ISSN 2595-5985

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE BY OMISSION

YURY VIEIRA TUPYNAMBÁ DE LÉLIS MENDES

Mestre em História Política (2019), Especialista em Didática e Metodologia do Ensino Superior (2018), Bacharel em Direito (2015) e graduando em Ciências Econômicas, todos pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Possui Pós-Graduação em Direitos Fundamentais (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Direito Administrativo (PUC Minas) e Ciências Políticas (MBA Executivo pela Universidade Cândido Mendes).

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado, em se tratando de conduta omissiva, é subjetiva, havendo, no entanto, exceção quanto aos casos em que a omissão do Poder Público decorre de violação do dever de custódia, caso em que a responsabilidade será objetiva. Nesse sentido, o presente artigo versa, justamente, sobre a responsabilidade civil do Estado em situações omissivas ocorridas com violação ao dever de custódia. Assim, o objetivo deste trabalho se baseou na busca por se analisar a possibilidade de que o Estado, em decorrência da teoria do risco suscitado, responda objetivamente pelo dano causado em virtude da omissão de seus agentes quanto ao dever de custódia. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e o procedimento exploratório, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados obtidos nesse estudo foram no sentido de que a responsabilidade civil do Estado decorre de previsão constitucional e, em regra, é de natureza objetiva, o que significa que se dispensa a análise de culpa para a sua incidência. A conclusão a que se chegou foi de que, incidindo fortuito interno, haverá a responsabilização objetiva do Estado por sua omissão, quando, em vista a teoria do risco suscitado, o Poder Público tiver o dever de custódia em relação à situação fática.

Palavras-chave: Dever de custódia; Omissão; Responsabilidade Civil do Estado.

ABSTRACT

The civil liability of the State, in the case of omissive conduct, is subjective, with, however, an exception in cases where the omission of the Public Power results from a breach of the duty of custody, in which case the liability will be objective. In this sense, this article deals precisely with the civil liability of the State in omissive situations that occurred in violation of the duty of custody. Thus, the objective of this work was based on the search to analyze the possibility that the State, as a result of the theory of the raised risk, objectively responds for the damage caused by virtue of the omission of its agents regarding the duty of custody. For the development of the research, we used the deductive approach method and the exploratory procedure, based on a bibliographic and documental research. The results obtained in this study were in the sense that the civil liability of the State stems from a constitutional provision and, as a rule, is of an objective nature, which means that the analysis of guilt is waived for its incidence. The conclusion reached was that, in the event of an internal fortuitous event, the State will be objectively responsible for its omission, when, in view of the theory of the risk raised, the Public Power has a duty of custody in relation to the factual situation.

Keywords: Custody duty; Omission; State Civil Liability.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1 RESPONSABILIDADE CIVIL; 2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO; 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

ISSN 2595-5985

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu artigo 37, §6º, estabelece que, como regra geral, a responsabilidade civil do Estado será objetiva. Quando se tratar de conduta estatal omissiva, entende-se que a responsabilidade será subjetiva.

No entanto, há situações em que, mesmo o Poder Público agindo de forma omissiva, poderá responder objetivamente por suas condutas. É o que ocorre nos casos de violação do dever de custódia, o que faz incidir a denominada teoria do risco suscitado (ou risco criado).

Nesse sentido, o presente artigo versa, justamente, sobre a responsabilidade civil do Estado em situações omissivas ocorridas com violação ao dever de custódia. Assim, o objetivo deste trabalho se baseou na busca por se analisar a possibilidade de que o Estado, em decorrência da teoria do risco suscitado, responda objetivamente pelo dano causado em virtude da omissão de seus agentes quanto ao dever de custódia.

Assim, para o alcance do objetivo proposto, serão apresentadas variadas questões que abarcam a temática, dividindo-se, para tanto, o artigo em três seções. Na primeira seção, analisar-se-á os aspectos gerais atinentes à responsabilidade civil; na segunda seção, tratar-se-á sobre a responsabilidade civil do Estado e, por fim, na terceira seção, discorrer-se-á acerca da responsabilidade civil do Estado no caso de omissão.

Destaca-se que, para o desenvolvimento do presente trabalho, será adotado o método dedutivo, aliado ao procedimento de pesquisa bibliográfica, cuja abordagem dará enfoque aos entendimentos constitucionais, legais e teóricos sobre o assunto.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra “responsabilidade”, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2019), é de origem latina, e, primitivamente, designava a fórmula através da qual havia a ligação entre o devedor e o credor nos contratos verbais.

