

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE-UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO-UAD
DAVI LENZZI BEZERRA FEIJÓ

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO:
CONTROVÉRSIAS ACERCA DO DEVER DE
REPARAR O DANO EM CASOS DE OMISSÃO**

Sousa
2014

DAVI LENZZI BEZERRA FEIJÓ

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO:
CONTROVÉRSIAS ACERCA DO DEVER DE
REPARAR O DANO EM CASOS DE OMISSÃO**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA

2014

DAVI LENZZI BEZERRA FEIJÓ

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO:
CONTROVÉRSIAS ACERCA DO DEVER DE
REPARAR O DANO EM CASOS DE OMISSÃO**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof. MS. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Orientador

Prof.(a) Membro da Banca Examinadora

Prof.(a) Membro da Banca Examinadora

SOUSA

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a oportunidade advinda com a conclusão deste trabalho tendo em vista a importância e significado que representa para mim e para todos que me rodeiam.

Meu pai, Roberto Lenzi “in memoriam” do qual compartilhei do puro significado da humildade e perseverança. Maria do Socorro Bezerra Souza, a querida “bacana”, com sua sabedoria e imensurável determinação me proporcionou oportunidades sem das quais jamais teria. A gratidão será para toda a vida pela dedicação e exclusividade com que conduziu a criação de seus filhos.

Meus irmãos, obrigado por todas as formas de ajuda advindas de vocês nos momentos mais difíceis e pela confiança depositada em mim.

Aos familiares obrigado pelo ombro amigo concedido, em especial minha madrinha, Tia Eliana, que sempre me apoiou das diversas formas possíveis.

A minha namorada, Ana Carolina por toda ajuda, compreensão e companheirismo nesses anos.

Aos amigos-irmão, Ita, Leo, Júlio Brito, compadre Cego e Bruno não poderia deixar de mencionar todo apoio e fidelidade depositado a longos dos anos.

Aos amigos de Sousa, Padu, Claudervânio, Lincollin, Leonardo, Leomax, Pedro e Heitor da qual vivenciamos das mais variadas situações e nunca abandonaram o barco meu muito obrigado.

Aos professores que tive a honra de conhecer no percurso do curso, em especial a meu Orientador Eduardo Jorge pela sua competência na profissão que exerce e pela simplicidade e compreensão com que se comunica com seus alunos.

Por fim, agradeço a Deus que fez prover oportunidade ímpar de concluir o curso.

DEDICATÓRIA

Esse trabalho em sua totalidade está dedicado ao meu saudoso pai, Roberto Lenzzi Carvalho Feijó (in memoriam), a minha mãe, Maria do Socorro Bezerra Souza, a querida “bacana”, fonte de inspiração e exemplo de mulher guerreira, aos meus irmãos Daniel Bezerra Lenzzi Feijó e Vivianne Bezerra Lenzzi Feijó , a todos meus familiares e a Ana Carolina Viera Brito, meiga mulher que tenho a graça de conviver. Por fim, a Deus, essencial em minha vida, autor do meu destino e meu guia.

RESUMO

Esta monografia deteve-se à pesquisa do tema, notadamente, pela sua importância atual em um ordenamento jurídico no qual o Estado intervém cada vez mais nas relações particulares. Investigou-se a importância da responsabilidade extracontratual do estado, mais especificamente no que diz respeito as perspectivas histórico-evolutiva e didática, através de suas normas jurídicas e princípios. O propósito desse trabalho foi investigar a responsabilidade extracontratual do Estado: controvérsias acerca da natureza do dever de reparar o dano em casos de omissão. A pesquisa para se atingir tal objetivo iniciou-se através de uma análise conceitual das responsabilidades do estado e seu história-evolutivo, galgando pelo conceito e estudo das teorias norteadas da responsabilidade administrativa, mais objetivamente sobre a teoria do risco integral e dos riscos administrativos. Para ilustrar o tema, buscou-se compreender a responsabilidade civil do estado: conceito e outros aspectos e a importância dos mesmos segundo a literatura atual. No trabalho, as controvérsias acerca do dever de reparar o dano em casos de omissão demonstrou-se a influencia advinda com a presença do estado intervencionista e com a conjuntura social vigente. Por fim o trabalho foi amparado por um posicionamento acerca da tendência e possibilidade de adoção da responsabilidade objetiva como regra nos casos de omissão estatal, seja esses atos advindos de uma omissão genérica ou específica com o fundamento galgado pelo principio da legalidade e da isonomia.

Palavras-chave: Estado. Responsabilidade. Extracontratual.Princípios.

ABSTRACT

This monograph stopped to research the topic , notably by its current importance in a legal system in which the state intervenes increasingly in private relationships . Investigated the importance of non-contractual liability of the state , more specifically with regard to historical and evolutionary perspectives and didactic , through its legal rules and principles . The purpose of this study was to investigate the non-contractual liability of the State : controversies about the nature of the obligation to repair the damage in case of failure . The research to achieve this goal began through a conceptual analysis of the responsibilities of the state and its history - rolling , climbing the concept and guided study of theories of administrative responsibility , more objectively about the theory of comprehensive risk and administrative risks . To illustrate the issue , we sought to understand the liability of the state : concepts and other aspects and their importance according to current literature . At work , the controversies concerning the duty to repair the damage in case of failure demonstrated the influences arising in the presence of the interventionist state and the current social situation . Finally the work was supported by a positioning about the trend and possibility of adopting as a rule of strict liability in cases of state failure , whether such acts arising from a generic or specific omission on the ground climbed by the principle of legality and equality.

Keywords : State . Responsibility. Tort . Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVE ANÁLISE CONCEITUAL DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	12
2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA E DIDÁTICA	12
2.2 CONCEITO GERAL DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO	16
2.2.1 Dever de Reparar o Dano	17
2.2.2 Responsabilidade Objetiva	18
2.2.3 Responsabilidade Subjetiva	19
3 TEORIAS NORTEADORAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ..	21
3.1 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA	29
3.2 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO	30
3.3 TEORIA DO RISCO INTEGRAL	30
4 CONTROVERSIA ACERCA DO DEVER DE REPARAR O DANO NOS CASOS DE OMISSÃO ESTATAL	32
4.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE ATOS OMISSIVOS	33
4.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	43
4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE NA PERSPECTIVA SOCIAL VIGENTE	49
5 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

A visão de governo atual assim como as já existentes está profundamente relacionando a idéia de intervenção. A necessidade de um intermediador nas relações humanas é observada desde os primórdios seja como chefe da tribo, com a figura dos deuses e até mesmo os líderes sociais.

A intervenção estatal é um bem necessário para interação entre os seres humanos. Porém sempre reflete na liberdade dos cidadãos numa proporção inversa ao passo que quanto maior a intervenção menor é a liberdade. É ônus a ser carregado pela atividade estatal na sociedade. A idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito.

Dentro de uma perspectiva evolutiva de Estado Brasileiro é notório o crescimento avassalador da característica intervencionista do estado. O prisma de atuação estatal percorre a economia, a evolução científica até chegar ao ponto mais linear que é a vida privada, a regulamentação e a imposição de limites à determinada população.

Além de ter a função de intermediar as relações humanas o Estado tem o dever fazer com total êxito. Pois que a não execução dessa árdua tarefa acarreta uma gama de responsabilidade. Poderia ser muito bem exemplificado com uma gangorra que teria na extremidade o poder de intervenção com todas suas prerrogativas e na outra ponta o dever e a responsabilidade de desempenhar suas funções de forma mais eficaz para coletividade. É o entendimento de freios e contrapesos também seguido pelo Estado.

