

Instituto Brasiliense de Direito Público
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*

**A responsabilidade civil do Estado por danos
decorrentes de depressões na pavimentação
de vias públicas**

Ewerton Azevedo Mineiro

Brasília

2008

Ewerton Azevedo Mineiro

**A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de depressões na
pavimentação de vias públicas**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de pós-graduação *lato
sensu* em Direito Público, especialização
advocacia pública, pelo Instituto Brasiliense
de Direito Público – IDP

Brasília
2008

Folha de Aprovação

**A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de depressões na
pavimentação de vias públicas**

Ewerton Azevedo Mineiro

Esta monografia foi orientada, lida e aprovada pela Comissão Examinadora do candidato e aceita como parte dos requisitos do Instituto Brasiliense de Direito Público para a obtenção do grau de especialista em Direito Público.

Comissão Examinadora

Brasília

2008

RESUMO

RESUMO: Exame do enquadramento constitucional e legal, à luz da doutrina e jurisprudência, acerca da responsabilidade extracontratual do Estado por danos resultantes de depressões na pavimentação de vias públicas, a partir da análise da evolução da responsabilidade civil do Poder Público e da abordagem da divergência existente entre a aplicação da teoria objetiva, prevista em sede constitucional no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, com a vertente subjetiva da responsabilidade subjetiva, apregoada como própria dos atos omissivos.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VIAS PÚBLICAS. DEPRESSÕES. CONDUTA OMISSIVA. NOVO CÓDIGO CIVIL. CÓDIGO DO CONSUMIDOR.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
-------------------------	----------

1. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	5
1.1. A fase da irresponsabilidade estatal	6
1.2. A responsabilidade dependente da apuração de culpa.....	7
1.3. A responsabilidade sem culpa e as novas missões do Estado.....	8
1.4. Da evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro	11
2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	14
2.1. Da conduta estatal	15
2.2. Do dano	15
2.3. Do nexo de causalidade	16
2.4. Do pressuposto adicional da demonstração de culpa	19
2.5. Das excludentes de responsabilidade	20
2.5.1. A culpa exclusiva da vítima	20
2.5.2. O caso fortuito e a força maior.....	21
2.5.3. A culpa exclusiva da vítima	21
2.6. Da responsabilidade civil do Estado perante atos comissivos (conduta positiva)	22
2.7. Da responsabilidade civil do Estado perante atos omissivos (conduta negativa)	23
2.7.1. Da incidência da teoria subjetiva, a partir da leitura da Constituição Federal	23
2.7.2. Da influência da teoria objetiva de acordo com o Código de Defesa do Consumidor	32
3. DOS DANOS POR DEPRESSÕES NA PAVIMENTAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS E SEU ENQUADRAMENTO NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	36
3.1. Defeitos decorrentes de omissão estatal. Incidência da teoria subjetiva da responsabilização civil.....	36
3.2. Do posicionamento da jurisprudência diante de ações indenizatórias por danos causados por depressões em vias públicas	39
4. CONCLUSÃO	41
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

A temática relacionada à responsabilidade civil do Estado ocupa destacado lugar no rol de temas estudados pela doutrina e aplicados pela jurisprudência. Considerada a atuação cada vez mais presente do Estado, tanto na prestação dos serviços públicos como em seu papel intervencionista, inequívoca é a sensível repercussão perante os administrados. Para muitos, essa atividade se converte preferencialmente em benefícios. Para outros, essa influência – ou sua falta – induz a ocorrência de danos.

O presente trabalho busca elucidar a responsabilidade civil do Estado, com abordagem específica da responsabilidade extracontratual estatal em razão de danos decorrentes de acidentes cujo fato gerador situa-se em acontecimento conhecido de todos, quais sejam os defeitos nas pavimentações de vias públicas ou, mais popularmente, os buracos nas pistas.

Traçando o esboço da teoria da responsabilidade civil estatal e servindo-se da pesquisa bibliográfica e documental, adotando-se como fontes textos doutrinários e a jurisprudência nacional, além do direito positivado, o trabalho visa identificar qual a teoria de responsabilização civil aplicável ao caso, se objetiva ou subjetiva, com seus consectários.

1. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao se analisar a evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado, costuma-se expor a gradual evolução de seu campo protetivo ao longo do tempo, progredindo-se da total irresponsabilidade estatal para a responsabilização independente de apuração de culpa.

Adotando-se a linha evolutiva traçada por Diógenes Gasparini¹, observa-se que o Estado passou do terreno da total irresponsabilidade para a responsabilidade com apuração de culpa (subdividida esta em civil ou administrativa) e após para a responsabilidade sem culpa (decorrente do risco administrativo ou do risco integral), cujos delineamentos são a seguir expostos.

1.1. A fase da irresponsabilidade estatal

Tradicional é o apontamento de que as origens da teoria da responsabilidade civil do Estado remontam ao Estado absolutista, época na qual a atuação estatal não possuía limites, vez que a vontade do rei sobrepunha-se à vontade dos demais, caracterizando, na realidade, um período de inequívoca irresponsabilidade estatal, consagrada na máxima *“the king can do no wrong”* (o rei não pode errar), bem como nas análogas parêmias *“le roi ne peut malfaire”* (o rei não pode fazer mal), *“l’ état c’est moi”* (o Estado sou eu) e *“quod principi placuit habet legis”* (o que agradou ao príncipe tem força de lei).

Nestes primórdios, os eventuais danos causados pelo Estado restavam sem ressarcimento, não se concebendo pudesse o particular voltar-se contra o senhor, seja pela ausência de instrumentos processuais para tanto, seja pelo fundado temor das nocivas conseqüências resultantes da insurgência contra o poder soberano.

¹ Apud FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional*. Renovar, 2001.

Nesse sentido, registra Sonia Sterman, em trecho memorado por Saulo José Casali Bahia: “mas, como vigorava a teoria do direito divino, sendo o soberano o representante de Deus na terra, continuava ele impune à responsabilidade”².

1.2. A responsabilidade dependente da apuração de culpa

Em período posterior, em meados do século XIX, em acompanhamento da evolução política e jurídica da sociedade, o Estado migrou da irresponsabilidade para a responsabilização com culpa, isto é, mediante a comprovação da atuação dos agentes públicos mediante negligência, imprudência ou imperícia. Afinal, como realçado por Aguiar Dias, “não são razões de ordem jurídica as que qualificam a responsabilidade do Estado. São, como diz Hauriou, ‘razões de alta política e de eqüidade’”³.

Esta foi chamada de teoria civilista da culpa, distinguindo-se entre os atos administrativos praticados coercitivamente, sob o poder de império, e aqueles outros executados em situação de igualdade com o particular (atos de gestão), permitindo-se a responsabilização estatal neste segundo caso, tal como se o Estado agisse na posição de um patrão ou comitente relativamente aos atos de seus prepostos.

De outra parte, surgia ainda a teoria administrativa ou publicista, denominada de culpa do serviço ou de culpa administrativa, buscando afastar a idéia de culpa individual do servidor público para a culpa do serviço público (culpa anônima).

Essa variante tem flagrante inspiração francesa, a partir da denominada *faute du service*, cuja tradução, na realidade, não significa “falta” do serviço, mas sim “culpa” (*faute*), o que freqüentemente induz confusões nos meios doutrinário e jurisprudencial.

² STERMAN, Sonia. *apud* BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade Civil do Estado*, Editora Forense, 1995, p. 14/15.

³ DIAS, Aguiar. *apud* BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade Civil do Estado*, Editora Forense, 1995, p. 16.

Essa teoria da “falta” do serviço guardaria aplicação nas seguintes hipóteses: quando o serviço não funcionou, mas deveria ter funcionado; quando o serviço deveria funcionar bem, mas funcionou mal e quando o serviço deveria funcionar oportunamente, mas funcionou tardiamente.

Tratou-se de significativo avanço, visto que enfim o Poder Público tornava-se responsável pelos seus atos, propiciando, tanto quanto possível, o restabelecimento dos danos causados ao particular.

No entanto, a dependência de cabal comprovação de culpa estatal ainda impunha sensível ônus ao administrado, que se via na obrigação de evidenciar a atuação culposa da administração, sob pena de improcedência de seu pleito indenizatório.

1.3. A responsabilidade sem culpa e as novas missões do Estado

Em estágio mais avançado, em evolução de entendimento firmado pelo Conselho de Estado francês, passou a ser vislumbrada a hipótese de incidência do princípio da igualdade, diante da isonômica divisão dos benefícios da atuação estatal entre todos, o que legitimaria que os eventuais prejuízos causados a alguns por força da ação estatal também devessem ser igualmente repartidos.