Em sua concepção atual, tem-se que a designação jurídica do termo está atrelada à ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência, em virtude de ato ou fato jurídico ocorrido entre as partes (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017).

No âmbito do direito brasileiro, o Código Civil de 2002 (CC/02), dentre outros dispositivos do ordenamento jurídico, fundamenta a responsabilidade civil, ao dispor no artigo 186 que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002).

Ao se analisar o artigo acima transcrito, entende-se que se pode extrair dele os três pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, quais seja, a conduta, o dano e o nexo de causalidade, os quais são caracterizados como elementos essenciais para a configuração do instituto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

A conduta se trata, pois, da ação humana voluntária, a qual é ocorrida de forma passiva ou ativa, e que guia a vontade do agente, gerando consequência ou dano de relevância jurídica (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017).

Na visão de Gagliano e Pamplona Filho (2019) a conduta pode ser classificada em positiva ou negativa:

> a) Positiva; b) Negativa. A primeira delas traduz-se pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa o seu veículo contra o muro de seu vizinho. A segunda forma de conduta, por sua vez, é de intelecção mais sutil. Trata-se da atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um 'nada', um 'não fazer', uma 'simples abstenção', no plano jurídico, esse tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ou omitente, que será responsabilizado pelo mesmo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 687).

O dano se constitui como outro elemento da responsabilidade civil e, sobre ele, Farias e Rosenvald (2016, p. 235) afirmam que se trata de "[...] fato jurídico desencadeador de responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil sem dano".

Entende-se que o dano afigura-se como uma forma de diminuição do patrimônio de alguém, enquanto outros autores entendem ser mais adequado o termo diminuição ou subtração de um bem jurídico, tendo em vista que o dano pode afetar não apenas o patrimônio material, mas, também, o imaterial, como a honra, a saúde, a dignidade, entre outros (TARTUCE, 2018).

Melo (2006) complementa que:

> O dano é objeto da responsabilidade civil, sem dano, não há que se falar em responsabilização do agente causador de um ato ilícito ou não. O ato ilícito, com efeito, é elemento constitutivo, na teoria subjetivista, do dever de indenizar, pelo que, comete-o quem viola direito e causa dano a outrem. Assim, se o elemento subjetivo da culpa é o dever violado e a responsabilidade é a reação provocada pela inflação a um dever preexistente, de outro lado, embora tenha havido violação de um dever jurídico, mesmo com culpa ou dolo por parte do infrator, somente nascerá a obrigação de indenizar, pela responsabilidade civil, se ficar comprovada a existência de um dano concreto (MELO, 2006, p. 162).

Além disso, o dano pode ser classificado em dano moral e dano material. O primeiro atinge apenas o patrimônio da vítima, ao passo que o moral é aquele que atinge o ofendido, propriamente, violando direitos da personalidade (DINIZ, 2015).

Quanto ao último elemento, tem-se que "um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar" (GONÇALVES, 2018, p. 355).

Desse modo, apenas quando se mostrar possível o estabelecimento de um nexo causal entre o dano e a conduta do ofensor é que se falará na incidência de responsabilidade civil. Para analisar a configuração do nexo causal, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria do dano direto e imediato, cujo fundamento se encontra no artigo 403, do CC/02, o qual dispõe que "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual" (BRASIL, 2002).

Vale ressaltar que a culpa é considerada como um elemento acidental da responsabilidade civil. Isso porque, nem sempre ela será exigida para a configuração do instituto, em razão de haver diferentes espécies de responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

A propósito, cabe discorrer acerca das principais espécies de responsabilidade civil, iniciando-se com o estudo da responsabilidade subjetiva, a qual se baseia na ideia de culpa, o que significa que a vítima somente poderá ser indenizada se provar que a conduta do ofensor ocorreu com negligência, imprudência ou imperícia (TARTUCE, 2018).

Assim, para que se reconheça a obrigação de indenizar, não basta apenas que o dano advenha de um comportamento humano, sendo também necessário um comportamento humano

qualificado pelo elemento subjetivo culpa. Em outras palavras, é preciso que o autor da conduta a tenha praticado com a intenção deliberada de causar um prejuízo, ou, ao menos, que esse comportamento reflita a violação de um dever de cuidado (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017).