Daí que surge o tema da responsabilidade civil, aquiliana ou não contratual do Estado. O Estado é incumbido de proporcionar o equilíbrio entre as duas extremidades da gangorra acima mencionada. Porém o Estado democrático de Direito atual passa por um desequilíbrio no sentido de está a todo tempo regulamentando, introduzindo limitações a sociedade de forma a não conseguir com tamanha eficácia a contraprestação de serviços eficazes para a coletividade. O estado fica engessado e não consegue servir a coletividade.

A usualidade da má prestação de serviço é de tal intensidade e notoriedade que vem a tona a discussão acerca da responsabilidade estatal em tais casos. No universo da prestação do serviço público é unânime o entendimento doutrinário da

responsabilização do estado por atos omissivos e comissivos. Porém restam divergências acerca de ser a responsabilidade enquadrada como objetiva ou subjetiva.

O presente trabalho tem como objetivo pesquisar a respeito da divergência doutrinária a respeito da natureza do dever de reparar o dano em casos de omissão envolvendo o estado, destacando as teorias adotadas, os princípios seguidos e a tendência evolutiva do estado contemporâneo.

Na produção do presente Trabalho de Conclusão de Curso, a título de metodologia, far-se-á uso uma pesquisa descritiva do tipo qualitativa, no período de novembro de 2013 a fevereiro de 2014, observando onde responsabilidade extracontratual do estado acerca da natureza do dever de reparar o dano em casos de omissão estatal.

A pesquisa bibliográfica nos fornecerá um estudo para adquirirmos dados atuais diretamente ligados ao tema, atraindo uma necessidade de conhecimento com a realidade que se pretende investigar, juntamente com a utilização de referência bibliográfica e exame de diversas fontes de conhecimento, tais como, livros, artigos científicos, revistas e jurisprudências, fornecendo sustentáculo teórico atual e prático sobre o tema.

Nesta pesquisa serão consultados autores com reconhecida contribuição no que se refere à temática da pesquisa, tais como: Celso Antônio Bandeira de Mello, Henrique Savonitti Miranda, Terezinha N. Rêgo, Fernanda Marinela, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Miriam Vasconcelos FiauxHorvath, José dos Santos Carvalho Filho entre outros.

No primeiro capítulo, será realizada uma breve análise conceitual da responsabilidade extracontratual do estado, perspectiva histórico-evolutiva e didática com os conceitos gerais de responsabilidade e responsabilidade civil do estado. Frisando com muita sensatez o dever de reparar o dano e a responsabilidade objetiva e subjetiva.

Posteriormente, no segundo capítulo falará sobre as teorias norteadoras da responsabilidade civil do Estado, focando a teoria do risco, risco administrativo, teoria do risco integral e teoria da culpa administrativa.

No terceiro capítulo, por sua vez, será enfatizado um aprofundamento da controvérsia acerca do dever de reparar o dano em casos de omissão estatal, colocando em pauta as divergências doutrinárias sobre a responsabilidade civil do

estado nos casos de atos omissivos, o princípio da isonomia e legalidade e por fim adentrar na responsabilidade civil do estado em face ao princípio da isonomia e da legalidade na perspectiva social vigente.

2 BREVE ANÁLISE CONCEITUAL DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado passou por longo período de evolução e até hoje ganha elementos de adaptação ao desenvolvimento social, conciliando com a proteção sempre necessária ao administrado. É de vital importância a análise do caminho percorrido pelas diversas teorias.

Entende-se por responsabilidade extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, omissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

O autor Mello (2009, p. 983) ressalta que:

Esta noção é crucial do Direito Público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos. Fato que os EUA e Inglaterra assumiram em 1946 e 1947 sem a extensão que seria de desejar devido algumas restrições por parte do Estado.

Como qualquer outro de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.

2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA E DIDÁTICA

A primeira teoria historicamente adotada foi a da irresponsabilidade estatal. Também chamada de teoria feudal, ou regaliana, a teoria da irresponsabilidade do Estado típico dos Estados Absolutistas por ser o Estado o próprio criador do Direito, não poderia, por suas ações ou omissões, violá-lo. Da mesma forma, por possuir supremacia, não poderia ser responsabilizado por seus atos, já que cabia aos particulares submeterem-se à vontade do Estado, e não o contrário. Os agentes públicos, como representantes do próprio rei, não poderiam, portanto, ser

responsabilizados por seus atos, ou melhor, seus atos, na qualidade de atos do rei, não poderiam ser considerados lesivos aos súditos. Caracterizavam-se a irresponsabilidade estatal com as máximas “*the king can do no wrong*” e “*l’etatcest moi*”. Essas eram as bases da teoria da irresponsabilidade.

É verdade que, em determinados momentos históricos, mesmo quando ainda se observava a irresponsabilidade do Estado como regra, à sociedade nem sempre estava totalmente desprotegida diante da atuação estatal, seja porque leis especiais prevendo indenizações ao longo do tempo foram surgindo, como bem observa Mello (2009), passou a ser possível obter “a responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal, seu”.

Atualmente inutilizada, a teoria da irresponsabilidade do Estado foi aplicada, na França, pelo menos até o século XIX e, nos EUA, sendo finalmente abandonada apenas em 1946 e 1947, respectivamente.

Antes de finalmente apoiar-se em bases revestidas de normas de Direito Público, a responsabilidade civil do Estado foi fundamentada por teorias tipicamente civilistas. Em um primeiro momento histórico, procurava-se distinguir, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão.

Sobre atos de império e atos de Gestão, ensina Di Pietro (2005, p. 380):

Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela administração em condição de igualdade com os particulares, para a conservação e o desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços.

Diante das dificuldades práticas de definição entre as duas modalidades de atos que partia da premissa equivocada de que o Estado poderia dividir sua personalidade, a teoria acabou sendo abandonada, mas, ainda, por outra concepção igualmente civilista. Essa segunda concepção por certo representava uma evolução, por não mais questionar a natureza do ato para definir possíveis responsabilidades, já que, agora, equiparavam-se, com base na lei civil, Estado e particular.

Exigia-se, para todos os casos, a prova da culpa ou do dolo do agente público, cujos contornos eram extraídos do direito civil comum para fins de responsabilização.

Sobre a responsabilidade do Estado, observa Cahali (2007, p. 345):

[...] pressuposto da culpa, como condição para a responsabilidade civil do Estado, acabou se definindo como injustificável pela melhor doutrina; em especial naqueles casos em que o conceito de culpa civilista, por si só ambíguo, já não bastava para explicar o dano que teria resultado de falha da máquina administrativa, de culpa anônima da Administração, buscando-se, então, supri-la por meio de uma concepção publicística.

Diante das concepções baseadas na culpa civil, que ainda não permitiam a adequada e concepções responsabilizando o Estado por seus atos, teve início o processo de publicização da responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana, do Estado.

O famoso caso Blanco, que se esclarece não propriamente pela questão de fundo suscitada no processo, mas, sobretudo pelo conflito de competência instaurado, de 08 de fevereiro de 1873, é considerado pela doutrina não apenas o principal marco de publicização da responsabilidade civil do Estado, mas também fundamento do Direito Administrativo Francês.

Posteriormente surge à responsabilidade baseada na teoria subjetiva, prevista no Código Civil de 1917, em seu art. 15. A responsabilidade subjetiva fundamenta-se no elemento subjetivo, na intenção do agente. Para sua caracterização, depende-se da comprovação de quatro elementos: a conduta estatal; o dano, condição indispensável para que a indenização não gere enriquecimento ilícito; o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e o elemento subjetivo, a culpa ou dolo do agente. Esses elementos são indispensáveis e devem ser considerados de forma cumulativa, gerando a ausência de qualquer um deles a exclusão da responsabilidade.

