

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
POLO DE TAPEJARA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA
MODALIDADE EAD**

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR
ACIDENTES DE TRÂNSITO CAUSADOS PELAS MÁS
CONDIÇÕES DAS VIAS**

MONOGRAFIA DE ESPECIALIZAÇÃO

Gisele Fontana

Santa Maria, RS, Brasil

2013

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ACIDENTES DE TRÂNSITO CAUSADOS PELAS MÁIS CONDIÇÕES DAS VIAS

Gisele Fontana

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Gestão Pública/Modalidade EAD, da Universidade de Santa Maria (UFSM,RS), como requisito parcial para a obtenção do grau de **Especialista em Gestão Pública**

Orientador: Prof. Dr. Luis Felipe Dias Lopes

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

FOLHA DE FICHA CATALOGRÁFICA /DADOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

© 2013

Todos os direitos autorais reservados a Gisele Fontana Tal. A reprodução de partes ou do todo deste trabalho só poderá ser com autorização por escrito do autor.

Endereço: Avenida Porto Alegre 50 Centro CEP 999650-000 – Água Santa-RS

Fone: (54)3348-1185 End. Eletr: gysynh@hotmail.com

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Polo de Tapejara
Curso de Especialização em Gestão Pública
modalidade EAD**

**A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Monografia de Especialização**

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ACIDENTES DE
TRÂNSITO CAUSADOS PELAS MÁ CONDICÕES DAS
VIAS**

elaborada por

Gisele Fontana

como requisito parcial para obtenção do grau de

Especialista em Gestão Pública

COMISSÃO EXAMINADORA:

Luis Felipe Dias Lopes, Dr.
(Presidente/Orientador)

Gilnei Luiz de Moura Dr. (UFSM)

Vania Medianeira, Dr. (UFSM)

Santa Maria, 27 de setembro de 2013

AGRADECIMENTO

Quero agradecer a todo que se fizeram presente, para que fosse possível a realização deste trabalho.

A Deus, pelas conquistas, nas quais foram de extrema importância para o meu aprendizado.

Aos meus professores, tutores e colegas de sala.

Aos meus pais, um agradecimento fraterno e caloroso.

Aos meus amigos um eterno abraço.

Ao meu Orientador e Mestre: Luis Felipe Dias Lopes.

Com muito carinho e agradecimento de coração,

RESUMO

Monografia de Especialização
Curso de Especialização em Gestão Pública
Modalidade EAD
Universidade Federal de Santa Maria

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ACIDENTES DE TRÂNSITO CAUSADOS PELAS MÁIS CONDIÇÕES DAS VIAS

AUTORA: GISELE FONTANA

ORIENTADOR: LUIS FELIPE DIAS LOPES

Data e Local de Defesa: Santa Maria, 11 de outubro de 2013

O presente estudo consiste na análise acerca da responsabilidade do Estado em acidentes de trânsito causados pelas más condições das pistas em decorrência da falta de serviço ou da omissão do mesmo em manter as vias conservadas, sem buracos, depressões ou falta de sinalização adequada. Para tanto, serão analisados dois posicionamentos que divergem tanto na doutrina como na jurisprudência, quais sejam, a aplicação da responsabilidade objetiva, regida pela teoria do risco administrativo, com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a qual não exige qualquer prova de culpa ou demonstração da falta de serviço estatal, bastando apenas a existência do nexos de causalidade entre o comportamento do Estado e o dano sofrido pela vítima, ou ainda a aplicação da responsabilidade subjetiva regida pela teoria da culpa administrativa, sendo necessário para configuração de tal teoria que o lesado demonstre que o Poder Público não funcionou, funcionou mal ou atrasado, quando tinha o dever legal de agir. Entretanto, ver-se-á que a responsabilidade estatal pode ser excluída de forma total ou parcial, bastando ocorrer uma das causas excludentes de responsabilidade para eximir a Administração Pública do dever indenizatório. Nesse passo, destaca-se que para o desenvolvimento da presente pesquisa bibliográfica será utilizado o método dialético, o qual se encontra mais apropriado à compilação da presente pesquisa.

Palavras-Chaves: Acidente de Trânsito; Estado; Omissão; Responsabilidade objetiva; Responsabilidade subjetiva.

ABSTRACT

Monograph of expertise
Specialization course in Public Management
EAD modality
Federal University of Santa Maria

PUBLIC ADMINISTRATION AND TRAFFIC ACCIDENTS CAUSED BY BAD CONDITIONS OF PUBLIC ROADS / RS

AUTORA: GISELE FONTANA
ORIENTADOR: LUIS FELIPE DIAS LOPES
Date and place: Santa Maria, October, 11, 2013.

The present study is the analysis about the responsibility of the state in traffic accidents caused by poor condition of the tracks because of the lack of service or the omission of even keeping the highways maintained without holes, depressions or lack of adequate signage. For this, we analyzed two positions that differ both in doctrine and in jurisprudence, namely, the application of strict liability, governed by the theory of administrative risk, based on Article 37, § 6 of the Federal Constitution, which requires no proof of guilt or demonstration of the lack of state service, just by the existence of a causal link between the State's conduct and the harm suffered by the victim, or the application of subjective responsibility governed by the theory of fault management, configuration is necessary for such theory that the victim prove that the Government did not work, malfunctioned or late, when he had a legal duty to act. However, it will see that the State liability can be excluded, in whole or in part, simply place one of the causes of exclusive responsibility to relieve the government of the indemnity obligation. In this step, it is emphasized that the development of this literature will be used the dialectical method, which is more appropriate to the compilation of this research.

Key-Words: Traffic Accidents; State; Omission; Objective responsibility; Subjective responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	13
2 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	13
2.1 Responsabilidade do Estado segundo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal	15
2.2 Teorias publicistas	15
2.2.1 Responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa administrativa	16
2.2.2 Responsabilidade objetiva ou teoria do risco administrativo	19
1.2.3 Teoria dos risco integral	21
1.3 Do nexo de causalidade existente entre a conduta e o resultado	22
1.3.1 Teorias aplicadas ao nexo causal	23
1.3.2 Teoria da equivalência dos antecedentes	23
1.3.3 Teoria da causalidade adequada	24
1.3.4 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado	25
1.3.4.1 Da culpa da vítima, exclusiva ou concorrente	25
1.3.4.2 Fato de terceiro	27
1.3.4.3 Caso fortuito e Força maior	28
3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....
2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS OU PELA FALTA DE SERVIÇO	30
2.1 Responsabilidade subjetiva do Estado por condutas omissivas	30
2.2 Responsabilidade objetiva do Estado por condutas omissivas	32
2.3 Responsabilidade do Estado por condutas lícitas e ilícitas	36
3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ACIDENTES DE TRÂNSITO CAUSADOS PELAS MÁS CONDIÇÕES DAS VIAS	40
3.1 Do direito ao trânsito em condições seguras.....	40
3.2 Responsabilidade subjetiva do Estado pelos acidentes de trânsito causados pelas más condições das vias	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem a obrigação de fornecer a todos os cidadãos um trânsito em condições seguras, ou seja, em perfeito estado de trafegabilidade. No entanto, em diversas vezes é omissa ou presta serviços de forma deficiente, o que pode causar acidentes automobilísticos, possivelmente ocasionados pelos defeitos existentes nas pistas como, por exemplo, depressões, buracos, falta de sinalização ou sua colocação inadequada ou incorreta.

Essa omissão estatal tem sido objeto de embates tanto na doutrina como na jurisprudência, haja vista que diversas teorias vem sendo aplicadas, no sentido de encontrar uma solução viável para resolução do problema. Dentre as mais relevantes encontram-se a teoria do risco administrativo, de natureza objetiva, a teoria da culpa administrativa, de natureza subjetiva.

Para tanto, ver-se-á que o artigo 37, § 6, da Constituição Federal de 1988, acolheu a responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade de risco administrativo, tanto por atos comissivos como por atos omissivos, incumbindo inclusive as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, o dever de arcar com os prejuízos que causarem a terceiros.

Assim o presente estudo buscará responder as indagações acerca da responsabilidade da Administração Pública, em acidentes de trânsito causados pelas más condições das vias, principalmente no que tange aos atos omissivos. Para isso, há que se examinar dois posicionamentos que divergem, sendo que de um lado se encontra a natureza subjetiva, utilizando-se da teoria da culpa administrativa, a qual questiona a falta de serviço como fato gerador da obrigação de reparar o dano. De outra banda, encontra-se a natureza objetiva, não exigindo qualquer falta de serviço, nem a culpa de seus agentes, basta que o lesado demonstre a relação de causalidade entre a ação e o dano sofrido pelo administrado. Ressalta-se que, na responsabilidade objetiva, é admitido que a Administração Pública demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a obrigação. Importante destacar também que, essa teoria busca amparo no art. 37 § 6º da Constituição Federal.

Então, diante do exposto, pode-se dizer que, o problema de pesquisa ou a pergunta que delimita o presente estudo é: O Estado tem o dever de indenizar a

vítima sofredora de acidente de trânsito, que teve como causa às más condições das vias, sem que a mesma necessite demonstrar a culpa do Poder Público, de maneira que, seria imputando a este a responsabilidade objetiva, a qual não exige a comprovação da falta de serviço quando tinha o dever legal de agir.

Nesse aspecto, como o presente estudo é de extrema relevância, tanto social como científica, buscar-se-á no desenvolvimento do mesmo a maneira mais equilibrada para solução dos questionamentos que surgem referentes ao assunto, quais sejam, a aplicação da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo ou a aplicação da responsabilidade subjetiva, baseada na teoria da culpa administrativa. Destaca-se que, para primeira hipótese é descartada a demonstração da culpa ou da falta de serviço do Estado, para que o mesmo seja obrigado a indenizar a vítima sofredora do dano. O contrário ocorre no segundo caso, posto que, para a caracterização da referida responsabilidade subjetiva é imprescindível o exame da culpa como fato gerador da obrigação de reparar os possíveis danos advindos da omissão estatal.