Por sua vez, a responsabilidade objetiva diz respeito àquela que independe de culpa para a sua caracterização, satisfazendo-se apenas com a ocorrência do dano e do nexo de causalidade. A responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco, pressupondo que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa (GONÇALVES, 2018).

A responsabilidade civil também é classificada como direta ou indireta. No primeiro caso, tem-se que "em regra, somente responde pelo fato aquele que lhe dá causa, por conduta própria. Trata-se da responsabilidade direta, por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação" (SOUZA, 2015, p. 31).

Por outro lado, a responsabilidade indireta é aquela através da qual pessoa que não cometeu o dano será responsabilizada por ele, em razão de possuir um vínculo legal com o verdadeiro autor da conduta (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Por fim, vale mencionar a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. A primeira hipótese é apresenta por Gonçalves (2018, p. 44) como aquela através da qual "uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual." Ou seja, a responsabilidade contratual advém da ocorrência de inadimplemento de uma obrigação contratualmente avençada.

A seu turno, a responsabilidade extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana, se configura quando sequer preexistia qualquer relação entre o autor do dano e a vítima. Entende-se que a responsabilidade extracontratual se fundamenta no dever genérico de não se causar dano a ninguém (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017).

Diante do exposto, foi possível discorrer acerca dos aspectos básicos atinentes à responsabilidade civil, podendo-se compreender, em linhas gerais, que se trata de um instituto que se origina quando presente a conduta, o dano e o nexo de causalidade, sendo que a forma como se procederá à análise do cabimento do dever de reparação dependerá da espécie de responsabilidade civil incidente no caso concreto.

ISSN 2595-5985

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado possui peculiaridades em relação à responsabilidade civil incidente no direito privado, podendo-se destacar, por exemplo, que, enquanto no direito privado a obrigação de reparar um dano pressupõe o cometimento de um ato ilícito, no direito administrativo poderá haver responsabilidade civil em decorrência de ato lícito (MAZZA, 2018).

Em complemento à afirmação acima exposta, Paulo e Alexandrino (2017) asseveram que o Estado pode ser responsabilizado, mesmo em se tratando de ato lícito, nas situações em que este imponha ao particular um ônus superior àquele que é suportado pelos demais integrantes da sociedade.

A responsabilidade civil do Estado, no contexto do direito brasileiro, baseia-se na teoria objetiva, assim tratada por Marinela (2016, p. 1157):

> No Brasil, a teoria objetiva foi reconhecida desde a Constituição Federal de 1946 e é adotada até os dias de hoje. A responsabilidade objetiva já era reconhecida como regra no sistema brasileiro, tornando-se constitucional com a Constituição de 1946, em seu art. 194. Daí por diante, a regra não mais foi excluída, levando os textos seguintes a serem aperfeiçoados. A Constituição de 1967 dispunha sobre o assunto no art. 105; em 1969 a disposição estava no art. 107, com texto bem equivalente ao atual art. 37, § 6º, da CF/88 (MARINELA, 2016, p. 1157).

A responsabilidade civil do Estado, disciplinada pela teoria objetiva, encontra a seguinte redação no artigo 37, §6.º, da CRFB/88:

> 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 terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável, no caso de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Nesse panorama, tem-se que, através da teoria objetiva, é necessária apenas a comprovação da relação causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido pela vítima. Não há, portanto, o dever de comprovação do dolo ou culpa do causador do prejuízo, posto que o elemento subjetivo é dispensado (CARVALHO FILHO, 2018).

Na esteira do que entende Pietro (2018, p. 891), tem-se que a responsabilidade objetiva "é também chamada de teoria do risco, porque parte da ideia 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".

Segundo Carvalho Filho (2018, p. 670), a teoria do risco administrativo baseia-se na ideia de que o Estado, por ser mais influente, "teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior".

Com base na teoria do risco administrativo, não há que se falar em uma responsabilidade civil indiscriminada, o que significa dizer que o dever de reparação não recairá sobre o Estado nas situações em que a vítima ou terceiro tiveram integral responsabilidade pelo dano gerado (MARINELA, 2016).

No mesmo sentido, Scatolino e Trindade (2016) acrescentam que se a vítima deu contribuição parcial para o evento danoso, a responsabilidade do Estado será mitigada, o que reforça os limites pelos quais se baseiam a teoria do risco administrativo.