Embora tenha representado grande avanço em relação ao período anterior, a teoria subjetiva nunca se ajustou perfeitamente às relações de direito público diante da hipossuficiência do administrado frente ao Estado. A dificuldade da vítima em comprovar judicialmente a ocorrência de culpa ou dolo do agente público prejudicava a aplicabilidade e o funcionamento prático da teoria subjetiva. Foi

necessário desenvolver uma teoria adaptada às peculiaridades da relação desequilibrada entre o Estado e o administrado.

A doutrina costuma afirmar que a transição para a teoria publicista deveu-se à concepção de culpa administrativa, teoria que representou uma adaptação da visão civilista à realidade da Administração Pública. A adoção da teoria objetiva transfere o debate sobre culpa ou dolo para a ação regressiva a ser intentada pelo Estado contra o agente público, após a condenação estatal na ação indenizatória.

Para a teoria objetiva, o pagamento da indenização é efetuado somente após a comprovação, pela vítima, de três requisitos: ato,nexo causal e dano. Ao invés de indagar sobre a falta do serviço (*fautduservice*), como ocorreria com a teoria subjetiva, a teoria objetiva exige apenas um fato do serviço, causador de danos ao particular.

Dois correntes internas disputam a primazia quanto ao modo de compreensão da responsabilidade objetiva: teoria do risco integral e teoria do risco administrativo.

A teoria do risco integral é uma variante radical da responsabilidade objetiva, sustentando que a comprovação de ato, dano e nexo é suficiente para determinar a condenação estatal em qualquer circunstância.

Do outro lado está a teoria do risco administrativo, variante adotada pela Constituição Federal de 1988, reconhece a existência de excludentes ao dever de indenizar. Teoria está adotada na Constituição Federal de 1988.

Quanto à evolução histórica no âmbito do ordenamento jurídico pátrio pode observar que as Constituições Federais de 1824 e 1891 não faziam qualquer referência à responsabilização estatal por prejuízos causados a particulares. Os dispositivos previam apenas a responsabilidade do funcionário público em caso de abuso ou omissão. Leis esparsas, é que mencionavam uma responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário por danos causados na prestação de serviços, como transporte ferroviário e correios.

O Código Civil de 1916 adotou a teoria subjetiva civilista para danos causados pelo Estado. A Constituição Federal prescreve:

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

As Constituições de 1934 e 1937 reforçaram a aplicação da teoria subjetiva e estabeleceram a responsabilidade solidária entre a Fazenda Pública e o funcionário por prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

O maior marco no direito brasileiro foi a Constituição de 1946 que passou a adotar a teoria objetiva por força de seu art. 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. A discussão sobre culpa ou dolo foi deslocada da ação indenizatória para a ação regressiva intentada pelo Estado contra o agente público.

A Lei Maior de 1967 tornou-se claro que a responsabilidade do Estado é objetiva, mas o agente público responde subjetivamente pelos prejuízos que causar no exercício da função administrativa. A Carta de 1969 nada acrescentou ao tema.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, estabelece que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. A novidade da atual Carta Magna é às “pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”, pois que leva a interpretação de que a responsabilidade objetiva é garantia do usuário, independentemente de quem realize a prestação do serviço público.

2.2 CONCEITO GERAL DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais, sendo que com base em tal premissa podemos afirmar que a responsabilidade é aquela que impõe ao órgão a obrigação de compor um dano patrimonial causado a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas atribuições. A responsabilização do Estado se refere primordialmente aquela derivada do exercício da função administrativa, ressaltando-se que apenas em

casos excepcionais, se admitirá a responsabilidade do Estado decorrente do desempenho das funções legislativas ou jurisdicionais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º abraçou expressamente a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, preceituando o seguinte comando: “Art. 37 (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Na constituição existem duas regras, ou seja, a responsabilidade objetiva do Estado para com o particular e a responsabilidade subjetiva do servidor para com o Estado. O autor Mello (2009, p. 349), esclarece:

Após o Estado indenizar o particular é que este ente irá se virar em face do servidor buscando a reposição do erário. No entanto, nessa ação regressiva do Estado para como agente causador do dano, este somente será obrigado a indenizar o Estado se ficar demonstrado que agiu com dolo ou culpa, ao contrário da responsabilidade do Estado para com o particular que é objetiva, independentemente do dolo ou culpa, a responsabilidade do servidor junto ao Estado sempre será subjetiva.

A origem da responsabilidade extracontratual se deve ao fato de que os administrados não podem evitar ou minimizar os perigos de dano provenientes do Estado, tendo em vista de que é o próprio Poder Público quem dita o teor e a intensidade de seu relacionamento com a coletividade. DI PIETRO (2005) também conceitua a responsabilidade extracontratual do Estado como a “obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Por sua vez, Meireles (2010) define a responsabilidade estatal como sendo a “imposição à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

2.2.1. Dever de Reparar o Dano

Na responsabilidade civil a obrigação de reparar o dano causado a alguém não está restrita à pessoa física. Com a formação da sociedade e, conseqüentemente, do Estado, não raras vezes o próprio ente público passou a ser responsável pelos danos causados. É a responsabilidade civil do estado, o mecanismo de defesa que o indivíduo possui perante o Estado, ou seja, a forma de o cidadão assegurar que todo direito seu que tenha sido lesionado pela ação de qualquer servidor público no exercício de suas atividades seja ressarcido. O direito a esse ressarcimento está assegurado na própria Constituição Federal.

2.2.2 Responsabilidade Objetiva

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 37, §6º, a seguinte regra:

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

Perceba-se que o dispositivo compreende duas regras de responsabilização pelos danos causados a terceiros: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público.

Antes de uma análise detalhada do dispositivo é importante observar a importância de sua abrangência. É aplicável a todas as pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, sejam estas empresas públicas, sociedades de economia mista ou pessoas privadas. Somente são excluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, pois estas respondem pelas regras de Direito Civil.

Certamente o ponto mais relevante do dispositivo, no que concerne ao objetivo do presente estudo, é o fato de que ele não estabelece a responsabilidade objetiva para todas as condutas da Administração. Na verdade, o dispositivo só alcança às hipóteses de danos causados pela ação dos agentes públicos. As

condutas omissivas não foram amparadas pela regra constitucional, sendo visualizadas sob outra concepção, expostas mais à frente.

Depreende-se, portanto, que a regra geral para a responsabilização do Estado por condutas comissivas praticadas por seus agentes é a teoria do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva, que admite excludentes.

Com efeito, sendo necessária somente a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta ativa do Poder Público, a responsabilidade somente restaria afastada na hipótese de culpa exclusiva do particular, cujo ônus probante é exclusivo do Estado, ou ainda em uma situação de força maior.

Nestes casos de excludentes, a maioria dos doutrinadores entende que inexistente o nexo causal. É bem verdade que há uma dificuldade de observar com clareza esse entendimento quando se trata de caso de culpa concorrente entre o Estado e o particular, mas mesmo nessa situação há quem afirme que reside no nexo causal a explicação para a redução do dever de indenizar.

Já a responsabilidade do agente público causador do dano está sujeita às disposições aplicáveis no âmbito do Direito Civil, ou seja, somente poderá ser este responsabilizado se houver atuado com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

2.2.3 Responsabilidade Subjetiva

É um grande equívoco imaginar que a responsabilização do Estado, em qualquer situação, é sempre objetiva. Conforme já afirmado, o art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988 restringiu essa modalidade apenas para o caso de condutas comissivas de seus agentes.