Atualmente ocorrem muitos acidentes de trânsito, e estes em muitas vezes tem como principal causa a má conservação das vias públicas, seja pela existência de buracos, falta de sinalização adequada entre outros fatores. Dessa forma, o presente estudo tem o objetivo principal de tentar esclarecer se a responsabilidade de acidentes de trânsito causados pelas más condições das vias públicas cabem ao estado, através da pesquisa bibliográfica verificando qual a solução mais viável a ser aplicada ao problema.

Para tanto, foram analisados dois posicionamentos que divergem, sendo que, após a pesquisa considera-se qual das alternativas se apresenta mais viável para ser aplicada na prática.

No que tange aos posicionamentos divergentes, os quais foram objeto da pesquisa, pode-se citar a aplicação da responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado em acidentes de trânsito que tem como causa as más condições das vias públicas. Para tanto, foram feitos questionamentos quanto aplicação da teoria do risco administrativo e a teoria da culpa administrativa.

Caso se entenda que a melhor opção para solucionar o impasse seja à aplicação da teoria do risco administrativo, será gerado ao Estado o dever de indenizar a vítima sem qualquer análise de culpa da mesma.

Todavia, se o entendimento for pela aplicação da teoria da culpa administrativa, será necessário que, a vítima sofredora de prejuízos comprove que existe um liame de causalidade entre a conduta culposa e o dano.

Assim, optando-se pela divisão de assuntos em três capítulos, no primeiro far-se-á uma explanação sobre a responsabilidade do Estado segundo artigo 37, § 6, da Constituição Federal de 1988. Relatar-se-á ainda, sobre as teorias publicistas, quais sejam, a teoria da culpa administrativa sob modalidade de responsabilidade subjetiva, a teoria do risco administrativo sob modalidade de responsabilidade objetiva e a teoria do risco integral, sendo essa uma modalidade extremada da doutrina do risco administrativo. Para tanto, abordar-se-á também, as características das referidas teorias, juntamente com a necessidade da demonstração do liame de causalidade entre o comportamento da Administração e os danos causados a terceiros. Além disso, analisar-se-á as causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade do Estado.

Por sua vez, o segundo capítulo faz diligência acerca da aplicação da responsabilidade subjetiva ou aplicação da responsabilidade objetiva nos casos onde há ocorrência da omissão estatal, referindo em seguida sobre a responsabilidade do Poder Público no que tange as suas condutas lícitas e ilícitas.

Vistos os tópicos elencados, discorre-se no terceiro capítulo do trabalho, sobre o dever do Poder Público em proporcionar á todos os cidadãos um trânsito em condições seguras, ou seja, em perfeito estado de trafegabilidade, mantendo as pistas conservadas, sem depressões, valas ou falta de sinalização adequada. Ainda, nessa terceira parte do estudo questionar-se-á acerca do acolhimento doutrinário e jurisprudencial da responsabilidade subjetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, pelos acidentes de trânsito causados pelos defeitos existentes nas pistas.

Utilizar-se-á para o aporte do presente panorama, o método dialético, o qual se mostra mais apropriado à compilação do saber jurídico em questão, sendo desenvolvido por meio de levantamentos bibliográficos divergentes no que tange a identificação do problema, disposições estabelecidas em lei, sínteses de textos, sistematização de idéias e análise crítica do tema que se analisa.

Como visto, o tema é certamente de grande importância para a sociedade e para o Direito Brasileiro atual, posto que, sempre é importante obter certos esclarecimentos no que se refere à aplicação da responsabilidade objetiva ou

subjativa ao Estado por atos omissivos que venham a ocasionar acidentes de trânsito por defeitos nas vias, seja pela má conservação ou pela ausência de fiscalização na sua manutenção.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICO - CONCEITUAL

Salienta-se que a divergência doutrinária existe, e para provar tal afirmação é importante destacar a ideia dos doutrinadores que se põem a favor da responsabilidade objetiva:

A respeito da interpretação desse assunto Hely Lopes Meirelles assim previu:

Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de zelar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da missão do agente público naquela vigilância. [...] Todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é responsável pela Fazenda Pública, sem indagar se provem do *jusimperii* ou do *jus gestionis*, uma vez que ambos são formas de atuação administrativa. (2005, p.650).

Para melhor interpretação da hipótese relatada pelo referido autor, imprescindível faz-se destacar que o mesmo apoia a tese de que o Estado deve ser responsabilizado objetivamente pelo fato ocorrido diante de uma omissão, posto que, assumiu o compromisso e, dessa forma, incide a responsabilidade objetiva.

Odete Medauar, no que tange a responsabilidade objetiva do Estado destaca que:

Informada pela Teoria do Risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha não mais se invoca o dolo ou a culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da administração. Deixe-se de lado para fins de ressarcimento do dano o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude da conduta, o questionamento do bom ou do mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir (2000, p. 430).

Diante das palavras da autora, conclui-se que o Estado tem responsabilidade objetiva, tendo em vista que não devem ser invocados o dolo e a culpa quando ocorrer falha da administração tendo o Estado o dever de indenizar a vítima que sofreu prejuízos.

Feitas tais considerações e expostos os posicionamentos favoráveis à aplicação da responsabilidade objetiva, é importante analisar também os posicionamentos contrários ao exposto acima.

Lúcia Valle Figueiredo se opõe a corrente anteriormente exposta, defendendo a tese da responsabilidade subjetiva por danos decorrentes de atos omissivos do Estado, dando como sustentação o que segue:

Assim é porque, para configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar na hipótese da omissão, se era de se esperar a atuação do Estado. Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se a atuação teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço. Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve “*faute de service*”. É dizer, não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente. (1994, p. 172).

Segue com o mesmo entendimento Celso Antonio Bandeira de Mello, qual expõe que:

Tratando-se da omissão do Estado, não há como aplicar-se responsabilidade objetiva. Ora, se a causa do dano foi a inação do Estado, devemos primeiramente provar que a ele incumbia o dever de agir, porque se não devia agir, não pode ser responsabilizado. Ora, se há necessidade de provar que foi negligente, o que caracteriza a culpa, ou teve uma atitude intencionalmente voltada a permitir que o dano se produzisse, o que caracteriza o dolo. Culpa e dolo são justamente modalidade de responsabilidade subjetiva (199, p. 624).

Mello (1999) em defesa de sua tese argumenta que em minutos casos de comportamentos omissivos do Estado, pode até ser presumida a culpa, entretanto, o fato não transmuda a natureza da responsabilidade, posto que a presunção de culpa é responsabilidade subjetiva.

Ainda, Maria Silvia Zanella Di Pietro expõe que “[...] a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute de service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de missão do Poder Público. (2003, p. 531)”.

Diante dos posicionamentos aqui expostos, pode-se identificar que existem pontos controvertidos a respeito do assunto, para tanto no decorrer dos estudos concluiremos qual é solução mais viável para resolver o problema proposto.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente estudo constitui-se como uma pesquisa bibliográfica, pois através de um estudo bibliográfico aprofundado, com leituras, sínteses e citações de autores será possível promover considerações sobre o tema escolhido.

Pode-se dizer ainda que, a mencionada pesquisa é qualitativa, pois em princípio não utilizar-se-ão instrumentais estatísticos na análise de dados, de maneira que os estudos qualitativos têm como preocupação básica o mundo empírico em seu ambiente natural. (ZANELLA, 2009).

Imprescindível esclarecer que, o esforço inicial da pesquisa, envolverá uma fase exploratória, tendo em vista que, ainda não existe uma pesquisa planejada e definida. Segundo Gil (2007), citado por Zanella (2009), a pesquisa exploratória tem a finalidade de ampliar o conhecimento a respeito de um determinado fenômeno, explora a realidade buscando maior conhecimento, para depois planejar uma pesquisa descritiva.

3.1 Delineamento e definição de termos

Feitas tais considerações, importante tratar sobre a construção das variáveis de investigação, as quais foram apresentadas de forma descrita, por se tratar de pesquisa qualitativa que tem como objetivo principal de tentar esclarecer se a responsabilidade de acidentes de trânsito causados pelas más condições das vias públicas cabem ao estado, através da pesquisa bibliográfica verificando qual a solução mais viável a ser aplicada ao problema.

3.2 Coleta e análise de dados

No que tange a coleta de dados, pode-se dizer que os mesmos foram coletados através da pesquisa bibliográfica, a qual se fundamenta a partir do conhecimento disponível em fontes bibliográficas, principalmente em livros e artigos científicos. Koche (1997), apud Zanela (2009).

A coleta de dados foi realizada também por pesquisa documental. Segundo Zanella (2009) a pesquisa documental é semelhante à pesquisa bibliográfica, e se utiliza de fontes documentais, isto é, fontes de dados secundários.

Ainda, no que tange aos dados, os mesmos foram utilizados como dados secundários, tendo em vista que foram buscados em fontes indiretas ou bancos de dados. Ademais, foram utilizadas bibliografias de diversos autores, para proporcionar esclarecimento dos questionamentos que surgirem a respeito da futura pesquisa bibliográfica. Para maior compreensão, importante mencionar que, os dados secundários são àqueles que, já foram coletados para objetivos que não os do problema em pauta.

4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

No presente capítulo tratar-se-á da responsabilidade do Estado segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sobre as teorias que cercam essa responsabilidade, juntamente com suas características e requisitos necessários para possível aplicabilidade. Em continuidade ao trabalho de pesquisa, abordar-se-á também as causas excludentes da responsabilidade do Estado, mediante a ausência do liame de causalidade entre a atividade da Administração e o dano sofrido pela vítima.