Afinal, como salientado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.⁴

Evidenciava-se, assim, a teoria do risco, ensejadora da inédita incidência da responsabilidade objetiva do Estado, dispensando-se a avaliação de culpa da administração, seja por culpa ou dolo.

⁴ *Direito Administrativo*, Editora Atlas, 2003, p. 527.

Com o advento da teoria do risco, surgiram as vertentes do risco administrativo e do risco integral, de acordo, respectivamente, com a admissão ou não de causas excludentes de responsabilidade, quais sejam a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

Destaque-se que tal divisão, acolhida pela doutrina, mereceu a crítica de Yussef Sahid Cahali, para quem

o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.⁵

De todo modo, ressalvadas tais divergências doutrinárias, não há dúvidas de que a responsabilização civil do Estado avançou sobremaneira, atingindo louvável grau de reparação dos danos sofridos pelos administrados.

Em razão disso, há doutrinadores que apregoam que o fundamento moderno da responsabilidade civil seria não a responsabilidade pelo risco, mas o alcance do bem comum, como assentado por Julio I. Altamira Gigena:

Encontramos el fundamento doctrinario de la responsabilidad del Estado em el *bien común*.

Uno de los fines del Estado es propener al *bien común* y el Preâmbulo de nuestra Constitución establece enfáticamente que los gobernantes deben *promover el bienestar general*. Esto significa que la prosperidad debe reinar no solo en la comunidad en general, sino también en cada uno de los individuos que son sus integrantes.

A los gobernantes les toca defender la sociedad que gobiernan y a todos sus miembros; pero al proteger los derechos de la sociedad deben tener principalmente en cuenta a aquellas personas que se han visto perjudicadas por un acto de la Administración o de un funcionario público.

El Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común. Por lo tanto, hay que evitar cuidadosamente el chocar con un doble escollo; pues, si mira excesivamente al hombre y olvida a la sociedad, corre el grave riesgo de caer em el *individualismo*. Y si, por el contrario, se olvida del individuo y vuelca su mirada especialmente en la comunidad, se precipitará hacia el *colectivismo*. Por ello, la posición de los gobernantes debe ser ecuánime, mirando a la sociedad sin olvidarse del individuo.

⁵ *apud* Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Editora Atlas, 2003, p. 528.

Para nosotros, el fundamento de la responsabilidad del Estado es el *bien común*. Es decir, el bien de toda la comunidad y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha si un miembro o un grupo de sus miembros sufre los daños producidos por la actividad de la Administración; por lo tanto, le corresponde indemnizar los perjuicios que ocasione.⁶

Quanto à efetiva origem da doutrina objetiva, registra Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior, citando Caio Mario da Silva Pereira, que sua gênese encontra-se nos trabalhos de Saleilles e Josserand:

O maior valor da doutrina sustentada por Raymond Saleilles, e que seria, por certo, a razão determinante da conquista de espaço em seu país e no mundo ocidental, foi ter engendrado a responsabilidade sem culpa, assentando-a em disposições do próprio Código Civil francês, que desenganadamente é partidário da teoria da culpa (...) O âmago de sua profissão de fé objetivista desponta quando diz que 'a teoria objetiva é uma teoria social que considera o homem como fazendo parte de uma coletividade e que o trata como uma atividade em confronto com as individualidades que o cercam.'⁷

Digno de registro, entretanto, o sensível atraso de países desenvolvidos como Estados Unidos e Inglaterra, para banimento da teoria de irresponsabilidade estatal, visto que os Estados Unidos passaram a admitir a responsabilidade estatal apenas quando do *Federal Tort Claims Act*, já em 1946, ao passo que a Inglaterra adotou idêntico proceder pelo *Crown Proceeding Act*, em 1947.

Com a evolução no trato da questão, percebe-se claramente o franco objetivo da legislação em privilegiar cada vez mais a proteção à vítima, razão pela qual o direito administrativo deixou de ser vocacionado exclusivamente para a regulação da atividade do Poder Público e dos seus interesses – o denominado interesse público secundário – razão pela qual a responsabilidade civil objetiva põe em evidência o enfoque dado à vítima. Em suma, tratar-se-ia de um direito administrativo visto do enfoque do administrado em face da administração, alterando-se o vórtice originariamente previsto no qual o direito administrativo serviria essencialmente para assegurar a ordem pública.

⁶ GIGENA, Julio I. Altamira. *Responsabilidad del Estado*. Editorial Astrea de Rodolfo Depalma Y Hnos., 1978, p. 87/88.

⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva, *apud* JUNIOR, RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA. *Responsabilização Objetiva do Estado*, Editora Juruá, 2005, p. 158.

Como destacado por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho,

A prescindibilidade da comprovação da culpa privilegia de forma expressiva a posição da vítima na contenda, para cujo êxito só se exige a constatação do dano e do nexos causal. A adoção da teoria objetiva não só influencia (a) o modo de solução da lide, aumentando as chances de procedência do pedido; como também (b) a celeridade de seu trâmite, dada a maior simplicidade instrutória, eis que dos três tradicionais pressupostos do dever de indenizar, a culpa é, sem dúvida alguma, a que traz maiores problemas àquele que tenha o ônus de comprová-la. Corrobora-se, por via dos dois aspectos facilitadores invocados, a *ratio* dos dispositivos constitucionais mencionados.⁸

Essa moderna visão do direito administrativo encerra a compreensão de que o Estado hodiernamente apresenta novas missões, bem sintetizadas por Roberto Dromi nas seguintes funções: a) Estado orientador, b) Estado organizador, c) Estado administrador, d) Estado planejador, e) Estado servidor, f) Estado fiscalizador, g) Estado protetor, h) Estado garantidor, i) Estado regulador, e j) Estado distribuidor⁹.

Dessas novas missões surgem então os novos direitos assegurados ao administrado, como salienta Roberto Dromi:

De la misma manera que el Estado tiene nuevas misiones, el individuo tiene nuevos derechos reconocidos al amparo de la Constitución. De esos nuevos derechos y de esas nuevas misiones surgirán también nuevas relaciones jurídicas que no deberán poner el acento en la autoridad, sino en la libertad, porque justamente las misiones Del Estado relocalizado persiguen como objetivo el bien individual que sumado a otro bien individual no es otra cosa que el bien común.¹⁰

A tendência, portanto, é a sucessão de novas formas de proteção à vítima, atribuindo-se ao Estado obrigações tendentes à garantia do bem comum, inclusive mediante o devido ressarcimento por danos causados aos indivíduos.

1.4. Da evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro

⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Problemas de responsabilidade civil do Estado*. In Responsabilidade Civil do Estado. Juarez Freitas (organizador). Malheiros Editores, 2006, p. 54.

⁹ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 8ª ed. Ciudad Argentina, 2000, p. 52/57.

¹⁰ *op. cit.* p. 57

Examinando-se o progresso da teoria da responsabilidade civil estatal no Brasil, observa-se que as Constituições de 1824 e 1891 previam apenas a responsabilização extracontratual do funcionário público, sem que mencionado o Estado como responsável. Nesse sentido, dispunha o art. 179, inciso XIX, da Carta de 1824:

XIX – os empregados públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

Notava-se apenas a existência de esparsas normas infra-constitucionais, que determinavam a solidariedade do Poder Público juntamente com o servidor nos casos de danos relacionados, por exemplo, a instalação de linhas férreas ou telegráficas.

Com o advento do Código Civil de 1916, surgiu a responsabilização subjetiva do Estado, nos termos de seu art. 15:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos 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.

Com a Constituição de 1934, em prescrição reiterada na Constituição de 1937, manteve-se ainda a responsabilidade solidária do Estado, senão vejamos (art. 171):

Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

Em 1946, a Constituição então vigente assentou em seu art. 194 a responsabilidade objetiva do Estado, ao prever que *“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”*.

Como se observa, eliminou-se a referência à conduta contrária ao direito e a inobservância de dever legal, dispensando-se, assim, a investigação de culpa.

Essa diretriz prosseguiu nas Cartas Magnas posteriores, nos termos dos arts. 105 da Carta de 1967 e 107, na redação conferida pela Emenda nº 01/69, culminando com a atual redação constante do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

Mais recentemente, o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), voltou a tratar do tema, tratando da responsabilidade civil estatal em seu art. 43:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Da leitura do referido dispositivo do atual Código Civil, nota-se que, ao contrário do Código de 1916, não mais consta a ressalva relativa a elementos típicos da conduta culposa, o que confirma a regra geral de responsabilização objetiva do Estado.

