a culpa ou dolo do agente.

A doutrina menciona que esta teoria teve outra etapa. Nesse sentido, Márcia Andréa Buhning esclarece:

Afirmada essa tese da responsabilização, e posto que o Estado em igualdade de condições em face dos particulares, exigia-se a comprovação da culpa, o que demandava, ao já vitimado por um dano, um acrescido ônus. Não tardou

<sup>59</sup> BITTENCOURT. Op. cit., p. 167-168.

que se abandonasse a incrível exigência, invertendo-se o ônus da prova, presumindo-se *juris tantum* a culpa da Administração — foi a etapa da *culpa presumida*.<sup>60</sup>

Esta teoria sofreu várias críticas e acabou sendo afastada, pois o estabelecimento de condições à conduta dos agentes (culpa ou dolo) levava a subjetivismos tendentes a afastar do Estado a responsabilidade por danos causados.

### 3.2.3 Teorias publicistas

A evolução da responsabilidade civil do Estado para as teorias publicistas ocorreu diante de um caso da jurisprudência francesa conforme afirma Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt:

A partir do famoso *arrêt* Blanco, em 1873, decidido pela jurisprudência francesa, estabeleceu-se o entendimento de que o Estado teria realmente o dever de reparar danos causados na esfera patrimonial de terceiros, mas com fundamento em princípios de Direito Público (teorias publicistas). Neste caso, a menina Agnes Blanco foi colhida por uma composição ferroviária da Companhia Nacional Manufatureira do Fumo do Estado Francês. Em virtude de uma ação de indenização, surgiu um conflito de competência sobre qual seria o tribunal competente para julgar esse feito, uma vez que as questões referentes ao Estado eram julgadas por um tribunal administrativo com função jurisdicional (contencioso administrativo), enquanto as questões entre particulares passavam pelo crivo do Poder Judiciário (jurisdição comum). O Tribunal de Conflitos francês decidiu que caberia ao tribunal administrativo a competência dessa questão, tendo em vista a responsabilidade do Estado não poderia ser regida por princípios do Código Civil.<sup>61</sup>

Nas palavras de Yussef Said Cahali,<sup>62</sup> “o que caracteriza a teoria publicista é a despersonalização da culpa, transformando-a, pelo anonimato do agente, em falha da máquina administrativa”.

Cumprе mencionar que este caso da jurisprudência francesa não constitui apenas um marco na história da responsabilidade extracontratual do Estado, mas também do Direito Administrativo, pois a partir desse momento se intensifica a sua autonomia perante o Direito Civil.

A primeira teoria publicista foi a da culpa do serviço ou da culpa administrativa. Em seguida surgiu a teoria do risco, que foi desdobrada por

<sup>60</sup> BUHRING. Op. cit., p. 97.

<sup>61</sup> BITTENCOURT. Op. cit., p. 168.

<sup>62</sup> CAHALI. Op. cit., p. 33.

parte dos administrativistas (principalmente Hely Lopes Meirelles e Diogenes Gasparini) em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

### 3.2.3.1 Teoria da culpa

A teoria da culpa do serviço (*faute du service*) também é chamada de teoria da culpa anônima da administração pública, de culpa administrativa e ainda de teoria do acidente administrativo, e é considerada o ponto de transição entre as idéias civilistas e a doutrina publicista da responsabilidade do Estado.

Esta teoria é discutida na doutrina quanto à sua natureza subjetiva ou objetiva. Neste sentido Márcia Andréa Buhring<sup>63</sup> explica: “a teoria do acidente administrativo recebeu denominações dos doutrinadores, como *culpa do serviço público*, *culpa administrativa* ou, ainda, *culpa anônima*. E, neste particular, muita divergência se estabelece pois, para alguns autores, essa teoria é de natureza subjetiva e, para outros, é de natureza objetiva”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, essa teoria é subjetiva, vez que prescinde da prova de culpa, vejamos:

É mister acentuar que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (...) é provável que a causa do equívoco de se supor que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, pela defeituosa tradução que a mesma recebeu, pois o significado de *faute* em Francês é culpa e não ausência ou falta.<sup>64</sup>

Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a responsabilidade do Estado é objetiva na aplicação da teoria da culpa do serviço, *in verbis*:

A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público.

Distinguia-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso,

<sup>63</sup> BUHRING. Op. cit., p. 99.

<sup>64</sup> MELLO. *Curso de direito administrativo*. 19. ed., p. 809-890.

o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funciona mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

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 da culpa do funcionário.<sup>65</sup>

Romeu Felipe Bacellar Filho, sobre essa polêmica entre responsabilidade objetiva e subjetiva, sintetiza nos seguintes termos:

É possível inserir a falta de serviço entre a doutrina objetiva, na exata medida que, entre outros, pelo dever de eficiência imposto ao Poder Público, prescinde-se de qualquer perquirição de culpa, ainda que especial. O que se pode afirmar é que a *faute du service* acabou por desencadear o processo de evolução que culminou com as teorias objetivas do risco, sem, contudo, sepultar, em face do posicionamento de significativa parte da doutrina, o resquício civilista da culpa.<sup>66</sup>

Assim, a responsabilidade civil o Estado restaria configurada sempre que fosse verificada a culpa do serviço, caracterizada quando o serviço não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt a respeito da teoria esclarece:

A teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa desvincula a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário, passando a entender como centro da responsabilidade do Estado a culpa do serviço público. Esta culpa anônima do serviço público compreende três formas, estabelecidas na jurisprudência do Conselho de Estado francês: quando o serviço prestado não funcionou (*culpa in omittendo*), funcionou mal (*culpa in commitendo*) ou funcionou tardialmente. Caberia ao particular provar a culpa (*faute*) do serviço, para responsabilizar o Estado, sem a necessidade de apreciar a culpa do agente público.<sup>67</sup>

Destaque-se que o funcionário público deixou de ser um simples preposto do Estado, e passou a agir em nome do Estado, como autoridade pública. Essa teoria centralizou a questão da falha de serviço, denominada pela jurisprudência francesa de “*faute du service publique*”, que se traduz no funcionamento irregular, defeituoso, com retardo ou, ainda, no não-funcionamento do aparelhamento administrativo.