4.1 Responsabilidade do Estado segundo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal

O ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1946 adotou a teoria da responsabilidade objetiva para a responsabilização do Estado, dispondo em seu artigo 194 que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros”. E pelo parágrafo único estabelecia que “caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

E, como bem refere Di Pietro (2003), na Constituição Federal de 1967 é repetida a norma no art. 105, porém acrescentando no Parágrafo Único que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo. E, pela Carta de 1969, chamada de Emenda 1 (um), à norma foi mantida no art. 107.

Assim, com análise destes dispositivos, pode-se dizer que uma vez implantada a responsabilidade objetiva do Estado no texto constitucional brasileiro, de lá não foi retirada. Para cimentar essa afirmação, importante observar o que disserta, Cavalieri Filho (2006, p. 256):

Destarte, a partir da CF de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita de culpa, mas, tão-somente, da relação de causalidade. Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será, perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima de serviço. O dever de indenizar de a administração opor-se a por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos.

Pelo entendimento do referido autor, no que tange aos citados dispositivos constitucionais, consagrou-se a responsabilidade estatal objetiva, posto que toda atividade do Estado é exercida em benefício da coletividade, devendo o mesmo suportar o ônus sem ser cogitada a culpa de seus agentes, bastando assim, a existência do dano para que decorra o dever indenizar.

Meirelles (2002), no que tange a Constituição Federal de 1988, comenta que essa também seguiu a mesma linha das anteriores, deixando de lado a teoria subjetiva, pontificando a responsabilidade objetiva do Estado em seu artigo 37, § 6º. Veja-se o que dispõe o citado artigo:

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

§ 6 As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadores de serviço públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ainda, em comentário ao supramencionado artigo, Meirelles (2002) expõe que chega-se a conclusão de que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e também para seus desmembramentos administrativos o dever de ressarcir o prejuízo causado a terceiros por seus servidores, não indagando a culpa no cometimento da lesão.

Na mesma linha de raciocínio, Medauar (1999, p. 403) ensina que “a responsabilidade do Estado, fundamentada pela Teoria do Risco Administrativo, se apresenta hoje na grande maioria dos ordenamentos jurídicos regidos pela responsabilidade objetiva do Estado, trazendo o sentido de igualdade para todos, ante os ônus e encargos deste, e o próprio sentido de justiça (equidade)“. Acrescenta ainda, que como nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, melhor são assegurados os direitos da vítima através da aplicação da responsabilidade objetiva do Estado.

A Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como relatora a desembargadora Agathe Elsa Schimidt da

Silva¹, se posiciona no mesmo sentido, acolhendo a responsabilidade objetiva do Estado.

Todavia, para Mello (2002, p. 673), apoiado nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, deve ser aplicada a teoria subjetiva no que diz respeito ao art. 37, § 6°. Comenta que nas hipóteses cogitadas no referido artigo, o Estado não pode ser considerado aquele que causa o dano, posto que sua insuficiência poderia ser uma das condições do dano e não a causa deste. Continua afirmando que um resultado é gerado de forma positiva quando existe uma causa, diferente de condição, que é um evento que não existiu, sendo que teria impedido o resultado caso tivesse ocorrido.

Ainda, no que se refere à responsabilidade do Estado, mister destacar que foram feitos desdobramentos administrativos do mesmo, quando da prestação dos serviços públicos.

Salienta Cavalieri Filho (2006,), que às pessoas jurídicas de direito público, envolvendo União, Estados, Municípios, Distrito Federal e as autarquias, são regidos pela responsabilidade objetiva, no entanto, até o advento da CF de 1988 não estavam sujeitas a essa responsabilidade os entes da administração indireta, sendo eles empresas públicas e sociedades de economia mista, e nem as concessionárias e permissionárias de serviço público..

A respeito do referido assunto, Meirelles (2003, p. 627) assim previu:

Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídos da aplicação desse princípio *as pessoas físicas e as pessoas jurídicas* que exerçam funções públicas delegadas, sob forma de entidades paraestatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. Todavia, evoluímos no sentido de que também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, [...], não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua extrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o poder público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.

¹ Apelação cível e reexame necessário. Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Responsabilidade Objetiva. Ausência de sinalização. A responsabilidade do Município é objetiva, nos termos do art. 37, § 6°, da Constituição Federal, do qual somente nos exime o agente imputado pelo fato, demonstrando culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Estabelecido o nexo de causa e efeito entre a ausência de sinalização, indicando a existência de vala na margem da via pública, resta evidenciada a responsabilidade do ente público em ressarcir os danos causados no veículo da autora. A mera impugnação ao orçamento, sem prova concreta a ampará-la, não pode ser acolhida. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2005).

Dessa forma, o autor posiciona-se no sentido de que, como as empresas concessionárias de serviços públicos gozam da condição de pessoas jurídicas interpostas da Administração Pública, lícito supor que a elas igualmente, foram impostos os mesmos critérios de responsabilização preceituados pelo artigo 37, §6º, da Lei Maior.

Corroborando com os ensinamentos acima, Sérgio Cavalieri Filho afirma ainda que importantes doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, também defendem a responsabilidade objetiva, no que concerne às pessoas jurídicas de direito privado participantes da administração indireta, sendo como concessionários ou como permissionários de serviços públicos. Acrescenta que os referidos autores tinham uma boa justificativa para referida extensão, ao defender a tese de que quem tem o bônus deve suportar o ônus, ou seja, quem participa da administração, prestando serviços deve suportar seus riscos. (2006, p. 264).

No mesmo contexto, Cahali (apud, MEDAUAR, 1999, p. 406) acentua que as pessoas jurídicas de direito privado não englobadas na Administração devem ser separadas, estando de um lado as concessionárias permissionárias de serviço público e detentoras de autorização de prestação de serviço, e de outro lado as que mantêm com o Estado contrato de prestação de serviço ou de obra pública, sendo que no primeiro caso, deve incidir a responsabilidade objetiva, ficando a mira do direito privado os prejuízos advindos de outras atividades.

Zimmer Júnior (2007, p. 225) também é pontual em sua explicação referente ao assunto. Veja-se:

A Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, define que as pessoas jurídicas de Direito Público e as pessoas jurídicas de Direito Privado deverão responder pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. As pessoas de Direito Público englobam a União, os estados, os Municípios, o Distrito Federal, os territórios, as autarquias, as fundações e os consórcios públicos (associações públicas), enquanto que as pessoas jurídicas de Direito Privado estão representadas pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista que prestam serviço público (excluindo as que exercem atividade econômica em sentido estrito) além das concessionárias e permissionárias.

Dessa forma, extrai-se das palavras do autor, a idéia de que o Estado não responde somente por danos causados pelos seus agentes, mas também é

responsável por prejuízos advindos daquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviço ao Poder Público.

Dando continuidade a análise do § 6º, imprescindível destacar o significado da expressão “agente”, muito utilizada até o presente momento. Destaca-se que o termo veio substituir do texto constitucional a palavra funcionário. Troca adequada na opinião de Sérgio Cavalieri Filho, visto que “o termo não era apropriado porque funcionário em seu sentido técnico é somente aquele que ocupa cargo público, sujeito a regime estatutário”. E arremata que, “[...] o termo empregado em sentido amplo, para indicar servidor ou agente público, em caráter permanente ou transitório”. (ZIMMER JÚNIOR, 2006, p. 257).

No mesmo sentido, Medauar (1996) expõe que esse vocábulo é coberto de grande amplitude, e abrangência, no que se refere às entidades integrantes da administração, as pessoas que mesmo de modo transitório, realizam funções públicas.

Por fim, com o exame do referido dispositivo constitucional, pode-se dizer que o constituinte estabeleceu para as entidades estatais e para seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus agentes, englobando, para fins de responsabilidade civil, todos aqueles encarregados da realização de algum serviço público.

4.2 Teorias publicistas

Como bem ensina Mello (2002, p. 932), o reconhecimento da responsabilidade do Estado deu-se pelo famoso *arresto blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 01.02.1983. Explica o autor, que nele a responsabilidade do Estado não foi fixada nem de modo geral nem de modo absoluto, todavia, a partir daí teve início um processo de atrelamento da questão da responsabilidade estatal aos chamados princípios de Direito Público.

Destarte, afasta-se a aplicabilidade das normas de Direito Civil para que estas dêem lugar aos princípios, regras e peculiaridades próprias do Direito Público e Administrativo.

Neste sentido, como leciona Di Pietro (2003) a evolução das teorias acima mencionadas, passaram pelas idéias da culpa administrativa, do risco administrativo

e do risco integral, todas identificadas pela responsabilidade objetiva da Administração Pública, porém, com fundamentos diferenciados no que tange a sua aplicação.

Por isso, importante observarmos de maneira mais aprofundada tais teorias, para verificar a que mais se enquadra no Direito Administrativo Brasileiro.

2.2.1 Responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa administrativa

Meirelles (2002, p. 619) explicita que "pela teoria da culpa administrativa, a obrigação do Estado de indenizar decorre da ausência objetiva do serviço público em si. Não se trata de culpa do agente público, mas de culpa especial do Poder Público, caracterizada pela falta de serviço". Cabe à vítima comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento. Representa o estágio de transição entre a doutrina da responsabilidade civilística e a tese objetiva do risco administrativo.

Assim, pode-se dizer que também está correto o entendimento de Maria Sylvia Di Pietro ao afirmar que "a teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário". (2003, p. 527).

Sobre o exposto, importante observar ainda o que preleciona Stocco (1999, p. 504) a respeito da teoria da culpa administrativa.