De fato, a responsabilidade por danos causados por atos de terceiros ou fenômenos da natureza é do tipo subjetiva, não estando contemplada na teoria do risco administrativo, consagrada no comando constitucional. Nesses casos, há necessidade de comprovação de omissão culposa – imprudência, imperícia ou negligência – do Poder Público, para que se caracterize a obrigação estatal de indenizar.

Desta feita, cabe ao particular que sofreu o dano decorrente de ato de terceiro ou de evento da natureza provar que a atuação normal da Administração teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido. Trata-se da incidência da teoria da culpa administrativa.

Registre-se que não há necessidade de apontar a culpa de forma individualizada, direcionada a um agente público determinado. Por esta razão é que esta teoria é também conhecida como “culpa anônima”. Assim, para ensejar a responsabilização, o prejudicado deverá provar a falta do serviço – inexistência, retardamento ou mau funcionamento – e o nexo de causal entre esta e o dano sofrido.

Parece dominante na doutrina brasileira contemporânea a postura segundo a qual somente conforme os cânones da teoria subjetiva, derivada da culpa, será admissível imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão.

3 TEORIAS NORTEADORAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

3.1 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

A teoria da culpa administrativa representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva atualmente adotada pela maioria dos países ocidentais.

Segundo a teoria da culpa administrativa, o dever de o Estado indenizar o dano sólido pelo particular somente existe caso se já comprovada à existência de falta do serviço. Não se trata de perquirir da culpa subjetiva do agente, mas da ocorrência de falta na prestação do serviço, falta essa objetivamente considerada.

A tese subjacente é que somente o dano decorrente de irregularidade na execução da atividade administrativa ensejaria indenização ao particular, ou se já, exige-se também uma espécie de culpa, mas não culpa subjetiva do agente, e sim uma culpa especial da Administração à qual convencionou-se chamar culpa administrativa ou culpa anônima.

A culpa administrativa pode decorrer de uma das três formas possíveis de falta do serviço: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Cabe sempre ao particular prejudicado pela falta comprovar sua ocorrência para fazer jus à indenização.

3.2 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Conforme lembra Sérgio Cavalieri Filho, a teoria do risco foi imaginada originariamente por Léon Duguit, e, posteriormente, foi desenvolvida por renomados administrativistas, que buscavam fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado.

Esta teoria funda-se, essencialmente, na possibilidade de dano que a atividade pública pode ensejar para os administrados. Partindo-se da ideia que as

atividades estatais são exercidas em favor da coletividade, seus ônus devem ser também suportados por todos.

Assim todos os indivíduos da coletividade devem concorrer para reparação do dano, por meio do erário, representado pela Fazenda Pública. Qual seja o dano suportado pelo particular, este deve ser ressarcido, independentemente de culpa do agente público que o causou. Cabe verificar, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

Como regra, a teoria do risco administrativo enseja a obrigação de indenizar o dano causado à vítima, independentemente de qualquer falta do serviço ou culpa de seus agentes.

Distingue-se a teoria do risco administrativo – que trata do fato do serviço – da culpa administrativa – que trata da falta do serviço –, à medida que nesta a culpa é presumida, enquanto naquela a culpa é inferida do fato lesivo do Estado.

A possibilidade de exclusão do nexo de causalidade, portanto, como se verá a seguir, é o que distingue a teoria do risco administrativo do risco integral. Pela teoria do risco administrativo surge a obrigação econômica de reparar o dano sofrido injustamente pelo particular, independentemente da existência de falta do serviço e muito menos de culpa do agente público. Basta que exista o dano, sem que para ele tenha concorrido o particular. Existindo o fato do serviço e o nexo direto de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, presume-se a culpa da Administração.

Compete a esta para eximir-se da obrigação de indenizar, comprovar se for o caso a existência de culpa exclusiva do particular ou, se comprovar culpa concorrente, terá atenuada sua obrigação. O que importa, em qualquer caso, é que o ônus da prova de culpa do particular, se existente, cabe sempre à Administração.

O direito positivo brasileiro adota a responsabilidade objetiva na variação da teoria do risco administrativo. Menos vantajosa para a vítima do que a do risco integral, a teoria do risco administrativo reconhece excludentes da responsabilidade estatal. Excludentes são circunstâncias que, ocorrendo, afastam o dever de indenizar. São três:

a) culpa exclusiva da vítima: ocorre culpa exclusiva da vítima quando o prejuízo é consequência da intenção deliberada do próprio prejudicado. São casos em que a vítima utiliza a prestação do serviço público para causar um dano a si próprio. Exemplos: suicídio em estação do Metrô; pessoa que se joga na frente de viatura para ser atropelada. Diferente é a solução para os casos da chamada culpa

concorrente, em que a vítima e o agente público provocam, por culpa recíproca, a ocorrência do prejuízo. Nesses casos, fala-se em concausas. Exemplo: acidente de trânsito causado porque a viatura e o carro do particular invadem ao mesmo tempo a pista alheia. Nos casos de culpa concorrente, a questão se resolve com a produção de provas periciais para determinar o maior culpado. Da maior culpa, desconta-se a menor, realizando um processo denominado compensação de culpas. A culpa concorrente não é excludente da responsabilidade estatal, como ocorre com a culpa exclusiva da vítima. Na verdade, a culpa concorrente é fator de mitigação ou causa atenuante da responsabilidade. Diante da necessidade de discussão sobre culpa ou dolo, nos casos de culpa concorrente aplica-se a teoria subjetiva;

b) força maior: é um acontecimento involuntário, imprevisível e incontrolável que rompe o nexo de causalidade entre a ação estatal e o prejuízo sofrido pelo particular. Exemplo: erupção de vulcão que destrói vila de casas. Já no caso fortuito, o dano é decorrente de ato humano ou de falha da Administração. Exemplo: rompimento de adutora. O caso fortuito não exclui a responsabilidade estatal;

c) culpa de terceiro: ocorre quando o prejuízo pode ser atribuído a pessoa estranha aos quadros da Administração Pública. Exemplo: prejuízo causado por atos de multidão. Mas, no dano provocado por multidão, o Estado responde se restar comprovada sua culpa.

A doutrina indaga sobre o impacto que as excludentes causam sobre os requisitos da teoria objetiva. Predomina o entendimento de que culpa exclusiva da vítima, força maior e culpa de terceiro são excludentes de causalidade, rompendo o nexo causal entre a conduta e o resultado lesivo.

3.3 TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A teoria do risco integral constitui-se como modalidade extremista por maior parte da doutrina, pois, consoante já revelado, admite o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Caso adote tal concepção radical, o Estado ficaria obrigado a ressarcir qualquer dano suportado por terceiro, ainda que resultante de culpa ou dolo da

vítima. Comportar-se-ia o Estado, assim, como segurador universal, indenizando o particular por todo e qualquer dano, mesmo que inexistentes os elementos necessários quais sejam: conduta, nexa e dano..

Vale a ressaltar que a teoria do risco integral por mais extremista que seja e pouco adotada pelos estudiosos passa a coadunar com o tipo de Estado interventor atual. Não há dúvidas entre os pesquisadores que a responsabilidade deve esta adequada ao tipo e evolução do Estado sendo necessário cada vez com maior frequência adotar o título de Estado garantidor.