Além da específica regulação da responsabilidade civil do Estado na Constituição Federal e no Código Civil, cabe destacar ainda a manifesta influência trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.78, de 11 de setembro de 1990), o qual, regulando a responsabilidade do fornecedor por vícios do produto e do serviço, prevê expressamente a responsabilização da administração pública:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas

compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Ao se referir o parágrafo único do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor à reparação dos danos causados “*na forma prevista neste código*”, há a expressa atração da responsabilização objetiva constante do art. 12, *caput*, do referido código:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, passou por grande evolução no tocante à normatização da responsabilidade civil do Estado, culminando com a múltipla previsão da responsabilização objetiva tanto na Constituição Federal como em normas infraconstitucionais (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor).

2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao se vislumbrar a responsabilidade extracontratual do Estado, importa esclarecer que nada obstante a previsão geral de incidência da teoria objetiva, determinados pressupostos não de estar sempre presentes, de modo a assegurar o ressarcimento da vítima.

Da mesma forma, caso seja eventualmente afastada a teoria objetiva, a responsabilização subjetiva exige a evidência de determinados pressupostos complementares, ampliando o ônus probatório da parte interessada.

2.1. Da conduta estatal

Assim é que, inicialmente, toda responsabilização demanda a presença de uma conduta atribuível ao Estado, seja uma conduta positiva (ato comissivo) seja uma conduta negativa (ato omissivo).

Carvalho Filho denomina tal pressuposto de fato administrativo, anotando que *"ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in eligendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando)"*¹¹.

Muito embora controversa a conclusão de que o simples pretexto de exercício de uma função pública possa ensejar o reconhecimento de uma conduta estatal, o certo é que a ação ou omissão do Estado são elementos indispensáveis no âmbito da relação jurídica indenizatória.

2.2. Do dano

O segundo pressuposto é o dano, seja de ordem material ou moral, visto que só se pode falar em reparação daquilo que restou maculado.

Digna de menção é a necessidade de que o dano ressarcível é apenas aquele especial e anormal, não se indenizando danos irrelevantes ou hipotéticos. Neste ponto, oportunos são os conceitos de especialidade e de anormalidade trazidos do ordenamento jurídico português por António Dias Garcia:

¹¹ CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed., Lumen Juris, 2004, p. 454.

A especialidade decorre da incidência desigual do prejuízo sobre um cidadão ou grupo de cidadãos. Por outras palavras: para que um prejuízo se possa ter por especial é necessário que se prove que um cidadão ou grupo de cidadãos tenha sido, através de um encargo público, colocado em situação desigual em relação à generalidade das pessoas. Assim, o sacrifício será especial na medida em que viole o princípio da igualdade, a que a Administração Pública está vinculada na sua actuação – artigo 266.º, n. 2, da Constituição.

O entendimento a que chegamos do que seja o dano especial encontra o seu fundamento na “teoria da intervenção individual”, que põe o seu acento tónico na incidência do acto sobre uma só pessoa ou grupo de pessoas – na especialidade do resultado – e não na consideração do aspecto formal do acto impositivo do sacrifício, como acto individual.”

Mas não basta que o prejuízo seja especial ou iniquamente desigual para ser ressarcível.

É ainda necessário que o prejuízo, pela sua gravidade, pela sua importância, pelo seu peso, ultrapasse o carácter de um ónus natural decorrente da vida em sociedade, mesmo no âmbito de um Estado intervencionista como é o Estado moderno. Aceita-se que o cidadão suporte pequenos constrangimentos, contrapartida natural dos benefícios que recebe, mas já não se aceita que cruze os braços em face de danos anormalmente onerosos provocados pela actuação estadual.¹²

2.3. Do nexó de causalidade

O terceiro pressuposto é o nexó de causalidade, que se verifica na relação de causa e efeito entre a conduta estatal e o dano verificado. Acerca deste tema, vem à calha o ensinamento de Carvalho Filho:

O último pressuposto é o nexó causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexó causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima.

¹² *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 208.

O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado. O exame supérfluo e apressado de fatos causadores de danos a indivíduos tem levado alguns intérpretes à equivocada conclusão de responsabilidade civil do Estado. Para que se tenha uma análise absolutamente consentânea com o mandamento constitucional, é necessário que se verifique se realmente houve um fato administrativo (ou seja, um fato imputável à Administração), o dano da vítima e a certeza de que o dano proveio efetivamente daquele fato. Essa é a razão por que os estudiosos têm consignado, com inteira dose de acerto, que 'a responsabilidade objetiva fixada pelo texto constitucional exige, como requisito para que o Estado responda pelo dano que lhe for imputado, a fixação do nexo causal entre o dano produzido e a atividade funcional desempenhada pelo agente estatal.¹³

No mesmo sentido manifesta-se Cahali:

(...) na realidade, qualquer que seja o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo, risco integral, risco-proveito), coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular.¹⁴

Corroborando a importância do nexo de causalidade, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o "eventus damni", sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes. - Não se revela processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992 - RTJ 186/703 - Súmula 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos Tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes. - Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte

¹³ *Op. cit.* p. 455/456.

¹⁴ *Responsabilidade civil do Estado*, Malheiros Editores, 2ª ed., p. 44.

recorrente. Não-comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias.¹⁵

Ratificando tais elementos acerca da responsabilidade objetiva, bem como a incidência da teoria do risco administrativo, consagra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico,

¹⁵ RE-AgR 481110 / PE, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 09/03/2007.

sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.¹⁶

Distinguindo as teorias que embasam o nexo causal, ressalta Flávio de Araújo Willeman a prevalência da teoria da causalidade direta e imediata:

Três teorias disciplinam o elemento do nexo causal, como elemento essencial do dever de indenizar: a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata. (...) juntamente com Gustavo Tepedino, concluímos que o direito brasileiro, à luz da regra inserta no art. 403, do Código Civil de 2002, adotou a teoria da causalidade direta e imediata, eis que somente a causa direta e imediata é que será apta a provocar um dano passível de ser indenizado, com a vantagem sobre a teoria da causalidade adequada de não se permitir uma discricionariedade ampla ao magistrado para analisar e escolher, abstratamente, uma dentre algumas causas possíveis, que se apresente de forma mais razoável.¹⁷

2.4. Do pressuposto adicional da demonstração de culpa

No entanto, caso se decida pela responsabilização civil do Estado com culpa, aos pressupostos acima é acrescida a necessidade de demonstração da culpa, seja em relação ao servidor público (caso de adoção da culpa civilista) seja relativamente ao próprio serviço público (culpa administrativa).

Denunciando a divergência no próprio seio da Suprema Corte, confira-se o seguinte julgado no qual aplicada a teoria subjetiva:

¹⁶ RE nº 109.615/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 02/08/1996.

¹⁷ WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*, Lumen Juris, 2005, p. 19/20.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses. IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service. V. - R.E. não conhecido.¹⁸

2.5. Das excludentes de responsabilidade

Firmados os pressupostos da responsabilização estatal, inequívoca é a admissibilidade de suas excludentes, rejeitando-se, assim, a teoria do risco integral, visto que determinadas hipóteses inexoravelmente rompem o nexo causal, impedindo a responsabilização do Estado, o qual não age como um segurador universal. São elas tradicionalmente a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, sendo que alguns autores incluem ainda a culpa de terceiro, subentendida geralmente dentro do quesito de força maior.

2.5.1. A culpa exclusiva da vítima

Quanto à culpa exclusiva da vítima, trata-se de situação evidente: se o dano decorre da contribuição da própria vítima, a responsabilização do Estado é minorada

¹⁸ RE 179.147/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 27/02/1998.

ou mesmo suprimida, aplicando-se ao caso o sistema de compensação de culpas e do dever indenizatório, de maneira análoga à que prevista no art. 945 do Código Civil:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

2.5.2. O caso fortuito e a força maior

Outra excludente relaciona-se ao conceito de caso fortuito, muitas vezes confundido em sua conceituação com a força maior, ambos designando fatos imprevisíveis que escapam à atuação estatal.

Exemplos dessas causas imprevisíveis seriam graves alterações climáticas (fatos da natureza) ou perturbações sociais (fatos de origem humana).

Da mesma forma que no caso de culpa da vítima, deve ser verificado caso a caso se a força maior ou o caso fortuito foram causas exclusivas ou concorrentes para o evento danoso, de modo a inibir ou apenas reduzir o âmbito de responsabilização do Estado.

2.5.3. A culpa exclusiva da vítima

Quanto à culpa de terceiro, de acordo com o escólio de Zulmar Fachin,

Se terceira pessoa agiu com culpa, não se forma entre Estado e lesado o nexos capaz de conduzir ao dever de reparar o dano. 'A equação dos dados dirigidos à causalidade responsabilizante não chega a se formar, pois não ocorre no caso de culpa *devidamente comprovada* de terceiro, quer a ação danosa, quer a omissão prejudicial do Estado, mas sim de um terceiro, estranho, naquele exato momento, à relação Estado-administrado.¹⁹

¹⁹ *Op. cit.* p. 124/125.