Com efeito, não se pode olvidar que a atuação do Estado se dá com vistas ao alcance do interesse público, o que enseja a obrigação econômica do poder público quando, na busca por se alcançar esse objetivo, causar dano ao particular. Trata-se, pois, de um ônus que lhe recai pelo risco que assume para desenvolver a atividade administrativa (BALTAR NETO; TORRES, 2018).

Carvalho (2019) apresenta essa teoria, expondo da seguinte forma:

> O Estado é realmente um sujeito político, jurídico e economicamente mais poderoso que o administrado, gozando de determinadas prerrogativas não estendidas aos demais sujeitos de direito. Em razão disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco maior, decorrente de suas inúmeras atividades e, ter de responder por esse risco, lhe traria uma consequência. Surgiu, assim, a teoria do risco administrativo. Essa teoria responsabiliza o ente público, objetivamente, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, contudo, admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações em que haja a exclusão de alguns dos elementos desta responsabilidade. O Brasil adota essa teoria (Carvalho, 2019, p. 351).

Conforme indicado por Gagliano e Pamplona Filho (2019), no direito brasileiro adota-se a teoria do risco administrativo, sendo esse o entendimento de autores como Carvalho Filho (2018), Pietro (2018) e Oliveira (2018).

Nessa perspectiva, Meirelles (2016) observa que, para o reconhecimento de excludente de responsabilidade na teoria objetiva baseada no risco administrativo, é preciso que pelo menos um dos elementos da responsabilidade civil (conduta, dano, nexo de causalidade) esteja ausente.

A culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior são exemplos de situações que, quando incidentes, podem afastar a responsabilidade civil do Estado. Por outro lado, é preciso asseverar, conforme Mazza (2018, p. 477), que "o Estado responde pelos danos causados por seus agentes, ainda que estejam amparados por excludente de ilicitude reconhecida pelo Direito Penal, como legítima defesa ou estado de necessidade".

No que diz respeito à teoria do risco integral, vê-se que esta se diferencia da teoria do risco administrativo em virtude de não admitir a alegação de excludentes como forma de afastar a responsabilidade civil do Estado (GOMES, 2012).

Assim, compreende-se que, através da teoria do risco integral, parte-se da concepção de que "[...] o ente público é garantidor universal e, sendo assim, conforme esta teoria, a simples existência do dano e do nexo causal é suficiente para que surja a obrigação de indenizar para a administração, pois não admite nenhuma das excludentes" (CARVALHO, 2019, p. 352).

Na esteira do que explana Mazza (2016, p. 475):

> A teoria do risco integral é uma variação radical da responsabilidade objetiva, que sustenta ser devida a indenização sempre que o Estado causar prejuízo a particulares, sem qualquer excludente. Embora seja a visão mais favorável à vítima, o caráter absoluto dessa concepção produz injustiça, especialmente diante de casos em que o dano é produzido em decorrência de ação deliberada da própria vítima. Não há notícia de nenhum país moderno cujo direito positivo tenha adotado o risco integral como regra geral aplicável à responsabilidade do Estado, jamais tendo sido adotada entre nós. Sua admissibilidade transformaria o Estado em verdadeiro indenizador universal (MAZZA, 2016, p. 475).

Conforme se extrai das palavras acima transcritas, o autor entende que a teoria do risco integral, além de desarrazoada, não teria sido adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Outros autores – como, por exemplo, Meirelles (2016) e Carvalho Filho (2018) – também compartilham dessa concepção (JUSTEN FILHO, 2016).

Porém, o pensamento exposto pelos autores acima citados não é o predominante, tendo em vista a doutrinária majoritária se orientar no sentido de que, em situações excepcionais, a teoria do risco integral é admitida no direito brasileiro (ROSA, 2018).

Carvalho (2019, p. 352) apresenta quais seriam as situações nas quais a teoria do risco integral é incidente no Brasil:

> Dano decorrente de atividade nuclear exercida pelo Estado ou autorizada pelo mesmo. Ou seja, a responsabilidade é objetiva e o risco integral abarca os danos comissivos e omissivos, neste caso.
> Dano ao meio ambiente, quanto aos atos comissivos do agente público. Em relação aos atos omissivos, o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando a favor da teoria do risco integral. No entanto, a responsabilidade objetiva do Estado será de execução subsidiária, sendo necessário o prévio esgotamento das tentativas de cobrança de indenização do poluidor direto.
> Acidente de trânsito. Decorre do seguro obrigatório: DPVAT. Ressalte-se que, nesses casos, o Estado não figura no polo passivo da ação judicial. A ação é proposta em face de alguma seguradora que arcará com os prejuízos, utilizando os valores do seguro obrigatório.
> Crimes cometidos a bordo de aeronaves que estejam sobrevoando o espaço aéreo brasileiro e danos decorrentes de ataques terroristas (CARVALHO, 2019, p. 352).