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

A teoria do risco integral, entretanto, é aplicável no Brasil em situações excepcionais: a) acidentes de trabalho (infortunistica): nas relações de emprego público, a ocorrência de eventual acidente de trabalho impõe ao Estado o dever de indenizar em quaisquer casos, aplicando-se a teoria do risco integral;b) indenização coberta pelo seguro obrigatório para automóveis (DPVAT): o pagamento da indenização do DPVAT é efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado (art. 5º da Lei n. 6.194/74);c) atentados terroristas em aeronaves: por força do disposto nas Leis n. 10.309/2001 e n. 10.744/2003, a União assumiu despesas de responsabilidade civil perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi-aéreo (art. 1º da Lei n. 10.744/2003). Tecnicamente, trata-se de uma responsabilidade estatal por ato de terceiro, mas que se sujeita à aplicação da teoria do risco integral porque não prevê excludentes ao dever de indenizar. A curiosa Lei

n. 10.744/2003 foi uma resposta do governo brasileiro à crise no setor de aviação civil após os atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos. O objetivo dessa assunção de responsabilidade foi reduzir o valor dos contratos de seguro obrigatórios para companhias aéreas e que foram exorbitantemente majorados;d) dano ambiental: por força do art. 225, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, há quem sustente que a reparação de prejuízos ambientais causados pelo Estado seria submetida à teoria do risco integral. Porém, considerando a posição majoritária entre os jus ambientalistas, é mais seguro defenderem concursos a aplicação da teoria do risco administrativo para danos ambientais;

4 CONTROVERSIA ACERCA DO DEVER DE REPARAR O DANO NOS CASOS DE OMISSÃO ESTATAL

Depois de um longo período de irresponsabilidade estatal, o instituto da responsabilidade civil do Estado passou por teorias civilistas, publicizou-se, com a teoria da culpa administrativa, e, finalmente, chegou a seu estágio atual de evolução: a responsabilidade objetiva embasada no risco.

A objetivação da responsabilidade decorreu da constatação de que a atuação estatal, por sua natureza, implica proveitos, mas também riscos à coletividade, devendo o Estado, quando o risco invade concretamente o patrimônio jurídico de outrem, assumir os ônus pelos danos causados embasado no princípio da isonomia, pois, como bem observa Di Pietro (2008) “assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos”.

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

Assim, se a criação do risco decorre do exercício da atividade pública, e não propriamente de dolo ou culpa de seus agentes, não há razão para apreciar o elemento subjetivo para a definição da responsabilidade, bastando, para tanto, o nexo causal entre a atividade estatal e o dano.

Parte da doutrina administrativista entende que a teoria do risco estaria dividida entre risco administrativo e risco integral. No ponto, há, sem dúvida, profunda imprecisão terminológica.

De acordo com Di Pietro (2008, p. 230), no entanto:

Tais divergências seriam mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

De qualquer sorte, não se pode ignorar ainda que, para tanto, não seja realmente necessário falar-se em uma teoria diversa do risco administrativo que há, realmente, algumas hipóteses no Direito brasileiro em que as causas excludentes da responsabilidade do Estado apresentam-se nitidamente mitigadas, como, por exemplo, nas hipóteses de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, da Constituição Federal) e atos quanto ao meio ambiente.

Tanto a teoria do risco administrativo como a teoria do risco integral, como modalidades da teoria da responsabilidade objetiva, fundamenta-se no fato de não se exigir culpa do agente para que o Estado seja obrigado a indenizar os danos causados á particulares, sendo que o elemento diferenciador dessas duas modalidades é que na teoria do risco administrativo se admite as causas excludentes da responsabilidade e admite que o Estado demonstre que houve culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou à ocorrência de um caso fortuito ou forma maior, sendo que nestes casos a responsabilidade do Estado será afastada ou atenuada, já a teoria do risco integral que é a modalidade extremada da responsabilidade objetiva, não admite sequer a arguição dessas causas excludentes ou atenuadas.

4.1 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE ATOS OMISSIVOS.

Com toda evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no ordenamento pátrio é tido atualmente uma quase que absoluta pacificação doutrinária e jurisprudência quanto à responsabilidade civil nos atos comissivos praticados pelo Estado. Não deixa conflitos quanto à teoria adotada nem tão pouco quanto a responsabilidade objetiva aderida. A simples comprovação da relação de nexó da conduta com o dano por si só é fator mais do que suficiente para configurar o dever de indenizar do Estado.

A responsabilização do Estado por atos omissivos encontrou algumas posições na doutrina nacional. Um grupo vislumbra a possibilidade de responsabilidade objetiva nos atos estatais omissivos. Em outro grupo os autores sustentam que a responsabilidade do Estado por atos omissivos será subjetiva

sendo que existe ainda doutrinadores que entende ser possível a objetivação de todos os atos omissivos e outros mais cautelosos dividem a responsabilidade dos atos omissivos podendo ser em determinados casos objetivos em outros subjetivos.

Todavia surge interpretações distintas quanto a responsabilização estatal no que tange aos atos omissivos. Atos omissivos podem ser entendidos como um não fazer do estado, uma ausência da atividade estatal que de alguma maneira trouxe prejuízos. As divergências já se iniciam na própria amplitude do conceito de omissão estatal. Há uma classificação quanto o ato de omissão estatal podendo o mesmo ser: omissão geral e omissão específica.

Omissão geral e específica pode ser definida conforme elucida Carvalho (2012, p. 345)

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tenha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. A omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso. Em contra partida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica.

A omissão específica se encontra nos casos de maior intervenção estatal na vida privada. O estado apesar de não praticar nenhum ato chama para si a responsabilidade sobre o exercício de determinada atividade e ainda cria para com o cidadão uma situação nova de grande risco para o indivíduo. Passa o estado ao status de garantidor universal. As omissões gerais por sua vez não traz para a Administração o condão de responsabilização civil por não ter o Estado possibilidades materiais e humanas de sustentar o status de garantidor.

De um lado está a corrente doutrinária que julga ser a responsabilidade do estado subjetiva nos casos de omissão estatal. A ausência do Estado faz com que tenha o cidadão que comprovar a culpa em sentido amplo da Administração para que haja a responsabilização. Diante dos doutrinadores que perfilham dessa teoria está o mestre Mello (2009, p. 139) encabeçador desta corrente que aduz de forma ímpar sobre o tema:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Entendimento salutar e de uma compreensão lógica de grande valia. A simples conexão da conduta, qual seja a ausência de conduta, e o dano sofrido. O citado autor induz a uma interpretação ainda mais complexa vislumbrando que a responsabilidade estatal nos atos de omissão é sempre um comportamento ilícito. Tal conduta advinda do estado é necessariamente subjetiva, pois que o Estado em tese só poderia atuar ilicitamente frente ao particular nos casos de negligência, imperícia e imprudência ou com o propósito de violar a norma a qual está vinculada constituída assim em dolo. Todos esses casos são exemplos claros de culpa em sentido amplo, dolo e culpa fazendo necessário adentrar na subjetividade da responsabilidade.

Assim Mello (2009, p. 234) desenvolve o raciocínio de que:

Inexistindo obrigação legal de impedir certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar responsabilidade ao Estado por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico.

O renomado autor explica que mais importante que a caracterização da responsabilidade objetiva ou subjetiva é ter o discernimento que o Estado e a sua responsabilização deve acompanhar o meio social, que a normalidade da eficiência deve ser apurada do estágio de desenvolvimento cultural, tecnológico, econômico voltado para toda a conjuntura da época. Não há entre os pesquisadores do Direito interpretação distinta quanto a necessidade de se observa o Estado e a forma que interagir com o particular.

O autor também abre discussão para um importante fator na dinâmica da responsabilização, pois que distingue condição do dano de causa do dano. Assim o

Estado ao ter uma conduta omissiva estaria dando condição ao ato e não sendo causa do ato. Estabelece que Mello (2009, p. 246):

De fato na hipótese cogitada o Estado não é autor do dano. Em rigor não pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvesse ocorrido, teria impedido o resultado.

Velar pela responsabilidade objetiva equivaleria a chegar a verdades absurdas. Conduziria a idéia de ter o Estado à função de garantidor universal em todos os casos de omissão estatal o que na visão lúcida de Celso Antônio é administrativamente impossível.