<sup>65</sup> DI PIETRO. Op. cit., p. 565.

<sup>66</sup> BACELLAR FILHO. Op. cit., p. 32.

<sup>67</sup> BITTENCOURT. Op. cit., p. 168-169.

Desta forma, verifica-se que o fundamento da responsabilidade passou a ser a anormalidade do funcionamento público.

### 3.2.3.2 Teoria do risco administrativo

A teoria do risco administrativo fundamenta a responsabilidade objetiva do Estado. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>68</sup> menciona, “essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos”. Esta professora ainda explica que:

É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada de teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.<sup>69</sup>

Desta forma, a teoria do risco pressupõe que a atividade estatal é passível de causar danos aos seus administrados, surgindo assim o risco inerente às suas atividades. Cumpre destacar que esta teoria tem como fundamento a responsabilidade objetiva, a qual dispensa a análise da culpa.

Neste sentido, Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt explica:

A teoria do risco traz uma responsabilidade objetiva do Estado, sem se questionar se houve dolo ou culpa. O fundamento dessa teoria é o princípio de igualdade dos ônus e encargos sociais, ou seja, os benefícios e prejuízos devem ser repartidos igualmente entre os membros da sociedade. A noção de culpa das teorias anteriores é substituída pela idéia de nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o prejuízo sofrido pelo particular. A teoria da responsabilidade objetiva prescinde, deste modo, dos elementos subjetivos dolo ou culpa. Chamada de teoria do risco, tendo em vista que parte da idéia de que a atuação estatal envolve sempre um risco de dano.<sup>70</sup>

Sobre esta teoria Hely Lopes Meirelles esclarece que:

Baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar um dano a certos membros da comunidade,

<sup>68</sup> DI PIETRO. Op. cit., p. 565.

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> BITTENCOURT. Op. cit., p. 169.

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, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946.<sup>71</sup>

Esta teoria é admitida e aplicada atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, com previsão legal no §6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho,<sup>72</sup> “a finalidade da teoria do risco é recompor o *status quo ante*, ou seja, a situação anteriormente existente, de forma que não se perceba a existência do dano, pois não visa a um enriquecimento injusto, mas a uma justa, correta e igual divisão de ônus e encargos à sociedade, sacrificando-se um interesse privado em favor do interesse público”.

Márcia Andrea Buhning<sup>73</sup> sustenta que “o fundamento basilar da responsabilidade objetiva é o princípio da igualdade, que pela responsabilização do Estado, ou de um todo social, evita o empobrecimento injusto de quem sofreu um prejuízo no seu patrimônio”.

Como já mencionado, essa teoria dispensa prova do elemento subjetivo (culpa ou dolo). No entanto, para a vítima ser indenizada, deve ocorrer uma ação ou omissão, decorrente de um fato lesivo praticado pela Administração Pública, além do dano efetivo e da comprovação do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e a ocorrência do dano.

O Estado pode afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal, ou seja, quando ele não deu causa ao dano, por fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior entre outros casos, conforme será estudado adiante.

Assim, na teoria do risco administrativo a prova da culpa da Administração é dispensada, mas a Administração pode comprovar a culpa da vítima a fim de atenuar a indenização ou ainda excluí-la.

### 3.2.3.3 Teoria do risco integral

Alguns doutrinadores dividem a teoria do risco em risco administrativo e risco integral. Hely Lopes Meirelles explica a diferença das teorias:

<sup>71</sup> MEIRELLES. Op. cit., p. 532.

<sup>72</sup> BACELLAR FILHO. Op. cit., p. 21-22.

<sup>73</sup> BUHRING. Op. cit., p. 115.



O risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização. A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de “brutal”, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.<sup>74</sup>

A teoria do risco integral é considerada pela doutrina como o extremo da responsabilidade civil e não é utilizada por ser considerada injusta. Neste sentido, Márcia Andrea Buhring comenta:

Entende-se por teoria do risco integral a obrigação de o Estado indenizar todo e qualquer dano, desde que esteja envolvido no respectivo evento. Essa teoria é, porém, por demais injusta, não merecendo, assim, maiores cuidados, além de não ser adotada por qualquer ordenamento.

Essa teoria é a mais extremada da doutrina do risco, é abandonada na prática, porque conduz ao abuso e à iniquidade social, considerada extremamente radical, cuja Administração estaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano sofrido por terceiros, mesmo que resultasse de culpa ou dolo da própria vítima.<sup>75</sup>

Pela teoria do risco integral, o Estado fica obrigado a indenizar todo e qualquer dano sofrido pelos administrados. Para essa teoria não se admitem excludentes de responsabilidade. Assim o Estado assume a posição de garantidor de todos os danos que possam ser causados aos particulares.