É importante mencionar que a responsabilidade civil do Estado em decorrência de obras públicas mal executadas pode variar a depender de quem estava executando o serviço. Caso a execução da obra estivesse sendo feita pelo próprio Poder Público, este terá responsabilidade civil objetiva pelos danos, mesmo, por exemplo, nas situações nas quais um terceiro, que foi vítima do dano, não era usuário da obra pública (MAZZA, 2018).

"Ainda que o dano seja causado a terceiro, não usuário do serviço público, a responsabilidade será objetiva, pois, se a própria constituição não diferencia, não cabe ao intérprete diferenciar os danos causados a terceiro, em virtude de serem usuários ou não" (CARVALHO 2019, p. 348).

Por outro lado, importante mencionar que, se a obra pública má executada foi realizada por empresa empreiteira contratada pelo Poder Público, e o dano causado decorreu de culpa exclusiva dela, deverá, em decorrência disso, responder subjetivamente. Assim se procede porque, em tal hipótese, não se considera que o empreiteiro estava prestando serviço público, pois, se fosse, a responsabilidade seria objetiva. Além disso, não haverá que se falar em responsabilidade civil do Estado, a não ser que se prove sua omissão quanto à fiscalização do contrato administrativo, caso em que o ente público responderá subjetivamente (SCATOLINO; TRINDADE, 2016).

No entanto, é importante mencionar que quando o dano gerado pela obra se dar em face do meio ambiente, poderá haver a responsabilização objetiva do Estado. Isso porque, apesar de, em

regra, o Estado responder subjetivamente pelas condutas omissivas, a jurisprudência vem se posicionando no sentido de que, no caso de dano ambiental, deve recair ao ente público a responsabilidade objetiva, dada a natureza do bem atingido (MAZZA, 2018).

Vale também ressaltar que, quando o dano gerado na execução de obra pública decorrer de ato ímprobo do gestor público que determinou a realização do serviço, poderá ele ser responsabilizado com base na Lei de Improbidade Administrativa, inclusive se o dano decorreu de ineficiência administrativa (SCATOLINO; TRINDADE, 2016).

Além disso, se provada a culpa do gestor público na lesão gerada na obra pública por ele determinada, poderá haver sua condenação por improbidade administrativa com fundamento no artigo 10, da Lei n. 8.429/92, que trata do ato que causa dano ao erário público. Isso porque, a necessidade de realização de uma nova obra ou a sujeição do Poder Público ao pagamento de indenização ao lesado configura situação que impacta as contas públicas (OLIVEIRA, 2018).

Necessário ponderar que, na execução de obra pública, se ocorrer dano em virtude de erro grosseiro praticado por agente público no desempenho de atividade técnica, este responderá pessoalmente, nos termos do artigo 28, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.6657, de 4 de setembro de 1942). Se quem cometeu o erro grosseiro era funcionário de empreiteira que estava executando a obra pública, ter-se-á a responsabilidade objetiva da empresa (CARVALHO, 2019).

Outrossim, no caso de obra executada pelo próprio Poder Público, caso se constate a ocorrência de dano oriundo de conduta ato doloso, como, por exemplo, fraude em licenciamento urbanístico-ambiental, nada impede que, além da responsabilidade civil e, eventualmente, responsabilidade penal, seja instaurado processo administrativo para apurar a responsabilidade administrativa dos agentes envolvidos, em vista da independência das instâncias (MAZZA, 2018).

Assunto de relevância é também a discussão se, em vista do regime jurídico de responsabilização civil previsto na CRFB/88, seria imprescritível a ação de ressarcimento ao erário por danos ambientais. Há parcela da doutrina sustentando que, com base na natureza difusa do bem ambiental, bem como a importância de tutela ao meio ambiente, seria imprescritível tal ação. Inclusive, o STF, em 14 de setembro de 2018, reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) 654833, através da qual a Corte, em julgamento ainda não marcado, decidirá o tema (AMADO, 2019).