2.6. Da responsabilidade civil do Estado perante atos comissivos (conduta positiva)

Como antes exposto, um dos requisitos para a responsabilização do Poder Público é a comprovação da conduta estatal, seja ela por ação ou omissão, legal ou ilegal, legítima ou ilegítima.

Da avaliação da natureza da conduta resultará a teoria de responsabilização aplicável, pois inexistente uma solução única, como oportunamente salientado por Domenico Sorace:

L'istituto della responsabilità civile extracontrattuale non può essere costretto entro i limiti di un modello unico. Il modo di configurare la responsabilità, tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello funzionale, è espressione di una scelta di diritto positivo tra le tante che il legislatore avrebbe astrattamente potuto compiere, fino al punto che potrebbe addirittura sostenersi che l'istituto non sia da considerare un'assenza necessaria nell'ordinamento ma piuttosto il frutto di una scelta, quella di trasferire in tutto o in parte le conseguenze economiche dei danni subiti da taluni soggetti da questi ultimi ad altri, pur in assenza di qualsiasi preesistente obbligazione degli uni verso gli altri (...).²⁰

Em se tratando de atos comissivos, ou seja, de uma conduta positiva do Estado, pacífico é o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da plena incidência da responsabilidade objetiva consagrada no atual texto constitucional (art. 37, § 6º), dispensando-se o apontamento do elemento culpa no âmbito do ônus probatório a cargo da vítima.

Ressalte-se que isso não se confunde com a culpa presumida, visto que tal conceito conjuga-se a uma presunção relativa de culpa, admitindo-se prova em contrário. Pela teoria objetiva, porém, há um absoluto afastamento da perquirição da culpa.

As pessoas jurídicas responsáveis relacionadas pela atual Constituição consistem nas pessoas jurídicas de direito público bem como as pessoas jurídicas

²⁰ *Le Responsabilità Pubbliche*, CEDAM, 1998, p. XIII.

de direito privado prestadoras de serviços públicos, seja via concessão, permissão, autorização ou outras formas de delegação da execução do serviço.

A Constituição também faz menção aos agentes estatais que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, o que leva à rejeição da responsabilidade caso o servidor esteja fora de suas funções.

Diante do exposto, percebe-se que atualmente prevalece perante o Estado a responsabilização objetiva pela conduta estatal positiva geradora de danos, admitidas determinadas excludentes de responsabilidade, o que evidencia a adoção, entre nós, da teoria do risco administrativo.

2.7. Da responsabilidade civil do Estado perante atos omissivos (conduta negativa)

2.7.1. Da incidência da teoria subjetiva, a partir da leitura da Constituição Federal

Diversa é a solução diante da inação da administração pública, pois, ao contrário do que ocorre com os atos comissivos, neste segundo caso inexistente “ato” concretamente realizado, razão pela qual tem-se a impossibilidade lógica e material de se firmar nexos de causalidade com o dano, o qual em tese terá decorrido de um outro evento, oriundo de terceiros ou de fatos da natureza, apto a consumir a lesão.

Nessa esteira caminha Celso Antônio Bandeira de Mello, com as seguintes conclusões:

No caso de dano por comportamento comissivo, a responsabilidade do Estado é objetiva. Responsabilidade objetiva é aquela para cuja irrupção basta o nexo causal entre a atuação e o dano por ela produzido. Não se cogita de licitude ou ilicitude, dolo ou culpa.

Quando o comportamento lesivo é omissivo, os danos são causados não pelo Estado, mas por evento alheio a ele. A omissão é

condição do dano, porque propicia sua ocorrência. Condição é o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano.²¹

Daí surge a relevância do pressuposto da culpa, como verdadeira condição do dano. No escólio de Bandeira de Mello, lembrado por Antônio Elias de Nogueira,

Somente quando o Estado se omitir diante de um dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente. Acrescenta o citado autor que, no caso de conduta omissiva, só se desenhará a responsabilidade do Estado quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento, pelo poder público, de impedir a consumação do dano.²²

Tal como na seara civilista, portanto, ganha relevo a perquirição acerca da quebra de um dever jurídico de cuidado, exigível, na hipótese, do Estado.

Nesse mesmo sentido comportam-se, entre outros, os mestres Osvaldo Aranha Bandeira de Mello e Maria Helena Diniz. Em sentido contrário, além dos nomes de Toshio Mukai e de Saulo José Casali Bahia, o jurista Eduardo Maccari Telles lembra a posição destoante de Gustavo Tepedino:

Na lição de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 1999, pp. 192-193), representante da primeira corrente mencionada, a Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, não fez qualquer distinção entre atos comissivos e omissivos, não cabendo, portanto, ao intérprete fazê-lo. Segundo o autor, isso não levaria, porém, a uma *panresponsabilização* do Estado, visto que mesmo a teoria subjetiva comporta excludentes de responsabilidade, podendo haver situações que comportem o rompimento do nexo causal entre a ação preventiva do Estado e o evento danoso.²³

Com idêntica orientação, colha-se a doutrina de Mônica Nicida Garcia, que busca a equivalência da teoria objetiva para os atos omissivos a partir da caracterização da inação como ilicitude:

Parece-nos, na esteira do entendimento adotado pela segunda corrente doutrinária, que o texto constitucional (artigo 37, § 6º) não

²¹ *Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*. RT 552/11-20.

²² *Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil*, 3ª edição, Renovar, 2007, p. 269.

²³ TELLES. Eduardo Maccari. *A Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos e o Novo Código Civil*. Responsabilidade Civil Empresarial e da Administração Pública. Coordenadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira, Editora Lumen Júris, 2004, p. 231.

autoriza a distinção apontada, referindo-se, genericamente, a danos causados pelos agentes, e que podem sê-lo por atos comissivos ou omissivos.

É evidente que a omissão só pode ser aferida a partir de uma obrigação ou dever legalmente impostos. Ou seja, só haverá omissão se o Estado estiver legal ou constitucionalmente obrigado a agir e não o faça, acarretando, com esse não-fazer, com essa omissão, algum dano. A omissão, nessa ordem de consideração, será sempre, necessariamente, ilegal ou inconstitucional, vale dizer, ilícita. O fato de ser ilícita, porém, não determina a necessidade de investigação quanto à ocorrência de culpa ou dolo. De fato, também nos atos comissivos, pode ocorrer – e, aliás, freqüentemente ocorre – a ilicitude e nem por isso se cogita de se transmutar a responsabilidade objetiva, consagrada no texto constitucional, em responsabilidade subjetiva.²⁴

A esse entendimento soma-se ainda a análise de Aparecida Vendramel, suscitada em texto de Jones Figueiredo Alves:

Quando a omissão é causa determinante para a causação dos danos suportados pelos particulares, a responsabilização do Estado não há que ser discutida, devendo ser objetivamente considerada. Se a força irradiante do princípio da igualdade obriga o Estado à composição dos prejuízos decorrentes de atos lícitos, sua responsabilização resultará mais cristalina na omissão, visto ser essa conduta ilícita, e os prejuízos daí advindos deverão ser recompostos em nome do princípio da legalidade.²⁵

Nada obstante, confirmando o que anteriormente exposto, confira-se o seguinte precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.²⁶

Assim, correta a conclusão de Elias de Queiroga, no sentido de que se o dano “foi causado por terceiro ou por fenômeno da natureza, a indenização rege-se

²⁴ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Editora Fórum, 2004, p. 199/200.

²⁵ VENDRAMEL, Aparecida, *apud* ALVES, Jones Figueiredo. *Responsabilidade civil e omissão de socorro público*. Revista Interesse Público, Ano IX – 2007 – nº 43, p. 77.

²⁶ REsp 738833 / RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 28/08/2006.

*pelo princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano*²⁷.

No mesmo sentido opina Renan Miguel Saad, ao expor que

a omissão poderá condicionar o implemento do ato danoso, sem, contudo, constituir a sua causa direta. O Estado, segundo a mesma doutrina, responde por omissão quando, devendo agir, não o fez, incorrendo no ilícito de deixar de obstar aquilo que poderia impedir e estava obrigado a fazê-lo.²⁸

Igualmente tratando da matéria, Rui Stoco lembra voto da lavra do Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cuja profundidade justifica sua transcrição:

Aquilo que os franceses chamam a *faute du service* que é imputável não só ao funcionário individualmente, mas à Administração como órgão, permite definir a natureza da falta e a conseqüente responsabilidade. Não é preciso enveredar pela teoria pura do risco, mas considerar também na apuração dos fatos e verificação da existência de falta imputável à Administração.