Para Melo (2009, p. 345):

As únicas exceções que poderiam ser vista sob o prisma da responsabilidade objetiva são os fatos da natureza a cuja lesividade o poder público não obsteu, ou seja, teria o dever de fazer e não fez e o comportamento material de terceiros cuja lesividade o poder público não obsteu, embora fosse possível fazer.

Não menos importante é o posicionamento do referendado pesquisador do Direito Administrativo. Aparentemente contraditório com o posicionamento firme adotado por Celso, o mesmo entende ser sustentável e presumível a idéia de culpa da Administração não sendo necessária a comprovação de culpa por parte do administrado, sendo plenamente viável ao Estado provar que não possui culpa em sentido amplo no caso concreto. Assim aduz Melo (2009, p. 347):

Sem embargo do quanto se disse, entendemos que se reitere e enfatize-se nos casos de responsabilidade é subjetiva, deve-se considerar que vigora uma “presunção de culpa” do Poder Público. Dessarte, o lesado não necessita fazer a prova de que existiu culpa ou dolo. Sem embargo, se a entidade pública provar que sua omissão propiciatória do dano não decorreu de negligência, imprudência ou imperícia (hipótese de culpa) ou de dolo, ficará excluída a responsabilidade.

Traz assim a possibilidade de não discussão de culpa por parte do ente privado ficando a cargo da Administração a percepção de culpa ou não. Implicitamente suscita a idéia de uma responsabilidade objetiva a ser analisada caso a caso por parte do Estado e não tendo a dificultosa tarefa de comprovação de culpa.

Na mesma ceara do pensamento está o doutrinador Carvalho Filho (2012), porém com uma visão mas aberta já “admitindo em situações especiais a utilização da responsabilidade objetiva nos casos de omissão estatal, denotando não ser tão integral a aplicabilidade da responsabilidade subjetiva” .

Não distorcendo a interpretação da responsabilidade subjetiva nas condutas omissivas estatais, percebe, porém ser a responsabilidade subjetiva a responsabilidade corriqueira utilizada no dia a dia não se fazendo eficaz a interpretação sólida da responsabilização subjetiva nos casos em análise, assim estabelece Carvalho Filho (2012, p. 445):

A responsabilidade objetiva é um plus em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se esta dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilidade sem culpa.

No que tange aos elementos conduta, nexos de causalidade e dano faz mister a lembrança expressiva do pesquisador de ser necessário além da conduta culposa a concatenada presença de tais elementos. Não cabe ao interprete buscar a relação de causalidade quando há varias inter causas entre a omissão e o evento danoso.

A idealização da responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas não se faz tão convincente para o citado autor ao passo que apesar de ir de encontro com os demais autores que a conjuntura social possui vital importância na responsabilização civil a ser adotada pelo Estado, não seria a solução mais adequada do ponto de vista político e jurídico.

Nessa linha, Carvalho (2012, p. 88) prescreve:

Ouvem-se, de quando em vez, algumas vozes que se levantam para sustentar a responsabilidade integral do estado pelas omissões genéricas a ele imputadas. Tais vozes se tornam mais usuais na medida em que se revela a ineficiência do Poder Público para atender a certas demandas sociais. A solução, porém, não pode ter ranços de passionalismo, mas, ao contrario, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica. Não há duvidas que o estado é omisso no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carências no setores da educação ,saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção a maternidade e a infância, previdência social, enfim em todos os direitos sociais(previstos, aliás, no art.6º da CF).

Torna-se compreensível toda a indignação com a má prestação do serviço pelo ente estatal, no entanto não é causa suficiente para tornar o mesmo responsável de indenizar o particular por toda carência administrativa.

Ainda dentro dos estudiosos do Direito Administrativo está a doutrinadora contemporânea Marilena (2012, p. 122) que se posiciona também sob a égide da responsabilidade administrativa, porém de forma cautelosa e flexível:

A regra continua a ser a teoria subjetiva com seus elementos definidores quais sejam: o comportamento estatal, no caso em tela a omissão, o dano, o nexo de causalidade entre a omissão e o dano e a culpa ou dolo. É de observar que a punição pela ausência do Poder Público deve ser ponderada frente à possibilidade de impedir o dano, além da compatibilidade com os padrões possíveis do serviço, frente às dificuldades orçamentárias insuperáveis para o Estado.

Para a autora o Estado não pode ser salvador universal, por isso se faz necessário os limites.

Assim como Mello (2009) elucida, Marilena (2012) “conceitua que a teoria subjetiva admite a responsabilização em razão de condutas ilícitas. Assim, considerando que o Administrador nesse caso é omissor, a ilicitude só estará presente se existir o descumprimento de um dever legal”.

As excludentes de culpabilidade concebida pela maioria esmagadora dos doutrinadores é descrita também por Marilena (2012) estabelecendo que:

O Estado não pode ser responsabilizado por danos decorrentes de força externa, a exemplo os eventos da natureza, como a chuva exagerada, os raios, uma nevasca ou um tufão, situações imprevisíveis que caracterizam caso fortuito. Entretanto, se em razão das chuvas, um administrador descumpra do dever legal de manter as galerias limpas ocasionando vários prejuízos, há responsabilidade, não pela chuva, mas pela ausência do serviço; se a ocorrência de raios provoca destruição, há o descumprimento do dever legal de colocar para raios. Na mesma linha de raciocínio, o Estado também não tem o dever de indenizar por atos de terceiros, também denominados atos de multidões, como exemplo, as passeatas em movimentos grevistas, os arrastões, alguns movimentos estudantis. Em regra, essas situações não geram responsabilidade para o Estado, porque normalmente não preenchem os elementos definidores da responsabilidade, como a conduta estatal ou o nexo de causalidade.

Não fica descartado, contudo, as situações em que haverá reparação do dano por parte do estado advindas da possibilidade de execução ou dá má prestação no serviço prestado contribuindo de forma efetiva para concretização do dano.

Há de ser observado um padrão normal na atividade estatal, observado o princípio da reserva do possível, compatibilizando com as condições orçamentárias, estruturais e tecnológicas para prestar a atividade. Estando o serviço dentro do padrão normal, o esperado, o possível, não há que se falar em responsabilidade para o Estado.

De forma brilhante e com uma visão social, de Estado e jurídica apurada elucida Marinela (2012, p. 145):

O padrão normal não tem definição legal; depende de uma apuração no meio social, no estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época. Entretanto, o Poder Público não pode se eximir de suas obrigações com fundamento no princípio da reserva do possível, e mais, o mínimo existencial, condição de sobrevivência para qualquer ser humano, tem que ser prestado, não tendo o ente como escapar. Além disso, a sua obrigação de aumentar a disponibilidade orçamentária para viabilizar a ampliação de seus serviços também não pode ser afastada.

O Estado para eximir da responsabilidade, deve-se observar as denominadas condições reais. Com o serviço organizado e eficiente, não sendo possível evitar o evento danoso por força alheia à vontade Administrativa, não lhe cabe responsabilização.

Quanto a situações em que o Estado proporciona um risco exacerbado a população a responsabilidade se flexibiliza e torna-se de pronto objetiva. É o caso do preso decide praticar o suicídio dentro do presídio, não pairando dúvida quanto a responsabilidade do Estado haja vista está o preso sob tutela e proteção do mesmo. São também denominadas de situações de risco exageradas criadas pelo Estado gerando a assunção do risco por parte do Estado.

Porém com pensamento adverso surgem pesquisadores e doutrinadores preocupados com a dinâmica da responsabilidade civil do Estado. Entende se fazer necessário e não possuir nenhum entrave legal o posicionamento da responsabilidade aquiliana sob o prisma da teoria objetiva.