Consiste a responsabilidade subjetiva na obrigação do Estado em indenizar em razão de um procedimento contrário ao Direito, natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando deveria assim proceder.

E, o autor afirma ainda que a falta de serviço, causada pelo mau funcionamento do Estado é o suficiente para configurar a responsabilidade do mesmo pelos danos daí advindos em desfavor dos administrados.

Registra-se que da teoria da culpa, sobressaem os seguintes elementos: a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Dessa forma, cumpre referir que para Mello (2002, p. 844) a responsabilidade subjetiva gira em torno do dever de indenizar atribuído a alguém em razão do

procedimento adverso ao direito, sendo culposos ou dolosos. O mesmo autor, acrescenta que a falta de serviço se dá no momento que o Estado não funciona ou funciona mal e atrasado quando devia funcionar. Do raciocínio do autor, conclui-se então, que quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou) é de se aplicar à teoria da responsabilidade subjetiva.

Segue no mesmo entendimento Mello (1974, p.482), posto que para ele a responsabilidade subjetiva do Estado se dá quando “em atuando o agente público com culpa ou dolo responde o Estado pelos seus atos culposos ou dolosos, se no exercício da suas atividades que lhes são próprias, e causando dano a terceiro, por lhe serem imputados”.

Mister acentuar então, que a responsabilidade por falta do serviço ou “*faute du service*” entre os franceses, como traduz Mello (2002, p. 845): “não é de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva”, mas sim responsabilidade subjetiva, posto que é baseada na culpa ou dolo como já referido. Corroborando com o assunto, vale citar o que fala Cavalieri Filho (2006, p. 277) sobre responsabilidade subjetiva:

[...] Resta, ainda espaço, todavia, para responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados – fatos de terceiros e fenômenos da Natureza - , determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na *culpa anônima ou falta de serviço*, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente.

Nota-se, que no entendimento do referido autor o Estado está obrigado a indenizar a vítima, quando agiu de maneira insuficiente ou simplesmente não agiu, caracterizando uma conduta culposa ou dolosa.

Ainda no que diz respeito à culpa da administração, pelo entendimento de Mello (2002, p. 846), a vítima é obrigada a demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, salienta que o argumento de que a falta de serviço é fato objetivo, por corresponder a uma atitude abaixo dos padrões normais devidos pelo serviço, também não ampara aqueles que querem caracterizá-la como hipótese de responsabilidade objetiva.

Assim, conclui o ilustre doutrinador que há responsabilidade subjetiva quando, para caracterizá-la, é preciso que a conduta geradora do dano esteja ligada ao

comportamento proibido ou ao empenho fora dos padrões normais de tal forma que o direito seja infringido.

A jurisprudência também tem firmado entendimento no sentido de que, em caso de invocada omissão ou “falta de serviço”, a responsabilidade do ente público será subjetiva, devendo ser comprovada, portanto, a culpa do mesmo. Veja-se:

Recurso Especial. DNER. Responsabilidade civil por acidente causado em rodovia federal. Legitimidade passiva. Omissão do estado. Responsabilidade subjetiva. Má conservação da rodovia federal. Culpa da autarquia. [...]. Precedentes. O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER é legítimo para figurar no pólo passivo da presente demanda, em que se discute o cabimento de indenização por danos morais à esposa de vítima falecida em decorrência de acidente de trânsito em rodovia federal. A referida autarquia federal é responsável pela conservação das rodovias federais e pelos danos causados a terceiros em decorrência de sua má preservação. No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, “se o Estado não agiu, não pode logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo” (“Curso de direito administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 855). Na espécie, a Corte de origem e o Juízo de primeiro grau concluíram, com base no exame acurado das provas dos autos, que o acidente que levou à morte da vítima foi provocado por buracos na rodovia federal, que levaram ao esvaziamento dos pneus do veículo acidentado e o conseqüente descontrole de sua direção. Dessa forma, impõe-se a condenação à indenização por danos morais ao DNER, responsável pela conservação das rodovias federais, nos termos do Decreto-lei n. 512/69. Com efeito, cumpria àquela autarquia zelar pelo bom estado das rodovias e proporcionar satisfatórias condições de segurança aos seus usuários [...]. (CEARÁ, STJ, 2004).

Assim, conclui-se que, para que o Estado seja responsabilizado subjetivamente não bastará a simples comprovação da relação causal entre o ato relacionado à prestação estatal e o dano suportado pelo administrado. É condição *sine qua non* que seja demonstrada a culpa do agente, ou seja, que o mesmo atuou com negligência, imprudência ou imperícia.

4.2.2 Responsabilidade objetiva ou teoria do risco administrativo

Meirelles (2002, p. 619), assevera que pela responsabilidade objetiva ou teoria do risco administrativo basta tão só o ato lesivo e injusto imputável à

Administração Pública. Não se indaga da culpa do Poder Público mesmo porque ela é inferida do ato lesivo da Administração.

Assim, pode-se dizer que a teoria do risco administrativo subtrai para fins de averiguação de procedência, ou não, da responsabilização estatal, a necessidade do elemento subjetivo, qual seja, culpa ou dolo. Sobre tal teoria Stocco (1999, p. 506) afirma que “para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano”.

Lazzarini (1999, p. 443) segue a mesma linha de raciocínio, dizendo que “o Estado responde, objetivamente, sempre que demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e a atividade funcional do agente estatal”.

Por conseguinte, não há que se perquirir a culpa da Administração ou de seus agentes, basta que o lesado demonstre a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado, que conseqüentemente o Estado, que á todos representa, deverá os ônus da sua atividade.

Importante destacar também, que no que se refere à teoria do risco administrativo, Cavalieri Filho (2006, p. 252-253) disserta que a mesma consiste em impor ao Estado a responsabilidade do risco criado pela sua atividade administrativa. Afirma que esta teoria está ligada ao princípio da igualdade das pessoas frente aos encargos públicos, entendendo que é uma maneira democrática de dividir os ônus por todos os indivíduos que se beneficiam da atividade da administração pública.

Referente à responsabilidade objetiva ou teoria do risco administrativo, convém mencionar a idéia de Meirelles (2002, p. 619), onde relata que tal teoria se baseia no risco que a atividade pública gera aos seus administrados, e para compensar essa diferença individual, que a própria administração cria, os outros integrantes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano por meio do erário, representado pela Fazenda Pública.

Dessa forma, acredita-se que a Administração Pública pode gerar riscos aos seus administrados, levando em conta o funcionamento normal ou anormal do Estado. Assim, partindo do pressuposto de que para a aplicação da teoria objetiva não deve ser questionada a culpa, é dever do Estado suportar os encargos da sua atividade, uma vez que é o representante da coletividade.

Corroborando com o assunto Sundfeld (2000, p. 182), disserta que:

Já no direito público, a responsabilidade é *objetiva*, independente de culpa. O Estado é obrigado a reparar os danos que cause, quer tenha agido contra o direito, quer tenha observado rigorosamente as normas jurídicas; em outras palavras: responde por atos lícitos e ilícitos. A responsabilidade por atos ilícitos deriva de seu dever de submissão à ordem jurídica. Já a responsabilidade por comportamentos lícitos decorre do princípio da igualdade. Pouco importa que o Estado tenha agido rigorosamente dentro dos parâmetros constitucionais e legais. Se causar um prejuízo a alguém, ao aplicar o direito, é porque este é indispensável ao atendimento de certo interesse público; seria contrário a isonomia um indivíduo suportar sozinho o prejuízo gerado no interesse de todos.

Assim, para ensejar a responsabilidade do Estado, com base na teoria do risco administrativo, basta a existência do prejuízo decorrente das atribuições do Poder Público e o nexo causal entre o desenvolvimento de tais atividades e o dano, bem como a não existência de causas que excluam tal responsabilidade.

Salienta-se, todavia, que conforme entendimento de Meireles (2002), a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova de culpa do Estado pelo dano causado ao administrado, permite que aquele demonstre, para fins de se eximir ou de atenuar o dever de indenizar, a culpa ou concorrência da própria vítima.

Impende frisar, que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, posto que esta é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo para justificar o dever de indenizar ainda que não haja nexo causal, razão pela qual não é utilizada na prática.

Por isso é que Meirelles (2002), ao expor seu pensamento sobre o assunto, diz que o risco administrativo não significa que necessariamente a Administração tenha o dever de sempre indenizar os danos sofridos pelo particular. Acrescenta que a vítima fica dispensada apenas da prova da culpa da Administração, sendo que está também poderá demonstrar que o lesado contribui para a ocorrência do evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximira em parte ou integralmente da indenização.

4.2.3 Teoria do risco integral

A teoria do risco integral é a modalidade mais extremada da doutrina. Segundo ela, a Administração Pública ficaria obrigada a reparar todo e qualquer dano suportado por terceiros, mesmo que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí

porque expõe Meirelles (2002, p. 620) “foi acoimada de “brutal”, pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza”.

Então se fosse admitida a teoria do risco integral no que tange à Administração Pública, pode-se dizer que esta ficaria obrigada a indenizar todo tipo de dano suportado pelo particular, mesmo que não decorrente da sua atividade, já que não poderia invocar as causas de exclusão do nexo causal, o que se reportaria a uma total iniquidade.

Dessa forma, pelo caráter extremo da teoria do risco integral, a mesma vem sofrendo fortes críticas, restando a ela poucos cultuadores e tendo sua aplicabilidade reduzida, porquanto, caso o fosse, geraria graves conseqüências aos postulados princípios não só do Direito Público, mas sim do ordenamento jurídico como um todo.

Meirelles (2002) afirma que a teoria do risco integral nunca teve amparo no ordenamento jurídico, mesmo que alguns tenham sustentado sua admissibilidade no texto das Constituições da República. Salaria ainda, que essa teoria se desagrega da doutrina que o Direito acolheu, sendo contrária à jurisprudência, que consagra a teoria do risco administrativo.