Existe uma hipótese no ordenamento jurídico brasileiro em que parte da doutrina admite que a Constituição adotou a teoria do risco integral, no artigo 21, XXIII, alínea “d”, na hipótese de responsabilidade civil da União por danos nucleares.

Alguns doutrinadores afirmam que há outras espécies do gênero teoria do risco, como teoria do risco-proveito e teoria do risco profissional. Sobre estas modalidades, Vilson Rodrigues Alves comenta:

Na medida em que a largueza dos enunciados da teoria do risco, obrigando inclusive aqueles que exercitem licitamente o conteúdo de um direito, poderia

<sup>74</sup> MEIRELLES. Op. cit., p. 627.

<sup>75</sup> BUHRING. Op. cit., p. 109-110.

acarretar a supressão dessa mesma atividade, delineou-se um estreitamento de sua abrangência.

Por ela, teoria do risco-proveito, responsável civil é o que tira proveito do fato causador do dano à vítima, no suposto de que deve suportar-lhe os riscos.

Com isso, a responsabilidade civil ficaria restrita às hipóteses de danos verificados na exploração de uma atividade lucrativa, proporcionadora de conforto.

(...)

Teoria do risco profissional é o enfoque da mesma teoria do risco, mas restrita na definição da responsabilidade civil.

Responsável não seria apenas o que assumiria o risco no exercício de uma atividade.

Diversamente, seria responsável tão-somente se a vítima estivesse a agir na sua atividade ou profissão.

Nessa visão, o fato lesivo passa a ser uma decorrência da atividade ou profissional do lesado.<sup>76</sup>

Verifica-se assim que há várias discussões na doutrina acerca da teoria do risco. No entanto, é unânime que o sistema jurídico brasileiro admite a teoria do risco administrativo.

### 3.3 Causas excludentes da responsabilidade civil do Estado

Na responsabilidade civil do Estado adota-se, como regra, a teoria do risco administrativo. Como já se analisou neste trabalho, a teoria do risco administrativo dispensa o particular provar a culpa da Administração. No entanto pode o Estado demonstrar a culpa da vítima ou outros fatos que atenuem ou excluam a indenização.

Assim, para eximir ou atenuar a obrigação de indenizar, o Estado deve demonstrar a existência de alguma situação que exclua a sua responsabilidade, ou seja, deve comprovar que a ação ou omissão do agente público não foi a causa direta do dano ou ainda que não foi a única causa.

Não há consenso na doutrina acerca das causas de exclusão da responsabilidade civil do Estado.

Como causas excludentes, Rui Stoco<sup>77</sup> aponta: “segundo nosso entendimento as causas clássicas de exclusão de responsabilidade são: a) caso fortuito ou força maior, deixando de lado a discussão acerca do

<sup>76</sup> ALVES. *Responsabilidade civil do estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*, t. I, p. 53-54.

<sup>77</sup> STOCO. *Op. cit.* p. 975.

entendimento de que constituem a mesma coisa; e b) culpa exclusiva da vítima, pois são as únicas com força de romper o liame causal entre a autuação do Estado e o dano verificado”.

Márcia Andrea Buhring sobre as causas excludentes comenta:

O vocábulo excludente, de origem latina, provém do verbo *excludere*, que significa excluir, repelir ou afastar.

Também são chamadas de causas de isenção ou exoneração, pois excluem ou atenuam a responsabilidade para o Estado. É dizer que, nesses casos, o Estado exime-se total ou parcialmente de recompor os prejuízos.

Para o Direito administrativo, as excludentes são causas de características especiais que afastam, desde logo, a responsabilidade jurídica do Estado. Contrapõe-se, assim, à idéia de referibilidade ao nexos com o ato danoso, possível de ser indenizado.<sup>78</sup>

Explicando que na existência de causas excludentes de nexos de causalidade o Estado se isenta da responsabilidade, Rui Stoco afirma:

Nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se isenta de responder se não existir o nexos de causalidade entre o seu agir (comportamento comissivo) e o dano produzido.

Quando a culpa do dano tenha origem no caso fortuito, na força maior, ou decorra de culpa da vítima, o serviço público deixa de figurar como causa eficiente do resultado, convertendo-se em mera circunstância de fato, na consideração de que, neste caso, o vínculo de causa e efeito só poderá ser identificado nas forças incontroláveis da natureza ou na conduta temerária da própria vítima.

Isso melhor traduzindo quer dizer que só se exime o Estado se não foi o autor da lesão que lhe for imputada, ou se a situação de risco atribuída a ele inexistiu ou foi irrelevante ou sem relevo decisivo para eclosão do dano.<sup>79</sup>

Desta forma verifica-se que as excludentes mais conhecidas e admitidas pela doutrina são: força maior, caso fortuito, estado de necessidade, culpa exclusiva da vítima, culpa ou fato de terceiro.

Alguns autores entendem que o caso fortuito decorreria de algo imprevisível, já a força maior corresponderia uma força irresistível.

O caso fortuito e a força maior são causas de rompimento da relação de causalidade e, em conseqüência de exclusão da responsabilidade civil do Estado, não obstante exista uma controvérsia na doutrina e na jurisprudência, no que tange à questão conceitual.

<sup>78</sup> BUHRING. Op. cit., p. 155.

<sup>79</sup> STOCO. Op. cit., p. 975.

O ponto em comum do caso fortuito e da força maior é que são acontecimentos inevitáveis e independentes de qualquer atividade do agente, e que atuam, com exclusividade, na produção do dano.