Dentre os doutrinadores seguidores da interpretação mais tendenciosa a teoria de responsabilização objetiva nos atos omissivos do estado surge o estudioso do tema e doutrinador Carvalho Filho (2012), que ao seu entendimento “a responsabilidade deve ser encarada via de regra como objetiva nas condutas omissivas do Estado”. Embora não tenha sido excluída da ordem jurídica a

responsabilidade subjetiva, só tem lugar nos casos de omissão genérica da Administração.

Alguns autores denotam que o fato de não ter sido reproduzido no Código Civil de 2002 o artigo 15 do Código Civil de 1916 não permite concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não é mais utilizada no Estado Democrático de Direito. A responsabilidade subjetiva é a regra básica, que persiste independentemente de existir ou não norma legal a respeito.

Ainda em relação a legislação vigente entende, ser claro e de fácil entendimento a preleção que o artigo 37, § 6º da Constituição faz ao não se referir apenas à atividade comissiva do Estado, como também, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva.

Via de regra, no que tange ao Estado, é a responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo que prepondera, toda vez que houver relação de causa e efeito entre a atuação administrativa e o dano. Sobra, entretanto, espaço para a responsabilidade subjetiva nos casos em que o dano não é causado pela atividade estatal, nem pelos seus agentes, mas por fenômenos da natureza ou por fato da própria vítima ou de terceiros, tais como assaltos e furtos acidentais nas vias públicas.

A distinção quanto aos atos omissivos gerais e específicos também é feita por pelo doutrinador em atento. Elucida Carvalho Filho (2012, p. 167) que:

Por isso temos sustentado que, no caso de omissão estatal, é preciso distinguir a omissão específica da genérica, distinção essa hodiernamente reconhecida pela melhor e mais atualizada doutrina. A responsabilidade do Estado será subjetiva no caso de omissão genérica e objetiva, no caso de omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir. Só no caso de omissão genérica emerge a responsabilidade subjetiva do Estado.

Assim, na omissão genérica, surge a responsabilidade subjetiva da Administração, a ausência do Estado não se apresenta como causa direta e imediata da não ocorrência do dano, razão pela qual deve o prejudicado provar que a falta do serviço concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido. Já quando o Estado tem dever específico de agir e a sua omissão cria a situação propícia para a ocorrência do evento danoso, em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo, haverá omissão específica e o Estado responde objetivamente.

Correspondente da corrente doutrinária que vislumbra a responsabilidade objetiva, só que num condão mais firme ao passo que não denota a aplicação por mais subsidiária que seja da teoria subjetiva estão os críticos doutrinadores SILVA (2004) e Meirelles (2010). O primeiro reintegra o pensamento dos demais doutrinadores demonstrando que “a legislação brasileira em especifica Carta Manga não fez qualquer distinção entre atos omissivos e comissivos não devendo o interprete fazer em face do principio da legalidade que fundamenta toda responsabilidade civil do estado”.

O doutrinador Silva (2004) acredita que:

A utilização da teoria objetiva na responsabilidade civil do estado não levaria a um status de garantidor universal do Estado levando a uma possível paralisação da maquina estatal com a interposição de pedidos genéricos de indenização por parte do particular. Utiliza o seguinte exemplo o doutrinador.

O doutrinador Meirelles (2010) descreve que:

Tome-se, como exemplo, a hipótese em que se configuram danos a particulares decorrentes de enchentes de vias publicas, tragicamente corriqueiras nos centros urbanos brasileiros. Inúmeras vezes, tem-se manifestado o Judiciário em despreço as sucessivas previsões constitucionais, no sentido da necessidade de se comprovar o mau funcionamento dos serviços públicos de escoamento de aguas-limpeza de geleiras, contenção de encostas, etc., para que se imponha a condenação da municipalidade .Se, ao revés, o operador adotasse a teoria do risco administrativo, nos termos da previsão constitucional, a construção não determinaria uma atribuição ilimitada de responsabilidade a cargo do Poder Publico.

O segundo doutrinador na mesma linha de pensamento enxerga que a ocorrência do dano já comprova a falta do serviço que justifica a indenização cabendo ao Estado comprovar a existência de excludentes caso a caso.

Explica Meirelles (2010. p. 142) que:

Uma parte da doutrina continua exigindo a prova da culpa da administração nos casos de predações por multidões e enchentes. Em tais hipóteses, entendemos que a culpa é anônima, constituindo o que se denomina “falta do serviço”, que não necessita ser provado, presumindo-se pelo simples fato de mau funcionamento do aparelho administrativo, como, aliás decidiu a jurisprudência no acórdão-líder de 1958. A ocorrência do dano comprova, por si só, que os serviços não funcionaram ou funcionaram mal, caracterizando, assim, a falta de serviço que justifica a indenização. A doutrina francesa reconhece, a esse respeito, que a falta de serviço não deixa de constituir uma falha da empresa ou do Estado. No caso, a falta do serviço, o resultado danoso e a prova da casualidade são elementos suficientes para ensejar a responsabilidade pública. E vimos que este tem sido o entendimento jurisprudencial, que presume a culpa da administração e só permite que ela exonere da responsabilidade fazendo a prova da força maior.

4.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No dicionário Aurélio igualdade é definido como qualidade ou estado de igual; expressão de uma relação entre seres matemáticos iguais. Como a Ciência do Direito é dirigida à sociedade, faz-se opção pela primeira definição. Os princípios além de serem uma garantia e um direito, são normas basilares dentro de qualquer ordenamento jurídico moderno.

Há várias concepções filosóficas para definir e legitimar a igualdade, dentre as quais se menciona: o idealismo, a teoria da igualdade pelo nascimento e o realismo. Os idealistas sustentam que a igualdade é ínsita aos homens. Isto é, o ser, em sentido lato, é que detém a igualdade. Por outro prisma, a teoria da igualdade pelo nascimento prega a existência da isonomia em razão da condição de nascimento, ou seja, os indivíduos nascem iguais e desiguais.

Nessa linha de pensamento Nunes (2009, p. 34) ressalta que:

O conceito de justiça ligado intimamente ao princípio da igualdade dentro da vertente de suas principais virtudes deve inculcar no intérprete do direito não uma mecânica de inserção automática dos casos concretos a letra nua das normas escritas, a exemplo do que pretendem alguns, mas sim concentrar essencialmente as virtudes da equidade, da dinâmica, da justiça de distribuição de méritos e deméritos.

Para os realistas a igualdade é um bem atribuído a todo homem, a toda pessoa humana. Todavia, reconhecem a existência das desigualdades sociais, políticas, econômicas que obliteram a consubstanciação da isonomia de fato.

O autor Silva (2004) dispõe em seu livro que “o princípio da igualdade não temido tantas discussões como o princípio da liberdade uma vez que, a isonomia constituiu o signo fundamental da democracia”. Por não admitir privilégios e distinções permitidos em um Estado liberal o princípio acaba destoando diretamente dos interesses da burguesia que visam domínio de classes.

Diante disto quase todas as Constituições somente reconhecem o princípio sob seu aspecto formal em uma igualdade perante o texto seco e frio da lei. Moraes (2005, p. 34) baseando-se na lição Aristotélica proclamou que:

A regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social,

proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura.

Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem.

A igualdade formal está presente em quase todos os diplomas constitucionais modernos e no Brasil desde a Constituição de 1891 quando se refere a expressão de que todos serão iguais perante a lei.

A isonomia estudada sob este prisma expressamente delineado no artigo 5º, caput da Constituição impede que os legisladores em face de uma igualdade na lei editem e publiquem leis que veiculem dispositivos e normas violadoras do princípio da igualdade.