Assim, uma vez que não é adotada, esta teoria não mereceu mais cuidados da doutrina. Como exemplo da não aplicabilidade desta teoria, Cavalieri Filho (2006, p. 253-254) cita que pode ser utilizado o caso de um indivíduo que deseja cometer o suicídio. Com este intuito se atira em um automóvel da Administração Pública, que está de acordo com as normas de segurança estabelecidas para a via. Com base nesta teoria, o Estado, no caso do falecimento ou dano físico do indivíduo que sofreu o acidente, teria a obrigação de indenizar a família da vítima, pois com sua simples participação no evento danoso acarretaria sua responsabilidade patrimonial.

Portanto, assiste razão Di Pietro (2003, p. 528) ao dizer que as divergências são puramente terminológicas, no que se refere à escolha de uma teoria. Acrescentando que a maioria dos doutrinadores concorda que se trata de responsabilidade objetiva, sendo esta a responsável em examinar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem se preocupar se foi regular ou irregular.

4.3 Do nexos de causalidade existente entre a conduta e o resultado

Nexo causal é a relação ou liame entre a conduta culposa e o dano. Para que exista o dever de reparação do dano pelo Estado é necessário que esse tenha nascido da conduta. Não seria moral e nem jurídico que qualquer indivíduo fosse responsabilizado por dano que não deu causa, que adveio de conduta de terceiro ou da própria vítima, ou ainda, que é culpa de um fenômeno irresistível da natureza. Rodrigues (1999), acertadamente aponta que “é a própria lei que o exige”.

Cavaliere Filho (2006, p. 70) também expõe sua idéia sobre o referido assunto. Veja-se:

[...] Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado. E assim é por uma questão de lógica elementar: ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano [...].

Assim, pode-se dizer que não é suficiente que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, e muito menos que a vítima tenha sofrido um dano, é necessário também que exista entre ambos uma relação de causa e efeito.

Segundo Cavaliere Filho (2006), o conceito de nexos causal não é jurídico, visto que decorre das leis naturais. Afirma que este é um vínculo de causa e efeito entre a conduta e o resultado, sendo que a relação causal estabelece o liame entre um determinado comportamento e um evento, podendo concluir com base nas leis naturais se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano.

4.3.1 Teorias aplicadas ao nexos causal

Salienta-se que existem várias teorias que se dedicam na solução do problema “nexos causal”. Destarte duas merecem destaque, posto que alcançam grande importância prática. Sendo elas: Teoria da Equivalência dos Antecedentes e Teoria da Causalidade Adequada. Todavia, mister lembrar que nenhuma delas terá soluções prontas envolvendo o problema em tela, sendo que as mesmas darão um roteiro a seguir, [...] “o raciocínio lógico a ser desenvolvido na busca da melhor solução” conforme palavras de Sérgio Cavaliere Filho (2006, p. 71).

Acrescenta ainda o autor que sempre irá sobrar espaço para que o julgador explane sua criatividade, precavido quanto aos princípios da razoabilidade e da probabilidade da equidade e do bom senso.

4.3.2 Teoria da equivalência dos antecedentes

A teoria da equivalência dos antecedentes estipula que, existindo várias circunstâncias que possam ter dado causa ao prejuízo, qualquer delas poderá ser considerada eficiente. Porém, caso houvesse a eliminação de alguma, o resultado danoso não teria ocorrido. Cavalieri Filho assim escreveu:

Como o próprio nome diz, essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite a causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve. Por isso, essa teoria é também chamada de *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições. (2006, p. 72)

Pelo descrito acima, nota-se que por essa teoria não há nenhuma diferença entre a causa e a condição, tratando-as com equivalência e sem distinções, não havendo indagações referente a qual seria mais relevante.

Ainda, o doutrinador supramencionado relata que para descobrir se uma determinada condição é causa, basta extinguir mentalmente essa condição por um processo hipotético. Assim, caso o resultado desapareça a referida condição é causa, mas caso continue, não será. Acrescenta que essa teoria é mais utilizada no direito penal posto que o resultado não pode ser subdividido em partes. Todavia destaca que essa teoria é criticada por conduzir a uma exasperação da causalidade e uma regressão infinita do nexos causal, sendo que por ela teria que indenizar a vítima do atropelamento quem dirigia o carro, quem vendeu o veículo, quem fabricou e assim por diante.

4.3.3 Teoria da causalidade adequada

Para esta teoria, importante ressaltar que a causa deve ser apta a produzir o resultado danoso, excluindo-se, portanto, os danos decorrentes de circunstâncias extraordinárias, ou seja, o efeito deve se adequar à causa.

Para Cavalieri Filho (2006), essa teoria é a que mais se destaca entre todas aquelas que individualizam ou até mesmo qualificam as condições. Continua seu raciocínio explanando que causa é o antecedente necessário e adequado para a produção do resultado, porém nem todas as condições são causa, sendo somente aquela mais propícia a produzir o evento.

Varela (2010) apud Cavalieri (2006, p. 73) tem excelente exemplo que ilustra o acima afirmado:

Não basta que o fato tenha sido, *em concreto*, uma condição *sine qua non* do prejuízo. É preciso, ainda que o fato constitua, *em abstrato*, uma *causa adequada* do dano. Assim, prossegue o festejado Autor, se alguém retém *ilicitamente* uma pessoa que se apresentava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como *causa (jurídica) do dano* ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não teria se dado se não fora o fato ilícito. A idéia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de *causalidade adequada* entre *fato* e *dano* quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.

Portanto, estima-se que pela teoria da causalidade adequada deve-se buscar o antecedente imprescindível a existência do dano que, concomitantemente, guarda a mais estreita relação com este. É o que a doutrina chama de antecedente adequado, ou em outras palavras, o antecedente que guarda maior relação entre o dano e o ato, sendo está teoria que prevalece na órbita civil.

4.4 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado

Para ser configurada a responsabilidade civil do Estado, como dito acima, é necessário que se verifique sempre o nexos causal entre a ação ou omissão do Poder Público e o evento danoso. Caso outra atuação ou outro acontecimento,

provados pela Administração, levaram ao dano sem vínculo com a atividade administrativa, afirma Odete Medauar que “poderá haver isenção total ou parcial do ressarcimento”. (1999, p. 409).

Fortalecendo este entendimento, Di Pietro (2003) ensina que sendo a existência do liame de causalidade o embasamento da responsabilidade civil do Estado, esta irá deixar de existir ou incidirá atenuadamente quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver junto com outras situações.

Assim, conclui-se que as excludentes de nexos causal são causas de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. E de acordo com Cavalieri Filho (2006, p. 89) “ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro”.

4.4.1 Da culpa da vítima, exclusiva ou concorrente

O evento danoso pode vir em decorrência de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, sendo que na culpa exclusiva irá desaparecer a relação de causa e efeito entre aquele que causou o dano e o prejuízo que teve a vítima. Na culpa concorrente, a responsabilidade do Estado é atenuada, já que o evento danoso pode ser decorrente da culpa do agente e também da vítima.

Rodrigues (2002) com efeito relata que nos casos onde existe culpa exclusiva da vítima, o agente causador do dano é apenas um instrumento do acidente, e dessa forma não é correto falar em nexos de causalidade entre o ato e o prejuízo sofrido pela vítima.

No que se refere à culpa da vítima, Mello dispõe:

A culpa do lesado - freqüentemente invocada para elidi-la – não é, *em si mesma*, causa excludente. Quando, em caso de acidente de automóveis, demonstra-se que a culpa não foi do Estado, mas do motorista do veículo particular que conduzia imprudentemente, parece que se traz à tona demonstrativo convincente de que a culpa da vítima deve ser causa bastante para ilidir a responsabilidade estatal. Trata-se de um equívoco. Deveras, o que se haverá demonstrado, nessa hipótese, é que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o nexos causal. (2002, p. 865-866)

Percebe-se assim, que não há que se falar em responsabilidade do Estado, quando o mesmo não causou o evento danoso, uma vez que a conduta da vítima foi algo determinante para afastar a presença do liame de causalidade.

Também, se faz relevante a análise das palavras de Medauar (1999, p. 409-410) sobre o assunto, a qual relata que “se a vítima teve participação total no evento danoso, a Administração se exime completamente”, e acrescenta alguns exemplos, quais sejam, se a vítima dirige seu carro embriagada, ultrapassa sinal vermelho e atinge um automóvel oficial. Outro caso pode se dar caso o lesado desrespeita placa de advertência de perigo em alguma praia, arremessando-se para a água, afogando-se.

Salienta-se, que nos casos citados acima não há como responsabilizar o Estado, já que sequer contribuiu para o acontecimento dos eventos danosos.

No entanto, como sustenta Rodrigues (2002, p. 166), existem casos que a culpa da vítima é concorrente à culpa daquele que causou o dano, sendo que o evento danoso veio em decorrência do comportamento culposos de ambos. Acrescenta ainda que existindo o dever de indenização, esta será dividida entre os responsáveis.

Mello (2002, p. 866) relata ainda que certamente ocorrerão casos em que o evento lesivo seja gerado em ação conjunta do Estado e a vítima, sendo que ambos concorrem para a criação do resultado danoso, não havendo que se falar em causa excludente de responsabilidade estatal, mas sim, em atenuação da quantia a ser paga como indenização, que será repartida na proporção que for justa.

Na mesma linha de raciocínio, Medauar (1999, p. 409) afirma que “se o dano decorreu simultaneamente de conduta da vítima e da Administração, esta responde parcialmente”.