Maria Sylvia Di Pietro,<sup>80</sup> ao analisar as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado, aponta que “força maior é o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio”. Não sendo imputável à Administração e atuando como causa exclusiva do dano, não enseja responsabilidade do Estado. Complementa que, “na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão”.

Marçal Justen Filho não faz distinção entre os dois institutos, mas entende que eles afastam a responsabilização do Estado, *in verbis*:

O caso fortuito ou força maior afasta, em todos os setores do direito, a responsabilização civil. Envolve hipóteses em que o dano é produzido por causas alheias à vontade ou ao controle de alguém, insuscetíveis de impedimento. Dito em outras palavras, o Estado não é responsabilizável, porque o dano se produziu não obstante tivesse ele observado todas as cautelas derivadas do dever de diligência a ele imposto.<sup>81</sup>

Em entendimento diferente em relação ao caso fortuito e à força maior Celso Antônio Bandeira de Mello explica:

Nos casos ora cogitados (de responsabilidade objetiva), eventual invocação de força maior — força da natureza irresistível — é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexos causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Se foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado. O que exime o Poder Público de responder é sempre a não-configuração dos pressupostos. Por isso é que responde se criou situação perigosa, mesmo quando a força maior interfere atualizando o perigo potencial. O caso fortuito não é utilmente invocável, não elide o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porquê da incorreta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem.<sup>82</sup>

Cumprido destacar que o mais importante não é a catalogação do fato como caso fortuito ou de força maior, mas a sua atuação como causa adequada a excluir a responsabilização da Administração Pública.

<sup>80</sup> DI PIETRO. Op. cit., p. 568-569.

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO. Op. cit., p. 804.

<sup>82</sup> MELLO. Op. cit., p. 955.

Outra excludente apontada pela doutrina é o estado de necessidade, o qual ocorre em certas situações em que o dano causado pelo Estado somente ocorre para proteção de um interesse maior da coletividade. Neste sentido, Márcia Andrea Buhring<sup>83</sup> explica: “O estado de necessidade caracteriza-se pela ausência de responsabilidade em razão do bem maior a ser tutelado, como própria finalidade e razão de ser do Estado. (São exemplo as situações de guerra, as convulsões sociais) em que são causados prejuízos a indivíduos em nome da proteção da sociedade, razão de se afastar o nexo de causalidade.”

A culpa da vítima não é considerada propriamente uma causa excludente para Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual afirma:

A culpa do lesado — frequentemente invocada para elidi-la — não é, em si mesma, causa excludente. Quando, em casos de acidente de automóveis, demonstra-se que a culpa não foi do Estado, mas do motorista do veículo particular que conduzia imprudentemente, parece que se traz à tona demonstrativo convincente de que a culpa da vítima deve ser causa bastante para elidir a responsabilidade estatal. Trata-se de um equívoco. Deveras, o que se haverá demonstrado, nessa hipótese, é que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o nexo causal. Isto aparece com nitidez se nos servimos de um exemplo extremo. Figure-se que um veículo militar esteja estacionado e sobre ele se precipite um automóvel particular, sofrendo avarias unicamente este último. Sem os dois veículos não haveria a colisão e os danos não se teriam produzido. Contudo, é de evidência solar que o veículo do Estado não causou o dano. Não se deveu a ele a produção do evento lesivo. Ou seja: inexistiu a relação causal que ensejaria a responsabilidade do Estado.<sup>84</sup>

Marçal Justen Filho admite a culpa da vítima como causa excludente de responsabilidade nos seguintes termos:

Não há responsabilidade civil do Estado quando o evento danoso se consumou por efeito de atuação culposa da vítima. Se a culpa foi exclusiva, não há responsabilização civil alguma.

(...)

Em outras palavras, a culpa da vítima afasta a responsabilidade civil do Estado na medida em que o dano tiver resultado não da infração pelo agente estatal ao seu dever de diligência. Se tiver havido infração ao dever de diligência, ainda que concorrente com a culpa do particular, existirá responsabilização (parcial, se for o caso) do Estado.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> BUHRING. Op. cit., p. 167.

<sup>84</sup> MELLO. Op. cit., p. 954.

<sup>85</sup> JUSTEN FILHO. Op. cit., p. 803-804.

Outra excludente apontada pela doutrina é a culpa de terceiro ou fato de terceiro. O fundamento para a exclusão da responsabilidade é a de que se o fato foi realizado por terceiro e não pelo Estado, não há como imputar o fato à Administração. No entanto essa excludente pode caracterizar responsabilidade civil do Estado por omissão, ausência de diligência. Neste sentido Marçal Justen Filho esclarece:

Se o dano foi acarretado por conduta antijurídica alheia, não cabe a responsabilização civil do Estado pela inexistência da infração ao dever de diligência — exceto quando a ele incumbia um dever de diligência especial, destinado a impedir a concretização de danos. Ou seja, pode-se cogitar de responsabilização civil do Estado por omissão, a depender das circunstâncias.<sup>86</sup>

Importante destacar que o fato de terceiro abrange as atividades desenvolvidas por pessoa determinada que, mesmo não possuindo qualquer vinculação com a vítima ou com o causador aparente do dano, acaba interferindo no processo causal e acaba provocando o evento danoso. Assim, há o rompimento do nexo de causalidade, pois assume a condição de causa exclusiva do evento danoso.