Partindo da teoria da igualdade dos encargos e das finalidades essenciais do Estado, o clássico TIRARD chegava à responsabilidade do Estado pela falta verificada no serviço (*De la responsabilité du service publique*, 1906). Nesse particular, a variedade na aplicação dos casos é muito grande. Principalmente a jurisprudência francesa se detém no exame das hipóteses. É assim que são mencionados casos de responsabilidade, ou por não se ter evitado um perigo por meio de obras necessárias, como a construção de um parapeito na estrada; de não se ter impedido a circulação em um trecho perigoso; de não se ter retirado obstáculo em um rio canalizado, etc., ou por omissão material, por falta de sinalização, de abandono de trecho de estrada, abertura de trincheira em uma estrada, etc.

Essa teoria não é talvez suficiente para prever todas as hipóteses de responsabilidade do Estado, mas a sua aplicação deve ser casuística para não envolver a responsabilidade do Estado em todos os casos em que age dentro de sua finalidade própria.

Assim, nem sempre se verificou essa responsabilidade, de acordo com a boa doutrina, quando há escassez de abastecimento de água, interrupção de energia elétrica, o mau calçamento de uma estrada. Depende sempre das circunstâncias.

É a razão pela qual no direito administrativo não prosperou a doutrina francesa de responsabilidade *pour le fait des choses*, porque esta se restringe apenas àquelas coisas de que se tem a guarda. A sua aplicação é restrita e não se pode ampliar aos serviços públicos em geral.

²⁷ *Op. cit.* p. 276/277.

²⁸ SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. *Lúmen Júris*, 1994, p. 68.

A verdade é que o ponto sensível da controvérsia em torno dos problemas da responsabilidade são os casos de ação ou falta de providências do serviço. É o que já se chamou de inércia da Administração na execução de serviços públicos que visam à segurança da população e dos usuários (DELA ROQUE, Pierre Montané. *L'inertie des pouvoirs publics*. Paris, 1950).

Nesses casos, a responsabilidade se aproxima da culpa, pela omissão em tomar as providências exigidas para a segurança do serviço (Themístocles Brandão Cavalcanti, voto proferido no julgamento do RE 61.387, da 2ª T. do STF, j. 29.05.68, RDA 97/177), hipótese em que caberá à vítima provar a falta do serviço, quer dizer, a culpa, em sentido lato, da Administração Pública.²⁹

Abrandando essa previsão, assinala Ewerton Marcus de Oliveira Góis, citando a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, a existência de distinção entre a omissão genérica e a omissão específica do Estado, caracterizando-se a responsabilização civil subjetiva no primeiro caso (omissão genérica) e objetiva neste segundo caso (omissão específica):

Temperamentos a essa teoria são ofertados por Sérgio Cavalieri Filho, discorrendo sobre a necessidade de se fazer uma distinção entre a omissão genérica e a omissão específica. Aduz que na omissão genérica responderá subjetivamente o Estado. De outra sorte, nos casos de omissão específica, quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do não-impedimento do evento, deverá incidir a responsabilidade objetiva, pelo que, neste caso, haverá o dever individualizado de agir do Estado.

O insigne autor traz como exemplo a situação de um veículo sem condições normais de trânsito que causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz traseira. Sustenta que a Administração não pode ser responsabilizada pelo fato desse veículo ainda estar circulando, o que seria uma omissão genérica. Nada obstante acaso o mesmo veículo tivesse sido liberado numa vistoria, haveria a omissão específica e conseqüente responsabilização objetiva do Estado. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 248)³⁰

Na mesma esteira segue Guilherme Couto de Castro, nos termos de manifestação reproduzida por Maccari Telles:

Acima de tudo, porém, o importante é balizar, sempre, o fundamento maior da existência da imputação sem falha, no campo do risco administrativo. Há duas possibilidades: ou existe ato ilícito do ente público, e a indenização se justifica em razão da própria

²⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *apud* STOCO, Rui. *A responsabilidade subjetiva do Estado por comportamentos omissivos*. Revista Jurídica, ano 53, junho de 2005, nº 332, p. 11/12.

³⁰ GÓIS. Ewerton Marcus de Oliveira. A responsabilidade civil do estado por atos omissivos e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VII_agosto_2007/respons_civil___ewerton.pdf>.

contrariedade à lei, ou não existe, e então seu fundamento está na razoável repartição do gravame pela coletividade, dentro de padrões civilizatórios que devem ser buscados. Daí não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.³¹

Muito embora manifestando-se contrário à manutenção da teoria subjetiva, Flávio de Araújo Willeman chega a afastar a responsabilização do Estado diante de omissões genéricas, ao expor:

Por outro lado, não se pode chegar ao absurdo de imaginar que todas as situações que configurarem omissão estatal serão passíveis de fazer surgir o dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na sua responsabilização objetiva. O Estado não pode ser concebido como um segurador universal de todos os males ocorridos na sociedade, mais especificamente do segmento regulado. Somente as omissões específicas é que devem ser levadas em consideração para a deflagração do nexos de causalidade e, assim, da conseqüente obrigação de indenizar, ante a regra inserta no artigo 403, do Código Civil de 2002.

(...)

No caso das omissões genéricas, deve, como regra, prevalecer a irresponsabilidade civil estatal, não cabendo, neste caso, a aplicação da teoria subjetiva para responsabilização do Estado.³²

Em suma, como regra, respeitadas as opiniões em contrário, a responsabilização estatal por ato omissivo depende da comprovação de culpa, elemento decisivo quanto ao não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento tardio do serviço, seja por atuação direta do Estado ou por intermédio de seus delegados.

Com a mesma orientação e arrolando farta doutrina, confira-se voto proferido no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça pela Exma. Sra. Min. Eliana Calmon quando do julgamento do RESP nº 602.102/RS (DJ 21/02/2005):

A questão muda de ângulo, quando se está diante de danos causados por omissão, ou seja, quando houve falta do agir por parte de quem tinha o dever legal de agir e não agiu, ou agiu tardia ou ineficientemente.

Se é verdade a afirmação, a conseqüência inarredável é de que, na responsabilidade estatal por omissão, a referência é sempre sobre o elemento subjetivo, dolo ou culpa, visto que só a inação estatal ilícita rende ensejo a indenização.

Se o Estado não tem o dever de agir, sua inação é inteiramente inócua para efeito de responsabilidade.

³¹ *op. cit.* p. 233.

³² *op. cit.* p. 32 e 35.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, por exemplo, entende ser inteiramente objetiva a responsabilidade estatal, cobrindo o campo da ação ou da omissão (Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, Saraiva, 1999, pág. 381).

A conseqüência maior dos que entendem ser subjetiva a responsabilidade por omissão é a de inverter-se o ônus da prova, de forma a impô-la à vítima, inteiramente libertada da prova na responsabilidade objetiva.

Na dicção do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a omissão do Estado não é causa do dano, é uma mera condição para que ele ocorra, sendo a condição uma ausência de causa. Se o dano ocorreu, deve-se ele a outro fato e não à omissão. Em artigo intitulado Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos Administrativos está dito:

"Quando o Estado se omite e graças a isto ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. 'Ergo', a responsabilidade, aí, não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Deveras, não haveria de supor, ao menos em princípio, que alguém responda pelo que não fez - salvo se estivesse, de direito, obrigado a fazer".

(Revista dos Tribunais, pág. 13, citado no artigo de Flávia Oliveira Tavares na Rev. Fund. Esc. Superior do Ministério Público do DF e Territórios, Ed. Especial, Ano II, setembro 2003)

Sem dúvida alguma, dentre os autores nacionais, quem melhor enfocou o aspecto da responsabilidade do Estado por omissão foi o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual completa o seu pensamento, no artigo já citado, dizendo:

"É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los".

A orientação do autor, com poucas variantes, é seguida por Toshio Mukai, Yussef Said Cahali, Márcio Luiz Coelho de Freitas e Sérgio Cavalieri Filho, dentre outros.

É interessante observar que, para o professor Sérgio Cavalieri Filho, há dois tipos de omissão, a genérica e a específica, só ensejando a responsabilização sem verificação da culpa a omissão específica. Mas o que vem a ser omissão específica? Dá ele o seguinte exemplo:

"Veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz traseira. A Administração não pode ser responsabilizada pelo fato de esse veículo ainda estar circulando. Isso seria responsabilidade por omissão genérica. Mas se esse veículo foi liberado em uma vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, já teremos omissão específica".

Parece que o STF vem seguindo a orientação última, a qual, para ter sustentação legislativa, respalda-se no art. 15 do Código Civil, afirmando-se a não-revogação integral dele pela CF/88, porque aplicável, quando houver omissão genérica. Observe-se, entretanto, que há aí uma grande dificuldade quanto à prova porque cabe à vítima demonstrar que o Estado poderia agir, mas não o fez.