Quanto à ação regressiva em se tratando de responsabilidade civil do Estado, tem-se que, ao se analisar o artigo 37, §6.º, da CRFB/88, o dispositivo explicita que, após ser condenado, o Estado deverá mover ação de regresso contra o agente público causador do ato lesivo, sendo que, nesse caso, a responsabilidade será subjetiva (BRASIL, 1988).

Desse modo, o Estado deverá se valer de ação regressiva para fins de apuração da responsabilidade pessoal do agente público causador do dano. O pressuposto, para tanto, é que o Poder Público já tenha sido condenado em ação movida pela vítima (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Sob essa perspectiva, compreende-se, conforme Carvalho (2019, p. 358), que, "inobstante a responsabilidade seja atribuída à pessoa jurídica, o agente que ensejou o dano não se exime de ressarcir os prejuízos causados ao ente público."

É importante destacar que a ação de regresso promovida pelo Estado não se trata de uma faculdade. Ao contrário, constitui-se um poder-dever da administração pública a busca pelo ressarcimento ao erário do prejuízo que este sofreu (ROSA, 2018).

3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO

Apresentadas essas considerações acerca das teorias de responsabilização civil objetiva do ente estatal, importa também destacar como se procede o dever de reparação em caso de obrigação de indenizar decorrente de ato omissivo do Poder Público, delimitando, desse modo, o assunto deste artigo.

Tem-se que "existem situações em que o comportamento comissivo de um agente público causa prejuízo a particular. São os chamados danos por ação. Noutros casos, o Estado deixa de agir e, devido a tal inação, não consegue impedir um resultado lesivo" (MAZZA, 2018, p. 480). Este trabalho analisa, justamente, situação em que o dano gerado é produto de uma conduta omissiva do Estado.

Nestas últimas situações, diz-se ter ocorrido dano por omissão, o que se manifesta, por exemplo, em acidente decorrente de buraco aberto sem a devida sinalização na via pública; crime de roubo, enchente, dentre outras situações (OLIVEIRA, 2018).

Tratando-se de dano por omissão, a doutrina majoritária tem entendido que se aplica a responsabilidade subjetiva, e não a responsabilidade objetiva. Nesse sentido, somente haveria que se falar em responsabilidade civil do Estado caso a vítima prove que o dano sofrido decorreu de um ato omissivo do Poder Público (JUSTEN FILHO, 2016).

Carvalho (2019, p. 353) endossa que, "sendo assim, são elementos definidores da responsabilidade do Estado em casos de omissão de seus agentes: o comportamento omissivo do Estado, o dano, o nexo de causalidade e a culpa do serviço público".

No entanto, compreende-se que nem sempre a conduta omissiva do Estado terá como consequência a responsabilidade subjetiva. Isso porque, há circunstâncias em que a omissão decorre de um risco suscitado pelo próprio Estado, hipóteses nas quais incidirá a responsabilidade objetiva (MARINELA, 2016), conforme há de se explorar mais à frente.

Sob essa perspectiva, Oliveira (2018, p. 819) consigna que a responsabilidade objetiva restará configurada nas situações em que "o Estado tem a possibilidade de prever e de evitar o dano, mas permanece omisso".

Ressalva-se que Cavalieri Filho (2012) distingue a omissão genérica e a omissão específica, afirmando que, em se tratando de omissão específica, a responsabilidade é objetiva, ao passo que na omissão genérica incide a responsabilidade subjetiva.

Carvalho (2019) afirma que, nas hipóteses em que o Estado poderia prever e evitar o dano, manifesta-se a responsabilidade objetiva por omissão, com base na chamada teoria do risco criado, que complementa a teoria do risco administrativo:

> Por vezes, em algumas circunstâncias, o Estado cria situações de risco que levam à ocorrência do dano. Por meio de um comportamento positivo, o Estado assume grande risco de gerar danos aos particulares. Assim, nesses casos, o Estado responde objetivamente por ele, ainda que não se demonstre conduta direta de um agente público (CARVALHO, 2019, p. 354-355).