Encontra-se ainda como causa de excludente da responsabilidade civil do Estado o agente fora das atividades funcionais. Corroborando esta afirmativa, Márcia Andrea Buhring<sup>87</sup> explica: “O agente público que estiver fora de suas atividades funcionais e que vier a causar danos a uma terceira pessoa não obriga o Estado a responder por esses danos, visto que o Estado, por força do art. 37, §6º, da Constituição, não responderá pelos danos que seus agentes causarem a outrem quando não estiverem exercendo sua função, ou em razão dela.”

Marçal Justen Filho cita ainda o exercício regular de direito pelo agente estatal nos seguintes termos:

O exercício regular do direito pelo agente estatal significa que não haverá responsabilidade civil do Estado se tiverem sido observados todos os limites e deveres pertinentes ao dever de diligência. No cumprimento de seus deveres funcionais, o agente estatal adotou todas as precauções. Se vier a se consumir um dano em relação a terceiro, não haverá dever de indenizar. Nesse caso, presume-se que o dano derivou ou da culpa exclusiva de terceiro ou de caso fortuito ou força maior.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 804.

<sup>87</sup> BUHRING. *Op. cit.*, p. 165.

<sup>88</sup> JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 804.

Assim, caso o Estado comprove alguma dessas causas supramencionadas poderá ter obrigação de indenizar afastada.

## 4 Responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva

O Estado pode ser responsabilizado por suas ações e por suas omissões.

As condutas comissivas são positivas, as quais traduzem a ação da Administração Pública, por meio de seus agentes, capaz de produzir um dano. De outro lado, a conduta omissiva traduz um posicionamento negativo, em que o agente público permanece inerte quando deveria agir, gerando um dano a um particular.

No que tange à responsabilização do Estado por condutas comissivas o entendimento da doutrina e da jurisprudência é pacífico no sentido da responsabilidade objetiva. No tocante à responsabilidade do Estado por conduta omissiva, não existe unanimidade de posicionamento, variando entre a atribuição das responsabilidades objetiva e subjetiva.

A princípio tratar-se-á das condutas omissivas do Estado e em seguida serão demonstradas as posições doutrinárias e as críticas decorrentes.

### 4.1 Conduta omissiva

A Administração Pública ao realizar suas atividades, para atender o interesse coletivo, pode ocasionar danos aos particulares, seja por suas condutas ativas ou omissivas.

Carlos Roberto Gonçalves esclarece acerca da omissão:

Não apenas a ação produz danos. “Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração. A omissão configura a culpa ‘in omittendo’ e a culpa ‘in vigilando’ . São casos de ‘inércia’, casos de ‘não-atos’ . Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por ‘inércia’ ou ‘incúria’ do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como ‘bonus pater familiae’, nem como o ‘bonus administrador’ . Foi negligente, às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solécia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental.”<sup>89</sup>

A omissão é uma inação quando há o dever de agir. Desta forma, na responsabilidade civil do Estado por omissão, a Administração Pública nada faz, quando tinha um dever de fazer alguma coisa.

<sup>89</sup> GONÇALVES. Op. cit., p. 180.

A omissão do Estado é bem explicada por Celso Antônio Bandeira de Mello nos seguintes termos:

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

Não há resposta a priori quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.<sup>90</sup>

Neste mesmo sentido, Márcia Andrea Buhring explica nos seguintes termos:

Para configurar responsabilidade estatal não basta, portanto, a simples relação entre o dano sofrido e a ausência do serviço, ou seja, omissão estatal. Se não existir obrigação legal de impedir um certo evento danoso, deve haver algo mais, como culpa por negligência, imprudência ou imperícia que ensejam dano, ou dolo, com intenção de omitir-se, quando era obrigado a atuar e fazê-lo para evitar o evento lesivo. É necessário que o Estado aja com ilicitude, quando não impede o dano ou não faz o possível, com comportamento abaixo do padrão legal exigível. Se o Estado, em seu dever de agir, por imposição da lei, não agiu ou se o fez deficientemente, abaixo dos padrões, responderá pelos danos que vier a causar. Se, no entanto, atuou de forma organizada e eficiente e mesmo assim não conseguiu impedir o dano, não há de se falar em responsabilidade.<sup>91</sup>

Cumpre destacar que a responsabilidade do Estado que decorrente de uma conduta omissiva decorre propriamente de uma atuação omissiva ilícita da Administração Pública. Rui Stoco<sup>92</sup> esclarece que: “caracterizará

<sup>90</sup> MELLO. Op. cit., p. 943.

<sup>91</sup> BUHRING. Op. cit., p. 149-150.

<sup>92</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 960.



sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente”.

A omissão lícita frente ao ordenamento jurídico não conduz dever de indenizar, mas, sendo ilícita, a obrigação de indenização se impõe, pois viola um dever de agir.

José de Aguiar Dias distingue os atos omissivos em genéricos e específicos, nos seguintes termos:

Os atos omissivos ainda se dividiriam em omissos genéricos e específicos, exigindo-se para os primeiros a prova da culpa da Administração, e, em relação aos segundos, admitindo-se a responsabilidade objetiva, já que estaríamos diante da hipótese em que teria havido violação de “dever individualizado de agir”, a que Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta outra condicionante, qual seja a de que só responderá o Estado se houver demonstração de que evento danoso poderia ser por ele impedido.<sup>93</sup>

Marçal Justen Filho adota a classificação dos atos ilícitos omissivos em próprios e impróprios, *in verbis*:

As hipóteses de dano derivado de omissão podem ser diferenciadas em dois grandes grupos. Existem os casos em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). E há os casos em que a norma proscree certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio).