Não poderiam ser esquecidos os nomes de Lúcia Valle Figueiredo e Maria Sylvia Zanella di Pietro, entre os doutrinadores que seguem a linha de Celso Antônio Bandeira de Mello.

O direito pretoriano, a partir do Supremo Tribunal Federal, vem adotando o entendimento da subjetividade da responsabilidade por ato omissivo. Nesse sentido o RE 179.147, de relatoria do Ministro Carlos Velloso:

Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas

três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute du service dos franceses.

No julgamento, prevaleceu o entendimento de que o dolo ou a culpa devem ser investigados para fins de fixação da responsabilidade estatal por condutas omissivas. Responsabilidade subjetiva, portanto.

Pode-se afirmar, com base em pesquisas feitas por estudiosos do tema, dentre os quais a doutora Flávia Oliveira Tavares, na sua monografia apresentada no Curso da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que a jurisprudência do STF tradicionalmente, funda suas decisões sobre responsabilidade estatal por omissão na teoria da falta do serviço. A orientação vem da época da CF de 1946, mas ainda prevalece sob a égide da Carta de 1988, conforme atestam os arestos seguintes:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PRESO ASSASSINADO NA CELA POR OUTRO DETENTO. Caso em que resultam configurados não apenas a culpa dos agentes públicos na custódia do preso - posto que, além de o terem recolhido à cela com excesso de lotação, não evitaram a introdução de arma no recinto - mas também o nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano. Descabida a alegação de ofensa ao art. 37, § 6º da CF. Recurso não conhecido.

(RE 170.014/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, unânime, julgado 31/10/97, DJ 13/2/98)

EMENTA: Responsabilidade civil do Estado: morte de passageiro em acidente de aviação civil: caracterização. 1. Lavra dissensão doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão (cf. RE 257.761), e da dificuldade muitas vezes acarretada à sua caracterização, quando oriunda de deficiências do funcionamento de serviços de polícia administrativa, a exemplo dos confiados ao D.A.C. - Departamento de Aviação Civil -, relativamente ao estado de manutenção das aeronaves das empresas concessionárias do transporte aéreo. 2. No caso, porém, o acórdão recorrido não cogitou de imputar ao D.A.C. a omissão no cumprimento de um suposto dever de inspecionar todas as aeronaves no momento antecedente à decolagem de cada vôo, que razoavelmente se afirma de cumprimento tecnicamente inviável: o que se verificou, segundo o relatório do próprio D.A.C., foi um estado de tal modo aterrador do aparelho que bastava a denunciar a omissão culposa dos deveres mínimos de fiscalização. 3. De qualquer sorte, há no episódio uma circunstância incontroversa, que dispensa a indagação acerca da falta de fiscalização preventiva, minimamente exigível, do equipamento: é estar a aeronave, quando do acidente, sob o comando de um "checador" da Aeronáutica, à deficiência de cujo treinamento adequado se deveu, segundo a instância ordinária, o retardamento das medidas adequadas à emergência surgida na decolagem, que poderiam ter evitado o resultado fatal.

(RE 258726/AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, unânime, julgado 14/5/2002, DJ 14/6/2002)

Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória.

4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença.

(RE 215981/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, unânime, julgado 8/4/2002, DJ 31/5/2002)

No STJ a jurisprudência vem se desenvolvendo no mesmo sentido, como atesta recente julgado desta Turma, relatado pelo Ministro Franciulli Netto:

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO OMISSIVO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - NEGLIGÊNCIA NA SEGURANÇA DE BALNEÁRIO PÚBLICO - MERGULHO EM LOCAL PERIGOSO - CONSEQÜENTE TETRAPLEGIA - IMPRUDÊNCIA DA VÍTIMA - CULPA RECÍPROCA - INDENIZAÇÃO DEVIDA PROPORCIONALMENTE.

O infortúnio ocorreu quando o recorrente, aos 14 anos, após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível.

Para a responsabilização subjetiva do Estado por ato omissivo, "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" (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 855).

Ao mesmo tempo em que se exige da vítima, em tais circunstâncias, prudência e discernimento - já que pelo senso comum não se deve mergulhar em local desconhecido -, imperioso reconhecer, também, que, ao franquear a entrada de visitantes em balneário público, sejam eles menores ou não, deve o Estado proporcionar satisfatórias condições de segurança, mormente nos finais de semana, quando, certamente, a freqüência ao local é mais intensa e aumenta a possibilidade de acidentes.

"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" (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., loc. cit.).

.....
(Resp 418713/SP, unânime, julgado 20/5/2003, DJ 8/9/2003)"

Saliente-se por fim que ao lado do tratamento dos danos decorrentes de atos comissivos e omissivos, Bandeira de Mello assinala ainda os danos resultantes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, equiparada à conduta comissiva estatal, atrativa, portanto, da teoria objetiva.

Tal seria o caso, por exemplo, de danos causados a presos sob custódia, alunos de escolas públicas ou pacientes internados em nosocômios da rede pública de saúde, casos em que o Estado passa a ser garantidor de sua incolumidade,

2.7.2. Da influência da teoria objetiva de acordo com o Código de Defesa do Consumidor

Tal conclusão, porém, não é absoluta, tendo em vista que a regulação da responsabilidade civil do Estado não se exaure no art. 37, § 6º da Constituição Federal, espalhando-se não apenas para a similar previsão contida no art. 43 do Código Civil, mas também no campo do micro sistema do Código de Defesa do Consumidor, o qual, como antes visto, disciplina a responsabilidade objetiva do Estado em diferentes termos.

Prevendo o art. 22 do CDC que o Estado responde por danos causados a consumidores *“na forma prevista neste código”*, cabe esclarecer o âmbito de incidência da legislação consumerista nas relações jurídicas em que figure o Estado como típico fornecedor. Confirmam-se os dispositivos em questão:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.
Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Ressalte-se ainda o que previsto no art. 6º, inciso X, do CDC, segundo o qual é direito básico do consumidor *“a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”*.

Ainda favor da inclusão do Poder Público como fornecedor, tem-se a redação do *caput* do art. 3º, segundo o qual “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Trata-se, enfim, da transmutação da “falta” do serviço para o “fato” do serviço.

Ocorre que o pressuposto lógico para a incidência do CDC é a remuneração do serviço, mediante contraprestação imediata, tendo em mira o lucro buscado pelo fornecedor e que seria incoerente falar-se em hipossuficiência perante o Estado, pois o Estado é a própria sociedade civil politicamente organizada.

Assim, nos casos de prestação direta do serviço pelo Estado deve prevalecer o direito administrativo e a responsabilidade subjetiva. Sendo o caso, porém, de serviço prestado por concessionário (onde presente o fator lucro), valeria a visão objetiva.

Da análise da doutrina pátria, observa-se polêmica a respeito da aplicabilidade do CDC perante a prestação de serviços públicos.

Antônio Herman V. Benjamin³³ assinala três posições doutrinárias:

1) interpretação extensiva: todos os serviços públicos estão sujeitos ao CDC;

2) a prestação do serviço deve ser remunerada, seja via taxa ou tarifa;

3) somente os serviços remunerados por tarifa ou preço público estariam sujeitos ao CDC, abrangendo assim as concessões e permissões, excluídos aqueles custeados por tributos, diante da ausência de remuneração específica.

³³ *Manual de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 171.

Para o referido jurista, a melhor posição deve levar em conta a remuneração específica e a noção de mercado de consumo, cabendo a verificação da presença de atividades econômicas próprias do ciclo de produção e circulação de produtos e serviços.

Assim, não seriam próprios do mercado de consumo os serviços de segurança, prestação jurisdicional, iluminação pública, educação e saúde.

Deve existir, portanto, correspondência entre o valor pago e o serviço prestado, mediante uma relação econômica de mercado. O serviço deve ser divisível e mensurável.

Estariam sujeitos ao CDC, assim, os serviços referidos nos arts. 173 e 175 da Constituição Federal, como é o caso dos serviços de telefonia, transporte coletivo, energia, água, independentemente da natureza tributária de sua remuneração.

Supera-se, com isso, o enfoque na natureza jurídica da prestação, pois muitas vezes varia-se entre conceitos de taxa ou de preço público para serviços essenciais, como o caso do fornecimento de água.

Para Rizzatto Nunes, distintamente, *“quer o consumidor pague quer não pelo serviço público, não é esse fato que vai afastar a incidência da norma”*, concluindo pela aplicação do CDC a *“praticamente todas as situações envolvendo os serviços públicos”*³⁴.