Dessa forma, conclui-se que em caso de concorrência de culpa, o julgador deve dividir a indenização, somente impondo ao Estado o ônus de reparar por metade o dano sofrido pela vítima, a qual irá arcar com a outra metade, ou seja, cada parte responde tão somente pelo prejuízo que provocou, no entanto, caso a referida culpa seja exclusiva da vítima, a Administração Pública se exime totalmente da obrigação.

4.4.2 Fato de terceiro

O terceiro pode ser qualquer indivíduo além do lesado e o responsável, ou seja, pessoa que não tem ligação com aquele que causou o dano e a vítima. (DIAS, apud, CAVALIRI FILHO, 2006, p. 90).

Então, pode-se dizer que a culpa de terceiro é causa excludente de responsabilidade estatal, posto que haverá uma quebra do liame de causalidade, já que o Poder Público não pode ser responsabilizado por um fato que não deu causa, sendo que esse raciocínio decorre de um princípio lógico, de que ninguém pode ser responsabilizado por qualquer ato que não cometeu ou para os quais não concorreu.

Salienta-se ainda, que Cavalieri Filho, (2003, p. 177-179) cita a responsabilidade do Estado por fato de terceiro e expõe que a Administração Pública poderá vir a ser responsabilizada por esses danos, se ficar provado que, por sua omissão ou atuação deficiente, concorreu para o evento danoso, deixando de adotar as providências devidas.

Na mesma linha de raciocínio Di Pietro (2003, p. 531) ensina:

A mesma regra se aplica quando se trata de atos de terceiros, como é o caso de danos causados por multidões ou por delinquentes; O Estado responderá se ficar caracterizado a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público [...]. **A culpa do serviço público**, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado

Pelo exposto, conclui-se que o fato de terceiro possui praticamente as mesmas características do próximo caso de excludentes da responsabilidade do Estado, quais sejam, caso fortuito e da força maior, posto que a imprevisibilidade e a inevitabilidade interrompem o liame de causalidade.

4.4.3 Caso fortuito e Força maior

Como bem explica Cavalieri Filho (2006, p. 91), já houve muita discussão sobre a diferença entre o caso fortuito e a força maior, no entanto até os dias de hoje não se chegou a um consenso. Afirma ainda, que a única certeza é que ambos estão fora dos limites da culpa.

Força maior, na idéia de Mello (2002, p. 866) define-se por uma força da natureza irresistível relevante somente na mediada em que venha comprovar a falta do liame de causalidade no que diz respeito à atuação do Estado e o dano ocorrido, ou seja, uma vez causado por força maior, não foi causado pelo Estado. E continua, expondo que, o que libera o Poder Público de responder é a não configuração dos pressupostos.

Segue no mesmo entendimento Di Pietro (2003, p. 530). Veja-se:

Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade da partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado: não há nexos de causalidade entre o dano e o comportamento da administração.

Assim, com base nos doutrinadores citados, pode-se dizer que uma vez comprovada a existência de força maior inexistente nexos de causalidade entre a vítima e o Estado, afastando dessa forma, a responsabilidade de indenizar do mesmo.

Em relação ao caso fortuito, acentua-se que “geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra” (GONÇALVES, 2003, p. 736).

Mello (2002, p. 866), ao expor sua idéia referente ao assunto, afirma que “atualmente o caso fortuito não tem sido invocado, visto que sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não exclui o liame de causalidade entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano causado à vítima”.

Este também é o pensamento de Di Pietro (2003, p. 531), a qual salienta que nas hipóteses de caso fortuito, onde o dano veio em decorrência de um ato humano, qual seja, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão aplicada nos casos de força maior. A autora cita ainda como exemplo o rompimento de um cabo elétrico, o qual causa danos a terceiros, e ressalta que nessa situação não pode ser invocada a força maior.

Diante do exposto, conclui-se que uma vez presente às causas excludentes da responsabilidade do Estado, pode ocorrer a isenção do mesmo de forma total ou parcial no que tange ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima. Todavia, não é o mesmo que ocorre nos casos da omissão estatal, posto que as opiniões são divergentes e o questionamento gira em torno do dever da comprovação ou não da culpa do Poder Público.

5 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS OU PELA FALTA DE SERVIÇO

Questionar-se-á neste capítulo o emprego da responsabilidade objetiva ou da responsabilidade subjetiva decorrentes de condutas omissivas do Poder Público. Para tanto, observar-se-á também o posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito do assunto. Abordar-se-á ainda a responsabilidade do Estado por condutas lícitas e ilícitas e o princípio da reserva do possível diante das possibilidades financeiras do Poder Público.

5.1 Responsabilidade subjetiva do Estado por condutas omissivas

Primeiramente, é correto afirmar que o Estado poderá causar danos aos administrados por ação ou omissão. Todavia, nos casos de conduta omissiva, existem entendimentos diversos no sentido de que esta não constitui fato gerador da responsabilidade civil do Estado, visto que nem toda conduta omissiva retrata uma desídia do Estado em cumprir um dever legal (GANDINI e SALOMÃO, 2008).

Com isso, percebe-se que a omissão pode perfeitamente ser a conduta ensejadora de um dano. Assim, para melhor entendimento sobre o assunto, melhor tecer algumas considerações referentes ao conceito de omissão feitas por Cretella Júnior (2002, p. 1995), o qual assevera que:

Omitindo-se quando deveria agir, o agente público **pode provocar** dano, ou permitir que o dano se efetive, em virtude de sua inércia, inoperante no caminho do fato gerador que, estranho ou peculiar à Administração, atua de modo eficiente, consubstanciando-se no acidente danoso..

No entendimento de Gonçalves (2003, p. 37):

Para que se configure responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (de não se omitir) e que se demonstre que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de socorrer as vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Transito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até de criação de alguma situação especial de perigo.

Assim, pode-se observar que os conceitos da conduta em tela não se diferenciam, posto que conforme o entendimento dos doutrinadores supramencionados, o dano causado por conduta omissiva se dá nos casos de ineficiência do serviço ou atraso na prestação do mesmo.

Mister destacar ainda, para melhor compreensão da conduta omissiva, que esta foi dividida em duas partes, quais sejam, a da teoria da responsabilidade subjetiva (da falta de serviço), que defende o questionamento da culpa ou do dolo na ocorrência do evento danoso e da teoria da responsabilidade objetiva, a qual é configurada apenas com a existência do liame de causalidade entre o comportamento e o prejuízo.

Destaca-se, que as características das referidas teorias, já foram demonstradas anteriormente (1º capítulo), motivo pelo qual, agora será tratado sobre o emprego das mesmas nos casos de responsabilidade da Administração Pública por condutas omissivas de seus agentes.

São expostas, inicialmente, as teses que vão ao encontro da responsabilidade subjetiva, para as quais o autor, é o defensor exponencial, sendo que em seu entendimento assevera que quando o prejuízo foi sofrido em decorrência de uma omissão do Estado, ou seja, o serviço não funcionou ou funcionou mal, deve ser aplicada à teoria da responsabilidade subjetiva, pois só cabe a responsabilização do mesmo nos casos em que tem o dever de impedir o dano, haja vista que, nos casos em que a Administração não estiver obrigada a impedir o evento danoso não existiria razão para suportar os encargos patrimoniais e as conseqüências da lesão (MELLO, 2005, p. 942-943).

O nobre doutrinador adiciona ainda que:

[...] Se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo responde por está incúria negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitando quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.

Reservadamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia. (MELLO, 2005, p. 944).

Assim, compreende-se que quando ocorre omissão dos agentes estatais, a responsabilidade da Administração deve ser analisada de maneira subjetiva,

observando sempre a ocorrência da negligência, imprudência ou imperícia no exercício de suas funções públicas. Esse entendimento advém da idéia de que se o Estado não colaborou de forma ativa na ocorrência do dano, de forma alguma pode ser responsabilizado pelo mesmo.

5.2 Responsabilidade objetiva do Estado por condutas omissivas

Feita a abordagem referente à responsabilidade subjetiva, cumpre agora tecer algumas considerações no que tange a corrente doutrinária que se contrapõe à teoria da subjetividade, sendo ela a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, a qual defende a tese de que a Administração Pública responde objetivamente tanto por atos comissivos como por atos omissivos.

Nesse diapasão, Medauar (1999, p. 403) disserta que a responsabilidade objetiva, amparada pela teoria do risco, apresenta-se hoje na maioria dos ordenamentos, **não invocando mais dolo ou culpa, mau funcionamento ou falha da administração**. Acredita que imprescindível é existir relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do Estado e o prejuízo sofrido pela vítima.

Retira-se das palavras da autora a idéia de que por esta teoria não é levada em conta a culpa do Estado ou de seus agentes, sendo que apenas necessita que a vítima sofredora do prejuízo demonstre o dano que efetivamente sofreu e o nexo causal da atividade estatal.

Nesse sentido, de forma coerente Cahali (1996, p. 33-34).expõe que no que se refere à responsabilidade objetiva, o prejuízo sofrido pela vítima tem como causa uma ação ou omissão, regular ou irregular, incompatível com qualquer concepção de culpa (culpa do serviço, falha ou irregularidade na prestação deste), sendo que deve ser feita uma averiguação da causa que gerou o evento danoso, com a ressalva de que esta necessita ser considerada de maneira objetiva.

Meirelles (2002, p. 619), também defensor da responsabilidade objetiva do Estado, leciona que:

[...] Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a *falta do serviço*; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o *fato do serviço*. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a

vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por omissão do Poder Público.

Assim, em análise do que foi dito pelo autor, percebe-se que uma vez adotada a teoria objetiva, não há que se discutir se houve ou não culpa do Estado, se o administrado demonstrar o liame de causalidade entre dano e o comportamento do Poder Público.