Os casos de ilícito omissivo próprio são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é obrigatório o agente público praticar certa ação, a omissão configura atuação ilícita e gera a presunção de formação defeituosa da vontade. O agente omitiu a conduta obrigatória ou por atuar intencionalmente ou por formar defeituosamente sua própria vontade — a não ser que a omissão tenha sido o resultado intencional da vontade orientada a produzir uma solução conforme ao direito e por ele autorizada.

O grande problema são as hipóteses de ilícito omissivo impróprio, em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Nesses casos, a omissão do sujeito não gera presunção de infração ao dever de diligência. É imperioso, então, verificar concretamente se houve ou não infração ao dever de diligência especial que recai sobre os exercentes de função estatal. Se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de um dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era da competência do agente, se o atendimento ao dever de diligência

<sup>93</sup> DIAS. Op. cit., p. 777.

teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano — então, estão presentes os pressupostos da responsabilização civil.<sup>94</sup>

Para a configuração da omissão, deve haver um juízo de probabilidade considerável, de que, caso a conduta não realizada, houvesse sido feita, o dano não teria sido produzido.

A conduta omissiva realizada pelo Estado corresponde uma má prestação de serviço público, materializada por sua falta ou falha.

Importante mencionar que a teoria da falta do serviço (*faute du service*) tem como fundamento as possíveis situações ocasionadas pela falha do serviço, quais sejam: quando o serviço não funcionou (devendo funcionar), quando funcionou atrasado ou quando funcionou mal. Verifica-se assim que essa teoria relaciona-se diretamente com casos de omissão estatal, ou seja, hipóteses em que há um dever legal de agir do Estado, mas este se mantém inerte.

Importante mencionar que quando a conduta é omissiva, a rigor não existe nexos causal físico, mas apenas um exame hipotético, ou seja, uma imputação exclusivamente jurídica. Assim deve ser realizada a suposição de que, caso a conduta houvesse sido praticada, o dano não teria ocorrido.

Desta forma é possível afirmar que a conduta omissiva que enseja a responsabilização do Estado é a violação de uma imposição legal à qual a Administração Pública se submete, a fim de proteger ou garantir um bem jurídico.

## 4.2 Concorrência da responsabilidade objetiva e subjetiva

Quando o Estado em decorrência de sua omissão, vem a causar danos aos particulares, resta configurada a responsabilidade civil do Estado.

Não há consenso na doutrina quanto à modalidade de responsabilidade que surge em consequência da omissão. Para parte da doutrina é responsabilidade objetiva, para outra parte é subjetiva. Nem mesmo a jurisprudência dos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) é passível de um entendimento unificado, ora há posicionamento pela responsabilidade objetiva e ora pela responsabilidade subjetiva.

Apenas para se ter idéia da dimensão da divergência existente na doutrina, é possível arrolar como partidários da teoria subjetiva Celso

<sup>94</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 800.

Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo e outros, e como filiados à teoria objetiva Yussef Said Cahali, Odete Medauar, Álvaro Lazzarini, Carvalho Filho, Celso Ribeiro Bastos, entre outros.

A corrente que sustenta ser a responsabilidade pelos atos omissivos subjetiva afirma que a omissão estatal não é a causa do resultado danoso, mas a condição para o resultado. Assim, não seria razoável o Estado responder objetivamente por um dano que, a rigor, não causou, mas apenas não atuou no sentido de impedi-lo.

Segundo esta teoria, para haver a responsabilização do Estado por sua conduta omissiva é imprescindível a análise do elemento subjetivo. O Estado responde subjetivamente com fundamento na teoria da culpa do serviço, ou *faute du service*, conforme denominação francesa. A culpa do serviço, falta do serviço ou a chamada culpa anônima da administração está caracterizada na ausência do serviço, no serviço defeituoso ou no serviço demorado.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende a aplicação da responsabilidade subjetiva diante de ato omissivo do Estado, *in verbis*:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar 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 o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu seu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito.<sup>95</sup>

Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt também relaciona os casos de conduta omissiva à responsabilidade subjetiva do Estado:

Em que pese a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva ser adotada pela Constituição Federal, o Poder Judiciário, em determinados julgamentos, utiliza a teoria da culpa administrativa para responsabilizar o Estado em casos de omissão. Assim, a omissão na prestação de serviço público tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*). A culpa

<sup>95</sup> MELLO. Op. cit., p. 942-943.

decorreu da omissão do Estado, quando este deveria ter agido. Por exemplo, o Poder Público não conservou adequadamente as rodovias e ocorreu um acidente automobilístico.<sup>96</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também se filia à corrente que entende ser subjetiva a responsabilidade do Estado em caso de omissão, *in verbis*:

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 do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do 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).<sup>97</sup>

Ainda na corrente que admite a responsabilidade subjetiva, encontra-se Rui Stoco, o qual sustenta:

A premissa fundamental, portanto, é a de que a responsabilidade do Estado, nos termos do art. 37, §6º da CF/88, só é objetiva quando os danos a terceiros forem causados diretamente por seus agentes, nessa qualidade. É a teoria do risco que dispensa qualquer indagação acerca da juridicidade e da culpabilidade.

Ora, a omissão do Estado é anônima, posto que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público.

Se assim é, o comportamento omissivo do próprio Poder Público não se encaixa nem no art. 37, §6º da Constituição Federal, nem no art. 43 do Código Civil e, portanto, empenha responsabilidade subjetiva.<sup>98</sup>

Para alguns autores, o texto constitucional que permite a responsabilidade objetiva do Estado somente abrange os casos de ação. Assim, as condutas omissivas que ensejam responsabilidade civil subjetiva não

<sup>96</sup> BITTENCORT. Op. cit., p. 171.