José Geraldo Brito Filomeno, de sua vez, anota a incidência do CDC contra o Estado *“enquanto produtor de bens ou prestador de serviços, remunerados não mediante a atividade tributária em geral (impostos, taxas e contribuições de melhoria), mas por tarifas ou ‘preço público’”*³⁵.

³⁴ *Curso de Direito do Consumidor*, Saraiva, 2005, p. 115.

³⁵ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed., Forense Universitária, 1998, p. 121.

Paulo Roque Khouri, de sua vez, destaca o posicionamento majoritário da doutrina em considerar que somente haverá relação de consumo *“quando esteja presente uma relação de mercado, onde o fornecedor busca o lucro”*³⁶.

Conclui-se, ante o exposto, em caso de comportamento omissivo da administração pública, pela incidência da teoria subjetiva, com a imprescindível necessidade de demonstração da culpa do serviço, ressalvada a eventual aplicação da teoria objetiva constante da legislação consumerista para os casos em que constatada uma relação de consumo, a partir da verificação da prestação de um serviço público mediante contraprestação individualizada.

³⁶ *Direito do Consumidor*, Atlas, 2006, p. 57.

3. DOS DANOS POR DEPRESSÕES NA PAVIMENTAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS E SEU ENQUADRAMENTO NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1. Defeitos decorrentes de omissão estatal. Incidência da teoria subjetiva da responsabilização civil

Elucidado o regime normativo de responsabilização extracontratual do Estado, cumpre delimitar o enquadramento da específica situação dos danos resultantes de acidentes oriundos de defeitos na pavimentação das vias públicas, quais sejam os “buracos” existentes nas faixas de rolamento disponibilizadas aos indivíduos.

Sem perder de vista os pressupostos indispensáveis à caracterização da responsabilidade civil, não se questiona que ao Estado incumbe a manutenção das vias públicas, seja procedendo à cobertura de manta asfáltica onde existentes trechos em terra, seja mediante a oportuna recuperação da camada de asfalto depreciada pelo uso e pelo tempo.

Assim, dentro de suas limitações orçamentárias e obedecido determinado planejamento de eleição de prioridades, cabe ao administrador a contínua oferta de uma pavimentação própria para o deslocamento de todos os cidadãos. Trata-se de um relevante serviço público, disponibilizado indistintamente a todos.

Por razões várias, entretanto, a pavimentação dessas vias se deteriora, propiciando o aparecimento de depressões, cuja tendência é o aumento de suas dimensões, à medida em que maior for o intervalo de tempo para recuperação.

Diante do contínuo deslocamento de veículos pelas vias públicas, não raro os automóveis encontram tais depressões. Uns passam incólumes. Outros não.

Com a queda do veículo, *rectius*, de rodas do veículo nesses buracos, muitos questionam sobre a responsabilização do Estado perante os prejuízos causados ao condutor/proprietário.

Abstraída a questão relativa à demora no encerramento da prestação jurisdicional, dado muitas vezes levado em consideração para a opção do cidadão pelo não ingresso em juízo, bem como eventos atribuíveis ao próprio interessado (excesso de velocidade, desatenção ou imperícia, entre outros), inexistente resposta apriorística, o que não impede o estabelecimento de certos parâmetros de apuração do regime aplicável.

De início, a circunstância de existência de depressões na pista decorre em tese da falta do serviço público, razão pela qual aplicável ao caso é a teoria subjetiva, com fundamento na inação estatal.

De sua vez, entende-se como não aplicável a legislação consumerista, pois a relação dos cidadãos perante os serviços de pavimentação não consubstanciam uma relação de consumo que justifique a atração da teoria objetiva.

Fixada a teoria subjetiva, ganha relevância a verificação da culpa do serviço, ou seja, o exame da imprudência, negligência ou imperícia do Estado quanto ao não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento tardio dos serviços de recuperação das pavimentações.

Busca-se, desta forma, a apuração da violação do dever jurídico de se evitar a ocorrência do dano.

Nesta toada, pergunta-se: todos os buracos vislumbrados nas vias públicas decorreriam da violação de um dever de cuidado da administração? Por certo que não.

Tais depressões podem decorrer de uma série de fatores, como por exemplo o excesso de chuvas, o demasiado peso nas cargas de veículos de grande porte, qualidade da massa asfáltica, grande circulação de veículos, entre outros.

Comporta aplicação ao caso o princípio da razoabilidade, diante da constatação de ser materialmente impossível ao Estado acompanhar instantaneamente o aparecimento de depressões em todas as rodovias.

A aplicação desse princípio no terreno da responsabilidade civil estatal foi ressaltada pela doutrina, em artigo da lavra de Patrícia Cavalcante de Falconeri, ao expor que

O dever de agir deve atuar dentro dos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade. Portanto, há um padrão de conduta esperada do Estado. Desse modo, não há como se admitir uma responsabilidade estatal ilógica e injurídica, isto é, esperar que o Estado responda em todos os casos, mesmo quando as providências necessárias não estejam ao seu alcance.³⁷

Em razão disso, deve a vítima demonstrar a ocorrência de culpa, buscando demonstrar que as depressões na pista decorreram de mau funcionamento do serviço público, provocado por negligência, imprudência ou imperícia administrativa.

De outra parte, caso adotada a solução intermediária preconizada por Sérgio Cavalieri, tal análise redundaria na configuração de omissão genérica do Estado, vinculada à teoria subjetiva.

Ainda de acordo com a doutrina de Cavalieri Filho, solução distinta seria tomada caso a depressão ensejadora de danos permanecesse mesmo após a atuação estatal, caso em que se caracterizaria a omissão específica, dando ensejo à incidência da teoria objetiva de responsabilização extracontratual.

Tal seria o caso, por exemplo, da inação estatal mesmo diante de comunicados pretéritos de cidadãos a respeito da existência de perigosas depressões na via, ou mesmo quando persistente a abertura na pavimentação após recente recapeamento.

³⁷ FALCONERI, Patrícia Cavalcante de. *A responsabilidade civil do Estado por omissão nos casos de dano ambiental*. Seleções Jurídicas ADV. 10/2006, p. 2.

Como se observa, a solução doutrinária não é uniforme, exigindo a análise acurada de cada caso concreto. Predomina, no entanto, a teoria subjetiva da responsabilização civil estatal, diante da caracterização em tese de conduta omissiva, refletida na falta do serviço.

Naturalmente, quando do exame do caso concreto, o juízo da causa, atento a tais lindes, deve atinar para a distribuição legal do ônus probatório, cotejando os eventuais elementos indicativos de inação estatal com os hipotéticos indícios de culpabilidade atribuível à própria vítima.

3.2. Do posicionamento da jurisprudência diante de ações indenizatórias por danos causados por depressões em vias públicas

Examinando-se a jurisprudência formada sobre o tema, nota-se em determinados julgados uma certa precipitação quanto à indiscriminada incidência da teoria objetiva, mesmo diante de um comportamento omissivo, como demonstram as seguintes ementas, entre várias outras consultadas:

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. Ação indenizatória por danos materiais e morais decorrentes de acidente automobilístico em via pública causado por buraco no pavimento. Má conservação de via pública. Responsabilidade objetiva do Estado, por prestação de serviço público, ex vi do art. 37, par§ 6o da CF. Recurso improvido.³⁸

INDENIZAÇÃO. Acidente causado por buraco em via pública. Danos Morais. CABIMENTO. Responsabilidade objetiva. Nexo de causalidade comprovado. Indiscutível o sofrimento do apelado. Adequação do valor ao caso concreto. Recursos parcialmente providos.³⁹

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. Acidente ocasionado por buraco existente em via

³⁸ TJSP; APL-SRev 656.973.5/7; Ac. 2524818; Amparo; Sexta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi; Julg. 03/03/2008; DJESP 16/06/2008.