Da mesma forma Cretella Júnior (1997, p. 77-81) assevera que tanto a conduta comissiva como omissiva do agente público, uma vez que cause danos a alguém, o ressarcimento é obrigatório. Afirma ainda que quem responde por esses danos acarretados aos cidadãos, em decorrência de falha da máquina estatal é o patrimônio público.

Então, percebe-se que uma vez sendo o cidadão lesionado em seu direito, não dependerá de provas da culpa para garantir seu ressarcimento, posto que pode acionar o Poder Público, o qual irá responder pelo dano causado, bastando a simples demonstração do nexos causal, sem que para isso seja discutida se houve ou não culpa dos agentes estatais.

Esse, também é o entendimento de Pereira (1961, p. 466), o qual disserta uma brilhante explicação no que tange aplicação da teoria da responsabilidade objetiva. Veja-se:

[...] o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação. Não deve um cidadão sofrer as conseqüências do dano. Se o funcionamento de serviço público, independentemente da verificação de sua qualidade, teve como conseqüência causar dano ao indivíduo, a forma democrática de distribuir por todos a respectiva conseqüência conduz a imposição à pessoa jurídica do dever de reparar o prejuízo e, pois em face de um dano, é necessário e suficiente que se demonstre o nexos de causalidade entre o ato administrativo e o prejuízo causado.

Ainda, segundo a lição Bastos (1999, p. 190), a responsabilidade objetiva do Estado já se encontra sedimentada, não cabendo mais discussões ou questionamentos referentes à culpa, ou mau funcionamento do Poder público.

Com tais ensinamentos, verifica-se, que a reparação dos prejuízos causados pelo Estado aos seus administrados, tornou-se algo inevitável após a pontificação da responsabilidade objetiva no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Justen Filho(2006, p. 808-809), da mesma forma, leciona que a responsabilização do Estado depende de sua conduta, podendo ser ativa ou

passiva, que produza danos a terceiros. Acrescenta ainda, que a responsabilidade do Poder Público é gerada com a presença de “a) dano material ou moral sofrido por alguém, b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, c) nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal”.

No mesmo sentido, Freitas (1997, p. 120-121), é enfático ao afirmar que fora acolhida a responsabilidade objetiva do Estado em nosso sistema pátrio, motivo pelo qual não deve haver discussão referente à culpa ou mau funcionamento do Poder Público, acarretando ao mesmo a obrigação de ressarcir os prejuízos causados por seus agentes aos administrados.

Do exposto, nota-se que os referidos doutrinadores crêem que além de atos comissivos, os omissivos também estão inseridos no âmbito normativo da responsabilidade objetiva do Estado, conferindo ao Poder Público a responsabilidade pelos danos que seus agentes houverem dado causa.

Ademais, importante destacar que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal não faz distinção entre a conduta comissiva e a conduta omissiva, sendo que nem a palavra “causarem” referida por Celso Antônio Bandeira de Mello é direcionada somente para atos comissivos dos agentes públicos. Ainda, em estudo do referido dispositivo, verifica-se que esse é voltado para responsabilidade objetiva, onde a vítima não necessita comprovar a culpa do Poder Público. (GANDINI; SALOMÃO, 2008).

Em análise das palavras supramencionadas, conclui-se que a concepção teórica que rege a responsabilidade civil objetiva do Estado faz emergir, da mera ocorrência do ato lesivo causado à vítima pelo Poder Público, o dever de indenizá-la pelo prejuízo sofrido, independentemente da demonstração da falta de serviço público.

Duguit (apud, Stocco, 1999, p. 508) seguindo a mesma linha de raciocínio dos doutrinadores que defendem a aplicação da responsabilidade objetiva tanto para atos comissivos como para atos omissivos, em seus ensinamentos dispõe que:

A atividade dos Estados se exerce no interesse de toda a coletividade; as cargas que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros. Se da intervenção do Estado, assim da atividade estatal, resulta prejuízo para alguns a coletividade deve repará-lo, exista ou não exista culpa por parte dos agentes públicos. É que o Estado é, de um certo modo, assegurador daquilo que se denomina, freqüentemente, de rico social, ou risco resultante da atividade social traduzida pela intervenção do Estado.

Por derradeiro, acredita-se que o doutrinador tenta atribuir ao Estado o dever de ressarcir os danos causados aos seus administrados pelo simples fato de que tem em mãos o domínio da sociedade, devendo sempre intervir pelos cidadãos que a compõe, como um assegurado dos riscos que vem em decorrência de sua atividade.

A jurisprudência pátria também tem se posicionado no sentido de que a responsabilidade estatal é objetiva no que tange as condutas omissivas. Veja-se:

Ementa: responsabilidade objetiva - indenização por danos decorrentes de acidentes de trânsito - vala aberta na pista de rolamento sem a devida sinalização -nexo causal entre a omissão administrativa e o dano demonstrado - dever de indenizar - culpa concorrente ou exclusiva do condutor do veículo não comprovada - honorários advocatícios - adequação do quantum - remessa provida em parte (Santa Catarina, Tribunal de Justiça, 2001).

No mesmo sentido se pronunciou a Quinta Câmara Cível de Pernambuco, onde afirma que:

Ementa: civil e processo civil. ação de indenização. acidentes em 'boca de lobo'. omissão. dever de indenizar. danos emergentes. lucros cessantes. pensão vitalícia. preliminar de nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa afastada. não se decreta a nulidade do processo, por desatenção do disposto no art. 398 do CPC, se a parte não tem alegação relevante contra a documentação produzida, ressaltando que referido documento em nada contribuiu para elidir os fatos comprovados nos autos. no mérito. o município do Recife e a empresa de manutenção e limpeza urbana tem o dever de indenizar vítima que se acidentou em buraco - 'boca de lobo' - localizado em via pública. a indenização deverá consistir nos danos emergentes, lucros cessantes e pensão mensal vitalícia, a serem apurados em liquidação por artigos. provimento a remessa necessária. unânime. (Pernambuco, Tribunal de Justiça, 2004).

Com tais entendimentos, chega-se a conclusão de que os comportamentos omissivos do Estado podem ser considerados como causa do dano, e não mera condição deste, como entende a corrente doutrinária subjetiva. Ademais, no que refere ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pode-se dizer que abrange além da responsabilidade por conduta comissiva, também a responsabilidade por atos omissivos.

5.3 A responsabilidade do Estado por condutas lícitas e ilícitas

Como já é sabido, a responsabilidade do Estado tanto pode ser gerada por conduta lícita como por uma conduta ilícita. Para tanto, Stocco (1999, p. 63) assevera que das ações que dizem respeito ao direito, umas seguem à risca o ordenamento jurídico outras não, gerando condutas ilícitas ou apenas obrigações para os agentes. Entende que esses atos ilícitos, que são causados em decorrência do desvio de conduta, devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a terceiro, ingressando em sua conceituação diversos elementos. Veja-se:

[...] Portanto, à antijuricidade deve-se juntar a subjetividade cumprindo perquire-se a vontade do agente. A culpa *latu sensu* é, nesse caso, o fundamento da responsabilidade. Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. Desse modo deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pelo ofensa a bem ou direito deste (STOCCO, 1999, p. 63).

Como pode ser observado, diversos fatores influenciam na formação da conduta estatal, sendo que esses devem ser analisados de forma coerente, para se chegar a uma conclusão correta quanto a conduta geradora do prejuízo, podendo-se afirmar com segurança se o dano cometido pelo Estado adveio de um ato lícito ou ilícito.

Referente ao assunto, imprescindível destacar que Maffini (2006, p. 248), no que se refere às condutas ilícitas disserta que essas podem vir em decorrência de ações ou omissões, sendo que o fundamento está contido no princípio da legalidade, que, uma vez desobedecido, irá dar origem ao ressarcimento. Já, no que tange às condutas lícitas, o autor cogita a existência destas, exclusivamente em ações, afirmando que não seria possível responsabilizar o Estado por omissões lícitas, posto que não configuraria o liame de causalidade entre a omissão lícita e o prejuízo causado.

Pelo mesmo viés de raciocínio, Mello (2005, p. 935-943) ensina que a obrigação de indenizar a vítima é incumbida ao Poder Público em razão de um procedimento lícito ou ilícito, em sede de responsabilidade objetiva. Todavia, o doutrinador é enfático ao afirmar que a responsabilidade estatal por conduta omissiva é sempre gerada por comportamento ilícito. E, uma vez sendo

responsabilidade por ilícito, obrigatoriamente será responsabilidade subjetiva, já que afirma não existir ato ilícito do Estado que não provenha de uma negligência, de uma imprudência ou de uma imperícia.

Nota-se, que ambos doutrinadores são contundentes ao defender a tese de que não seria factível a responsabilização estatal por omissões advindas de condutas lícitas, afirmando, no entanto, que os atos ilícitos sim, podem ser gerados tanto por ações como por omissões do Estado.

Ainda, sobre este propósito, mister tecer mais algumas considerações feitas por Mello (2005, p. 943), no que diz respeito a omissão ensejadora de condutas ilícitas. Em sua concepção, não é suficiente para configuração da responsabilidade estatal, a mera relação entre a falta do serviço e o prejuízo sofrido. Afirma que se inexistente o dever de impedir o dano, o Estado, de forma alguma pode ser responsabilizado por um prejuízo que não deu causa. Para isso, resta necessária a indagação da culpa do serviço ou então o dolo, que configure a legítima intenção de manter-se omissivo quando tinha a obrigação de agir. Enfim, para que ocorra o dever de ressarcimento é preciso que o Estado haja incorrido em ilicitude, haja vista que nada fez para impedir o evento danoso.

Em suma, como já referido acima, tendo o Poder Público o dever legal de agir, e, no entanto, manteve-se inerte ou mesmo o fez de maneira deficiente, já é o bastante para traduzir um ilícito causador de prejuízos.