<sup>97</sup> DI PIETRO. Op. cit., p. 569.

<sup>98</sup> STOCO. Op. cit., p. 963.

teriam o mesmo fundamento constitucional. Seguindo este entendimento, Diogenes Gasparini explica:

O texto constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo “causar” (causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissos. Nesses casos a culpa do Estado é presumida, invertendo-se, portanto, o ônus da prova.<sup>99</sup>

Neste mesmo sentido encontra-se a posição de Lúcia Valle Figueiredo:

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese da omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve faute de service. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardialmente.<sup>100</sup>

Marçal Justen Filho<sup>101</sup> critica a concepção clássica de responsabilidade do Estado objetiva (atos comissivos) e subjetiva (atos omissivos), nos seguintes termos: “tradicionalmente, afirma-se que a responsabilidade civil do Estado por ato comissivo tem cunho objetivo, enquanto a responsabilidade por ato omissivo apresenta natureza subjetiva. Essa tese é logicamente insustentável, e se afigura muito mais razoável afirmar que, em todos os casos, há um elemento subjetivo, mas subordinado a um regime especial”.

Esse mesmo autor defende a tese da objetivação do elemento subjetivo nos seguintes termos:

Defende-se a concepção, então, da objetivação do elemento subjetivo, não de sua ausência. A afirmativa da existência da responsabilidade objetiva deve ser interpretada em termos. Não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas há presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de

<sup>99</sup> GASPARINI. *Direito administrativo*. 12. ed., p. 990.

<sup>100</sup> FIGUEIREDO. *Curso de direito administrativo*. 8. ed., p. 281.

<sup>101</sup> JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 799.

diligência especial. Tanto é assim que, se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, o valor de uma eventual condenação será minimizado.<sup>102</sup>

Temperamentos a teoria subjetiva são apresentados por Sérgio Cavalieri Filho, o qual afirma que nos casos de omissão genérica a responsabilidade é subjetiva, e nos casos de omissão específica a responsabilidade é objetiva:

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, momento 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.<sup>103</sup>

Outra parte da doutrina afirma que a responsabilidade do Estado será sempre objetiva, ainda nos casos de atos omissivos, sob o fundamento da isonomia e da busca de igualdade de todos diante do Estado. Sustentam os defensores que a conduta omissiva que enseja a responsabilização é sempre contrária à lei, e em face de sua gravidade é necessária a responsabilização objetiva do Estado. Aduzem ainda que a Constituição Federal não faz nenhuma ressalva no artigo 37, §6º, motivo pelo qual este dispositivo se aplica também às condutas omissivas.

Ademais, há entendimento de que a evolução da responsabilidade civil do Estado tende à objetivação, e a consideração de responsabilidade subjetiva nesses casos seria uma forma de retrocesso evolutivo.

Weida Zancaner Brunini<sup>104</sup> adepta à corrente objetivista sustenta ser a responsabilidade do Estado objetiva, com a exceção do direito de regresso: “a teoria subjetiva permaneceria ainda, a nosso ver, nas relações Estado-funcionário. Nessa relação, o direito de regresso do Estado contra o funcionário condiciona-se à culpabilidade desse último. No mais, em a teoria objetiva, a nosso ver, condições, em nosso país, de subsumir a teoria subjetiva”.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 803.

<sup>103</sup> CAVALIERI FILHO. *Op. cit.*, p. 261.

<sup>104</sup> BRUNINI. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*, p. 32.

Odete Medauar também se posiciona na corrente dos objetivistas, como se pode verificar:

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 nexa causal ou nexa 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 nexa de causalidade, o Estado deve ressarcir.<sup>105</sup>

Essa corrente doutrinária que defende a responsabilidade objetiva do Estado por omissão sustenta que havendo a falta do serviço o Estado é responsável pelos danos causados, salvo se demonstrar a existência de uma excludente de responsabilidade (força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima etc.). Assim, não se faz necessária a prova da culpa da administração, uma vez que a ocorrência do dano comprova, por si só, que os serviços não funcionaram ou funcionaram mal, caracterizando, assim, a falta de serviço que justifica a indenização. A falha do serviço aliada ao resultado danoso e a prova da causalidade são elementos suficientes para ensejar a responsabilidade pública.

José Cretella Júnior,<sup>106</sup> ao explicar a teoria da falta do serviço (*faute de service*), assevera que “o serviço público tem que funcionar de modo perfeito, regular, contínuo sem a menor falha, para que a coletividade se beneficie no mais alto grau do seu funcionamento”.

Em seguida esse autor demonstra sua preferência pela responsabilidade objetiva:

Mesmo, porém, que não se apure a identidade do agente responsável pelo mau funcionamento do serviço público, basta a prova inequívoca do prejuízo ocasionado, como decorrência da falha da máquina do Estado (nexa causal), para empenhar a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica pública a quem está afeto o serviço e a respectiva indenização patrimonial, o que, em outras palavras, significa que, superada a teoria subjetiva, que pressupõe a identificação do agente causador do dano, o direito administrativo chega à teoria objetiva, que prescinde da culpa do homem, da identificação do funcionário, fixando-se na falha do serviço.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed., p. 430.

<sup>106</sup> CRETELLA JÚNIOR. Op. cit., p. 615.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 618.