Assim, em situações nas quais o Estado cria o risco, nem mesmo a alegação de caso fortuito ou força maior é apta a afastar a responsabilidade estatal, exigindo-se apenas a comprovação de que o ocorrido se relaciona com a custódia estatal sobre aquele que praticou o dano (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Exemplificando ocorrência de responsabilidade do Estado em virtude do risco criado, Carvalho (2019, p. 355) aduz justamente sobre situações que compreende o objeto deste trabalho:

"um detento foge e assalta, na fuga, casa ao lado do presídio, gerando grandes prejuízos a uma família que ali reside. O estado deve ser responsabilizado objetivamente em razão do risco causado à vizinhança".

O exemplo dado acima também é apresentado de forma semelhante por Paulo e Alexandrino (2017), que complementam no sentido de que o Estado responderia pelo fato de que, ao construir o estabelecimento prisional em uma região com casas residenciais, deveria cuidar da segurança no local, protegendo a população circunvizinha.

Nesse sentido, não se admite que o Estado, ao desempenhar determinado serviço público, exponha a risco os direitos dos administrados, seja dos que estão sendo atingidos diretamente pelo serviço, seja daqueles que podem ser atingidos de forma indireta (SCATOLINO; TRINDADE, 2016).

Mazza (2018) também traz como exemplo situação em que uma criança, estudante de escola pública, sofre dano físico cometido por outro colega, podendo-se considerar, em regra, que em casos como esses o Estado falhou em garantir segurança à criança que, por estar no interior da escola, se encontrava sob condição de custódia do Poder Público.

Paulo e Alexandrino (2017) indicam que a responsabilidade do Estado, nessas situações omissivas, se dá em decorrência do dever de custódia por parte do Poder Público, visto que este deve ser diligente em vista do entendível risco diferenciado quanto à pessoa.

O que deve ser comprovado, na visão de Scatolino e Trindade (2016), é que a ocorrência da falha estatal se deu em razão da circunstância de custódia, materializando, pois, o que se denomina de fortuito interno, o qual se baseia na teoria do *conditio sine qua non* que, neste caso, pode ser traduzida na ideia de que, se não fosse a situação de custódia, o dano não teria ocorrido. Assim, deve-se comprovar que o dano foi causado por uma situação omissiva do Estado quanto ao seu dever de custódia.

Diante do exposto, foi possível compreender que, em situações de omissão, o Estado responde subjetivamente, afastando-se, pois, a regra da responsabilidade objetiva. No entanto, caso a conduta omissiva decorra de circunstância de custódia, tem-se que, com base na teoria do risco criado, o Poder Público responderá objetivamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que se analisou no presente artigo, em se tratando de dever jurídico, a sua violação pode gerar a responsabilização civil, e, no caso do Estado, o artigo 37, §6º, da CRFB/88, estabelece que é objetiva a responsabilidade civil.

Nas situações de omissão, porém, o Poder Público responde subjetivamente, exceto quando se estiver diante de um dever de custódia, caso em que, com base na teoria do risco suscitado (ou risco criado), poderá haver a incidência da responsabilidade objetiva.

Frisou-se que a responsabilidade civil visa à reparação de um dano causado, sendo que, para a sua incidência, pressupõe-se a existência de conduta, dano e nexo de causalidade, que são elementos essenciais. Eventualmente, exigir-se-á a culpa, que se trata de um elemento acidental. A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva, sendo que, no primeiro caso, exige-se a comprovação de culpa ao passo que, na segunda hipótese, a sua caracterização independe da verificação de culpa do agente.

Nesse sentido, o presente estudo buscou analisar a responsabilidade civil do Estado, por omissão, delimitando para as exceções em que se manifesta a responsabilidade objetiva por omissão por parte do Estado, com base na chamada teoria do risco criado.

Isso porque, a responsabilidade do Estado, nessas situações omissivas de risco criado, se dá em decorrência do dever de custódia por parte do Poder Público, posto que este deveria ser diligente em vista do entendível risco diferenciado quanto à pessoa.

Para tanto, o que deve ser comprovado é que a ocorrência da falha estatal se deu em razão da circunstância de custódia, materializando, pois, o que se denomina de fortuito interno, o qual se baseia na ideia de que, se não fosse a situação de custódia, o dano não teria ocorrido.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel. **Manual de direito civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronnny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. Salvador. Juspodivm, 2016.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 30. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2018.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE; João. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUZA, José Franklin de. **Responsabilidade civil**: causas de exclusão. Leme: Mizuno, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2018.

Recebido em: 19/03/2020 / Aprovado em: 10/06/2020