³⁹ TJSP; APL-Rev 624.646.5/6; Ac. 2558177; São Paulo; Sexta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Oliveira Santos; Julg. 07/04/2008; DJESP 25/06/2008

pública. Inexistência de sinalização adequada. Responsabilidade objetiva do Estado. Omissão da Administração Pública. Nexo de causalidade existente. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF. Sentença mantida. Recurso não provido.⁴⁰

ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONSERVAÇÃO DAS RODOVIAS FEDERAIS. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS. 1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, cumprindo à vítima demonstrar o nexo direto de causalidade entre a ação ou omissão do agente estatal e o dano sofrido (CF, art. 37, § 6º). Tendo sido comprovado que a causa do acidente fatal foi buraco em rodovia federal, e não havendo o DNIT comprovado a existência de culpa exclusiva ou concorrente do condutor do veículo, cabe-lhe o dever de indenizar os danos morais sofridos pela mãe da vítima. 2. Configurada a existência de dano moral relevante, o magistrado deve quantificar a indenização, arbitrando-a com moderação, de forma que represente reparação ao ofendido pelo dano, sem, contudo, atribuir-lhe enriquecimento sem causa. 3. Apelação do DNIT a que se nega provimento. 4. Apelação da Autora provida para majorar a indenização por danos morais.⁴¹

Por outro lado, acolhendo acertadamente a teoria subjetiva, destacam-se os seguintes precedentes colhidos da jurisprudência pátria:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. AVARIA EM VEÍCULO AUTOMOTOR EM DECORRÊNCIA DE PASSAGEM SOBRE BURACO NA VIA PÚBLICA. OMISSÃO DE AGENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. TEORIA DA FAUTE DU SERVICE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NORMATIVO E DA CULPA DO AGENTE PÚBLICO. Em se tratando de omissão de um comportamento de agente público, do qual resulte dano, por não ter sido realizada determinada prestação dentre as que incumbem ao Estado realizar em prol da coletividade, fala-se na incidência da Teoria da Faute du Service, e não em Responsabilidade Objetiva do Estado. Nessas hipóteses, mister se faz a comprovação do nexo de causalidade em termos normativos e não naturalísticos, impondo-se a demonstração de que o dano resultou diretamente da inação dos agentes administrativos e do mau funcionamento de um serviço da Administração. Demonstrado que os agentes públicos não diligenciaram regularmente, no sentido de proceder aos devidos reparos da via pública, patente está o nexo de causalidade entre a infração de um dever de agir, por parte desses agentes e o dano ocorrido, o que impõe o dever de indenizar. Recurso conhecido e não provido.⁴²

⁴⁰ TJSP; APL-Rev 773.820.5/3; Ac. 2638657; São Paulo; Segunda Câmara de Direito Público; Rel^a Des^a Vera Angrisani; Julg. 03/06/2008; DJESP 19/06/2008

⁴¹ TRF 1ª R.; AC 2002.40.00.005177-9; PI; Sexta Turma; Rel^a Des^a Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues; Julg. 23/11/2007; DJU 14/01/2008; Pág. 985.

⁴² TJDF; AC 2006.01.1.054949-5; Ac. 290713; Sexta Turma Cível; Rel^a Des^a Ana Maria Duarte Amarante; DJU 10/01/2008; Pág. 1161

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. BURACO EM RODOVIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA AUTARQUIA MUNICIPAL. OMISSÃO.. À Luz da melhor doutrina e jurisprudência, para a caracterização da responsabilidade do ente público em caso de omissão, não basta o nexo de causalidade entre o ato e o resultado danoso, impondo-se a comprovação do descumprimento de um dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.⁴³

RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO. DANO MORAL. QUEDA EM BURACO EXISTENTE NA VIA PÚBLICA. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do Município, insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é necessário que o dano seja causado por seus agentes e nessa qualidade. No caso, a omissão não foi atribuída a um agente específico. Trata-se, pois, de responsabilidade subjetiva da Administração Pública. Elementos de convicção a demonstrar a prática de ato ilícito pelo Município, que manteve, sem sinalização adequada, buraco aberto na via pública, dando causa à queda da autora, da qual resultou o dano moral. Valor da reparação reduzido. Apelo provido em parte.⁴⁴

A despeito da manifesta divergência jurisprudencial, os Tribunais vêm se inclinando pelo reconhecimento da teoria subjetiva no campo da responsabilidade civil por omissão, diferenciando-a do tratamento conferido aos atos comissivos.

Desse debate, de todo modo, surge intensa produção doutrinária, delineada no presente trabalho, que em tudo favorece o avanço da jurisprudência.

4. CONCLUSÃO

⁴³ JMG; APCV 1.0105.05.144461-7/0011; Governador Valadares; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Eduardo Andrade; Julg. 20/05/2008; DJEMG 24/06/2008

⁴⁴ TJRS; AC 70022288211; Porto Alegre; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Leo Lima; Julg. 13/02/2008; DOERS 03/03/2008; Pág. 26

Como se vê, acesa é a controvérsia a respeito da extensão da responsabilidade civil do Estado, ainda mais polêmica quando em debate a responsabilização por condutas omissivas.

Verificou-se a nítida evolução da responsabilização extracontratual estatal, que migrou de uma absoluta irresponsabilidade para a teoria de responsabilização de culpa, em compatibilidade com a evolução social e política da comunidade. Essa evolução foi notada não apenas no cenário internacional, mas inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, que atualmente apresenta três fontes distintas para a objetivação da responsabilidade (Constituição Federal, art. 37, § 6º, Código Civil, art. 43; Código de Defesa do Consumidor, arts. 14 e 22).

Com a incidência da teoria objetiva, privilegia-se a posição da vítima, cujo ressarcimento é prestigiado, razão pela qual conclui-se que o direito administrativo não mais restringe-se a garantir a ordem pública ou a apenas regular a relação da administração com os administrados. Para além, o direito administrativo surge como proteção da vítima perante os atos estatais, notadamente nas hipóteses em que os benefícios gerados em favor de muitos, gere prejuízos anormais e especiais a determinada parcela da sociedade, que não pode ficar irressarcida, tendo em vista a previsão de equânime distribuição das vantagens entre todos os cidadãos.

Ressaltada a figura da responsabilidade civil, observou-se que os atos comissivos estatais seguem a regra geral da teoria do risco administrativo, impondo-se a comprovação da conduta estatal, do dano e do nexo de causalidade, admitindo-se hipóteses excludentes de responsabilidade, concentradas na culpa da vítima ou de terceiro, no caso fortuito e na força maior.

Solução distinta há de ser aplicada em caso de atos omissivos, hipótese em que aplicável a teoria objetiva, impondo-se ao particular a demonstração adicional da culpa do serviço.

Especificamente quanto aos danos resultantes de depressões nas vias públicas, esclareceu-se que incide ao caso a teoria subjetiva, em razão da hipotética ausência de um dever jurídico de zelo a cargo da administração.

Desta forma, não basta a simples alegação de existência de irregularidades nas vias públicas para a procedência do pleito indenizatório, diante da variedade de fatores influentes no aparecimento de falhas na pista asfáltica. Há que se demonstrar específica atuação negligente, imprudente ou com imperícia por parte do Poder Público.

Por fim, nada obstante tais regramentos gerais, observa-se nítida divergência jurisprudencial quanto ao tratamento do tema, não raro aplicando-se indevidamente a casos de omissão estatal a teoria objetiva.

De todo modo, trata-se de celeuma ainda sob definição, em um tema sob constante evolução no ordenamento jurídico.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jones Figueiredo. *Responsabilidade civil e omissão de socorro público*. Revista Interesse Público, Ano IX – 2007 – nº 43.

BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade Civil do Estado*, Editora Forense, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Manual de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 2007.

- CAHALI, Yussef Sahid. *Responsabilidade civil do Estado*, Malheiros Editores, 2ª ed.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed., Lumen Juris, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Editora Atlas, 2003.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 8ª ed. Ciudad Argentina, 2000.
- FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional*. Renovar, 2001.
- FALCONERI, Patrícia Cavalcante de. *A responsabilidade civil do Estado por omissão nos casos de dano ambiental*. Seleções Jurídicas ADV. 10/2006
- FILOMENO. José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed., Forense Universitária, 1998
- GARCIA, Antonio Dias. *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2004.
- GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Editora Fórum, 2004
- GIGENA, Julio I. Altamira. *Responsabilidad del Estado*. Editorial Astrea de Rodolfo Depalma Y Hnoss., 1978.
- GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. *A responsabilidade civil do estado por atos omissivos e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VII_agosto_2007/respons_civil___ewerton.pdf>.
- KHOURI. Paulo Roque. *Direito do Consumidor*, Atlas, 2006.
- JUNIOR, RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA. *Responsabilização Objetiva do Estado*, Editora Juruá, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*. RT 552/11-20
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Problemas de responsabilidade civil do Estado*. in *Responsabilidade Civil do Estado*. Juarez Freitas (organizador). Malheiros Editores, 2006.
- NOGUEIRA, Antonio Elias de. *Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil*, 3ª edição, Renovar, 2007.
- NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*, Saraiva, 2005.
- SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Lumen Juris, 1994.

SORACE, Domenico. *Le Responsabilità Pubbliche*, CEDAM, 1998.

STOCO, Rui. *A responsabilidade subjetiva do Estado por comportamentos omissivos*. Revista Jurídica, ano 53, junho de 2005, nº 332.

TELLES, Eduardo Maccari. *A Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos e o Novo Código Civil. Responsabilidade Civil Empresarial e da Administração Pública*. Coordenadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira, Editora Lúmen Júris, 2004.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*, Lumen Juris, 2005.