Outro autor que defende a responsabilidade objetiva por atos omissivos é Yussef Sahid Cahali, o qual assevera:

Tendo a Constituição da República de 1988 (a exemplo das anteriores) adotado a teoria da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas indicadas em seu art. 37, §6º, a que bastaria o nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do ente público ou privado prestador de serviço público, mostra-se, em princípio, despicienda qualquer averiguação do dolo ou da culpa por parte de seus agentes, por desnecessária a sua prova.<sup>108</sup>

Verifica-se assim que não há consenso na doutrina a respeito da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. No entanto é possível afirmar que a doutrina subjetivista, que tem como grande defensor Celso Antônio Bandeira de Mello, baseada na falta do serviço, ainda é a mais prestigiada pelos administrativistas e aplicada nos tribunais pátrios.

Não obstante esse confronto entre objetividade e subjetividade não é possível afirmar qual teoria seria a mais correta. Ambas apresentam justificativas que as fundamentam. Assim, como o Direito não é uma ciência exata, em questões polêmicas sempre existirão teorias diversas que analisam a mesma matéria a partir de diferentes ângulos.

## 5 Conclusão

A responsabilidade civil decorre da expressão latina *nenimem laedere*.

Ocorrendo a violação de um dever jurídico surge o ilícito. Quando esta violação causa dano a outrem, gera um dever jurídico: o dever de reparar o prejuízo.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro todos devem responder por seus atos, principalmente quando estes gerem prejuízos a outrem.

Considerando a existência ou não de uma obrigação contratual, classifica-se a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, ou aquiliana.

A responsabilidade civil inspira-se no mais elementar sentimento de justiça, tendo em vista que o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o autor e a vítima, e faz surgir a necessidade fundamental de restabelecimento deste equilíbrio.

<sup>108</sup> CAHALI. Op. cit., p. 44.



Nos termos do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, para que ocorra um ato ilícito e em conseqüência venha a surgir a responsabilidade civil são necessários quatro elementos: conduta humana, culpa, nexo de causalidade e dano.

No entanto, a culpa nem sempre será elemento da responsabilidade civil, caso em que surge a chamada responsabilidade objetiva.

Em nosso ordenamento jurídico civil a regra ainda é a responsabilidade subjetiva, a qual exige como um dos elementos que a compõem a culpa. Já no direito administrativo a responsabilidade civil mais estudada é a estatal, a qual é prevista constitucionalmente e tem como regra a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade civil do Estado é atribuída às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, diante de uma obrigação de indenizar os danos causados a terceiros por atos omissivos ou comissivos de seus agentes. Essa é a definição que se extrai do art. 37, §6º, da Constituição Federal, que é o principal fundamento da responsabilidade civil estatal.

A responsabilidade civil do Estado sofreu uma longa e lenta evolução até chegar ao estágio atual. Pode-se afirmar que o direito francês foi responsável por esta evolução, influenciando inclusive o direito administrativo brasileiro.

Na responsabilidade civil do Estado adota-se, como regra, a teoria do risco administrativo, a qual dispensa o particular provar a culpa da Administração. No entanto pode o Estado demonstrar a culpa da vítima ou outros fatos que atenuem ou excluam a indenização.

O Estado pode ser responsabilizado por suas ações e por suas omissões. As condutas comissivas são positivas e traduzem a ação da Administração Pública, por meio de seus agentes, capaz de produzir um dano. As condutas omissivas traduzem um posicionamento negativo, em que o agente público permanece inerte quando deveria agir, gerando um dano a um particular.

A omissão lícita não conduz dever de indenizar, mas, sendo ilícita, a obrigação de indenização se impõe, pois ocorre a violação de um dever de agir. A conduta omissiva realizada pelo Estado corresponde uma má prestação de serviço público, materializada por sua falta ou falha.

A responsabilização do Estado por condutas comissivas, segundo entendimento da doutrina e da jurisprudência, é objetiva. Já na responsabilidade do Estado por conduta omissiva, não existe unanimidade de

posicionamento, variando os autores entre a responsabilidade objetiva e subjetiva.

Por fim, cabe mencionar que, não obstante esse confronto entre objetividade e subjetividade, não é possível afirmar qual teoria seria a mais correta, pois apresentam justificativas que as fundamentam. No entanto, a doutrina subjetivista, que tem como grande defensor Celso Antônio Bandeira de Mello, baseada na falta do serviço, ainda é a mais prestigiada pelos administrativistas e aplicada nos tribunais pátrios.

#### **Civil Liability of the State in Cases of Omission Behaviors**

**Abstract:** The study deals with the civil liability of the State in cases of omission behaviors. It is approached component definition of civil liability, its elements and its modalities. Aspects of the civil liability of the State are analyzed, mainly in regards to the theories and to the evolution of this accountability. After that, the causes of exclusion of the State civil liability are treated. It is discoursed concerning the omission behaviors practised by the Public Administration and the consequent actual damages to the particular ones. Finally the civil liability for the omissivas behaviors is analyzed, with emphasis on the theories that relate to the theme, creating a doctrinal divergence on this question.

**Key words:** Civil liability of the State. Omission behavior. Theories of the State liability. Objective responsibility. Subjective responsibility. Reasons for exclusion of liability.

## Referências

- ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001. t. I
- AMARAL, Francisco. *Direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 6, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- BUHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COELHO, Márcio Xavier. *Fundamentos da responsabilidade civil estatal*. 3. ed. Brasília: OAB, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHUTA, Andréia. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 75-122, abr./jun. 2009.

Recebido em: 10.02.09

Aprovado em: 24.05.09