Zimmer Júnior (2007, p. 227-229) afirma que os atos lícitos, ilícitos e omissões podem dar origem ao pagamento de indenizações. Em seu entendimento, os atos ilícitos cometidos pelo Estado, que causem danos a terceiros, devem obrigatoriamente ser ressarcidos. Caso não for de maneira amigável, será por ação de indenização, sendo que o Poder Público responde pelo agir ilícito de seu servidor, mesmo que sua atuação tenha o mínimo vínculo com a condição de agente público. Acredita, ainda, que o agir ilícito pede a recomposição em razão ao princípio da legalidade, enquanto o agir lícito que produz prejuízo indenizável é ligado a idéia de igualdade, ou seja, a repartição proporcional dos danos que advém da necessidade de realizar o interesse público em detrimento do privado.

Mello (2005, p. 941), corroborando com os ensinamentos de Zimmer Júnior (2002), também defende a tese de que uma vez havendo conduta estatal lesiva a bem jurídico de terceiro por atos lícitos, o princípio a ser invocado é o da igualdade, bastando reclamar o reparo do patrimônio jurídico do lesado. Assim, entende-se que

nem sempre o agente público é responsável pelos prejuízos que causar a terceiros, visto que, da ação lícita pode decorrer um dano, todavia, esse nem sempre é indenizável.

Ainda, no que tange ao referido agir lícito produtor de dano indenizável ou não indenizável o autor supra acrescenta que:

A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e dos encargos sociais. Cabe destacar ainda que não é preciso comprovar a omissão genérica ou a culpa administrativa, porém é necessário identificar o nexos causal o vínculo existente entre a ação ou omissão (ou a eventual ação) e o sinistro. (MELLO, 2007, p. 230-231).

Contrariamente, para Bozzi (2009, apud STOCCO, 1999, p. 507), não é admissível a responsabilidade por atos legítimos, ressaltando que, nesses casos, a noção de responsabilidade é impropriamente invocada, seja porque a responsabilidade pressupõe uma conduta ilícita e, portanto, um dano jurídico e não apenas econômico, posto que não se encontra na categoria a que se trata, isso porque a soma de dinheiro que a Administração Pública deve dispor para terceiro é uma indenização e não um ressarcimento [...].

Também, as palavras de Mello (2009, apud, STOCCO, 1999, p. 507), dizem que “para quem o fundamento da responsabilidade estatal no caso de comportamentos lícitos, é a repartição equânime dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos”.

No entanto, Stocco (1999, p. 507) em comentário à frase “no caso de comportamentos lícitos”, afirma que essa ressalva somente é feita tendo em vista que, nas hipóteses de condutas ilícitas do Poder Público, o princípio que fundamenta esse ressarcimento é o da legalidade.

Diante do exposto, percebe-se que os referidos doutrinadores, apesar de divergirem em alguns aspectos, são enfáticos ao defender a idéia de que em casos de ilícitos, tanto por ação ou por omissão, o Estado é obrigado a indenizar a vítima sofredora do dano. Todavia, o Poder Público poderia vir a causar danos a bens juridicamente protegidos para a mera satisfação de um interesse público, praticando ato comissivo lícito. Para isso, certamente não será cogitado a culpa ou dolo, ou ainda qualquer invocação da responsabilidade subjetiva, a qual supõe a ilicitude.

Ocorre, que nesse caso é aplicado o princípio da isonomia, o qual irá exigir a reparação do prejuízo em prol da vítima a fim de satisfazer o interesse coletivo. (MELLO, 2005, p. 941).

Nota-se, que logo acima o autor se referiu aos danos cometidos por ação do Estado, no entanto, no que se refere às condutas omissivas, afirma com segurança que estas são “sempre responsabilidade por comportamento ilícito”, isto é, o Estado tinha o dever de agir para impedir o dano, e, no entanto manteve-se inerte (MELLO, 2005, p. 943).

Dessa forma, em análise aos ensinamentos ora expostos, conclui-se que o Estado responderá tanto pelas suas ações como pelas suas omissões, geradoras de condutas ilícitas. Já, no que se refere às condutas lícitas, pode-se dizer que somente são indenizáveis aquelas advindas de atos comissivos, ou seja, ações estatais, devendo para tanto, ser invocado o princípio da igualdade para haver uma repartição proporcional dos danos causados pelo Poder Público ao patrimônio jurídico da vítima.

6 CONCLUSÃO

Ao término do presente estudo, observa-se que a doutrina e a jurisprudência são unânimes quanto à responsabilização objetiva do Estado por conduta comissiva. No entanto, no que diz respeito à conduta omissiva, as opiniões são divergentes, existindo duas correntes que se contrapõem. A primeira aponta a responsabilidade do Estado como sendo de natureza subjetiva, baseada na teoria da culpa administrativa. A segunda corrente sustenta o emprego da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo.

A fim de uma possível justificação para a aplicação da responsabilidade subjetiva ao Estado por conduta omissiva, Celso Antônio Bandeira de Mello, tentou argumentar que o vocábulo 'causarem' do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, somente engloba os atos comissivos e não os atos omissivos, porém, por tal argumentação ser dotada de fragilidade e contradições, não pode ser acolhida, principalmente quando o assunto a ser tratado é acidente de trânsito causado pelas más condições das pistas, onde houve falta de serviço do Poder Público.

Dessa forma, pode-se afirmar que a responsabilidade do Estado por omissão é de natureza subjetiva, regida pela teoria da culpa administrativa, cujo dever indenizatório necessita da comprovação de culpa, não bastando apenas a demonstração do dano e o nexo causal interligando este e a atividade desenvolvida pelo Poder Público.

Imprescindível destacar, que há possibilidade do Estado eximir-se de sua responsabilidade de forma total ou parcial, para tanto, basta ocorrer uma das causas excludentes de responsabilidade, sendo que a partir daí é extraído o nexo causal existente entre a conduta estatal e o dano. Dentre as causas excludentes, pode-se citar a culpa da vítima, exclusiva ou concorrente, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Feitas tais considerações, convém mencionar no que tange ao objeto do presente estudo, qual seja, a responsabilidade do Estado por acidentes de trânsito causados pelas más condições das pistas, chegou-se a conclusão de que o Poder Público tem a obrigação de fornecer a todos os cidadãos um trânsito em condições seguras, sendo que para tanto, deve tomar todas as medidas cabíveis para que as

pistas permaneçam conservadas, sem depressões, valas ou falta de sinalização adequada.

No entanto, caso a Administração Pública mantenha-se omissa diante do dever legal de agir e em detrimento dessa falta de serviço venham a ocorrer acidentes de trânsito, que tenham como causa os defeitos da pista, deverá ser aplicada a responsabilidade subjetiva, fundada na teoria da culpa administrativa. Ademais, doutrina e jurisprudência são majoritárias no sentido de que deve prevalecer a aplicação da responsabilidade Subjetiva ao Poder Público, afirmando não ser suficiente a demonstração do nexo causal entre o comportamento estatal e o dano sofrido pela vítima para identificação do dever indenizatório.

Assim, diante de todo o cenário argumentativo exposto conclui-se que ainda existem discussões acerca do assunto, todavia, acredita-se que a maneira mais correta de solucionar tais questionamentos é o emprego da responsabilidade subjetiva, regida pela teoria da culpa administrativa, devendo o Estado ser responsabilizado pelos acidentes de trânsito que tenham como principal causa os defeitos na pista, desde que demonstrado o nexo e causalidade entre o ato lesivo e os prejuízos sofridos pela vítima.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. 14. ed. rev. e atual. Curitiba: Juará, 2006.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Vade Mecum, 2006.

BRASIL. **Constituição, 1946**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao46.htm> Acesso em: 01 Jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 549812-CE**. Relator: Ministro Franciulli Netto. Brasília, DF, 6 de mai. de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 01 jun. 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

_____. **Curso de direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Forense, 1997.

_____. **Curso de direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Forense, 1986.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Programa de responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Jus Navegandi, 2003. Disponível em <<http://www.ufsm/direito/artigos/resp-estado-omissiva.htm>> Acesso em: 06 jun. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAZARINI, Álvaro. **Estudo de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUZ, Odília Ferreira. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MAFINNI, Rafael. **Direito Administrativo**. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito administrativo da segurança pública, Direito administrativa da ordem pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PEREIRA, Cáo Mário. **Instituições de direito civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 1961.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 69583-8**, da 5ª Câmara cível. Relator: Des. José Fernandes. 19 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.tj.pe.gov.br>> Acesso em: 08 jul. 2010.

PINHEIRO, Geraldo de Farias Lemos ; RIBEIRO Dorival. **Código de Trânsito Brasileiro Interpretado**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Scheila Jorge Selim. **Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70012852711**, da 9ª Câmara Cível. Relatora: Des. Marilene Bonzanini Bernardi. Tramandaí, 23 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 05 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70019925890**, da 9ª Câmara cível. Relatora. Des. Odone Sanguiné. São Gabriel, 8 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 02. ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível e Reexame necessário n. 70005041876**, da 12ª Câmara cível. Relatora: Des. Agathe Elsa Schimidt da Silva. 9 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso: em 22. jun. 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Responsabilidade civil**. 17. ed. . Vol 4, São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direito civil: Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 00.019613-4**, 5ª Câmara cível. Relator: Des. Torres Marques. 29 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>> Acesso em: 02 jul. 2010.

SANTOS, Ozéias J. **Responsabilidade civil e criminal em acidentes de trânsito**. São Paulo: LED, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol IV, Rio de Janeiro: Forense, 1963.

_____. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamento de Direito Público**. 4. ed São Paulo: Malheiros, 2000.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.