Para Ferreira (1983) a igualdade perante a lei ou igualdade formal “deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser elaborada, devendo ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classes, como igualdade diante dos administradores e dos juízes”.

A igualdade material por outro lado é o instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, tirando-o da letra fria da lei para viabilizá-lo no mundo prático. Deve ser entendida como o tratamento igual e uniformizado de todos os seres humanos, bem como sua equiparação no que diz respeito a concessão de oportunidades de forma igualitária a todos os indivíduos.

A igualdade material é um princípio programático, uma meta ou um objetivo a ser alcançado pelo Estado em atuação conjunta com a sociedade. Necessita da edição de leis para minimizar as diferenças que não sejam naturais entre os indivíduos, mas também de atos concretos por parte do Poder Público e da mudança de posicionamento de toda a sociedade para que possamos chegar a plenitude do princípio.

A importância da igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e o considerem igualmente legítimos. Apenas em contexto de igualdade, poderiam

prevalecer a vontade geral e a ética comunitária que é por ela proposta, em substituição ao individualismo do homem hobbesiano.

Em uma sociedade igualitária, a política democrática deixaria de ser uma opção secundária, para passar como um fundamento moral capaz de provocar a adesão da generalidade do cidadão. Na obra de Moraes (2005) “a igualdade material é tão importante que o autor a alça à condição de grande objetivo do governo: precisamente por sempre tender a força das coisas a destruir a igualdade, a força da legislação deve sempre tender a mantê-la”.

Deste modo, a igualdade material limita a conduta das autoridades públicas e dos particulares já que impedem taxativamente a prática de atos discriminatórios ou preconceituosos sob pena de ensejar a responsabilização penal e cível de quem os praticou.

O sociólogo português Santos (2003, p. 250) conseguiu explicar com maestria que a igualdade tem o mesmo significado para o bem comum da sociedade:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado o princípio da isonomia está bem afetado a igualdade material com o condão de trazer um equilíbrio ao prejuízo causado ao particular do qual toda coletividade de forma direta ou indireta é beneficiada.

É interessante ressaltar que as funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. Isso porque a função estatal é bastante ampla e engloba serviços e ações essenciais à coexistência pacífica dos seres em sociedade e à sua própria manutenção, portanto, quanto maior o risco, mais cuidado deve ser despendido e menor o nível de aceitação nas falhas, implicando consequente responsabilização.

A ordem jurídica nacional é una, isto é, todos estão sujeitos à mesma estrutura normativa, inclusive o Estado. Assim sendo, se todos que causarem danos a outrem terão que indenizar, com o Estado não poderá ser diferente. Em face do princípio da isonomia de todos perante a lei, o Estado, assim como os demais indivíduos, serão sujeitos responsáveis pelos prejuízos que causarem a terceiros. É

uma coerência lógica o dever de uns e outros que, sem distinção, devem responder por seus comportamentos.

A autora Di Petro (2005, p. 230) ao justificar tal teoria justificou da seguinte forma:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade do ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.

Emerge assim a violação ao princípio da isonomia, tendo a indenização o objetivo de recompensar o excessivo ônus sofrido por um administrado, enquanto a sociedade está se beneficiando com a ação estatal. Se a sociedade tem o bônus também deve arcar com o ônus de seu comportamento, resultando o dever do estado de reparar o dano.

A violação ao princípio da isonomia este intimamente ligado à idéia de solidariedade social, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes de prejuízos especiais que oneram determinados particulares.

Para restabelecer o equilíbrio da relação, o Estado, com o dinheiro público deve indenizar os prejuízos sofridos por esse particular. Assim, o princípio da isonomia é grande fundamento da responsabilidade civil na teoria objetiva com condutas lícitas.

Assim elucida o estudioso Mello (2009, p.997):

No caso de comportamento lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição do ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

O Estado se torna obrigado a indenizar as suas ações que, em benefício de toda sociedade, causarem um gravame mais sério a um determinado administrado.

Enquanto todos ganham com a ação estatal, somente um administrado paga a conta dessa ação, o que não se coaduna com o princípio da isonomia.

Dessa forma, se a sociedade se beneficia com a conduta estatal, com a construção de um presídio ou com a instalação de uma usina nuclear, enquanto um administrado arca com os prejuízos desse ato, é razoável que os beneficiários, o povo, através do dinheiro público, recomponha os prejuízos da vítima, indenizando seus danos, aplicando os padrões da responsabilidade civil do Estado.

Os autores Alexandrino e Paulo (2011, p.755) esclarecem que:

A fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma repartição isonômica, equânime do ônus proveniente de atos ou dos efeitos oriundos das atividades da Administração. Evita-se, com a repartição, entre todos os cidadãos, do ônus financeiro da indenização, que somente alguns suportem os prejuízos ocorridos por causa de uma atividade desempenhada pelo Estado no interesse de todos. É a idéia fundamental: se todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração, todos devem igualmente suportar os riscos decorrentes dessa atividade, ainda que essa atividade tenha sido praticada de forma irregular, porém em nome da Administração. É, em última análise, mais uma face do princípio basilar da igualdade.

Assim, o princípio da isonomia é importante fundamento para o dever de indenizar do Estado, inicialmente porque, em uma ordem jurídica una, o comportamento de responsabilidade também deve ser único, tendo o Estado o mesmo compromisso que o particular de indenizar os danos de sua ação. Assim como não é justo que toda a sociedade ganhe quando um administrado está pagando a conta por isso; a indenização a esse indivíduo tem como propósito devolver o equilíbrio da relação e restabelecer o tratamento isonômico.

O princípio da legalidade é a base do Estado Democrático de Direito e garante que todos os conflitos sejam resolvidos pela lei. Para Mello (2009):

Enquanto o princípio do interesse público e da sua indisponibilidade é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso, considerado princípio basilar do regime jurídico-administrativo.

Essa regra poderá ser identificada em diversos dispositivos constitucionais, resultado do valor dado à legalidade pela Constituição. A enumeração inicia-se em seu art. 5º, inciso II, definindo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer

senão em virtude de lei, estabelecendo no art. 37, caput, que a Administração Pública tem que obedecer a esse princípio. Na lista de competências do Presidente, art. 84, inciso IV, o texto constitucional deixa claro que o ato administrativo é subordinado à lei e visa a permitir a sua fiel execução; e, novamente, no sistema tributário, art. 84, inciso I, institui que não há tributo sem lei anterior que o defina.

Para definir a legalidade, aplicando-se o ordenamento jurídico vigente, devem ser analisados dois enfoques diferentes. De um lado, tem-se a legalidade para o direito privado, onde as relações são travadas por particulares que visam aos seus próprios interesses, podendo fazer tudo aquilo que a lei não proibir. Por prestigiara autonomia da vontade, estabelece-se uma relação de não contradição à lei.

De outro lado, encontra-se a legalidade para o direito público, em que a situação é diferente, tendo em vista o interesse da coletividade que se representa. Observando esse princípio, a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina, instituindo-se um critério de subordinação à lei. Nesse caso, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal.

Com o objetivo de definir legalidade, seguindo esse mesmo enfoque, pode-se citar a frase lapidar de Seabra Fagundes: "Administrar é aplicar a lei, de ofício". Dessa maneira, a validade e a eficácia da atividade administrativa ficam condicionadas à observância da norma legal. Significa dizer que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos legais e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar-se ou desviar-se, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Entretanto, é necessário grifar que a exata compreensão do princípio da legalidade não exclui o exercício de atuação discricionária do administrador, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade do interesse público, o juízo de valor da autoridade e a sua liberdade. Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade e de abstração próprios da lei, subsistirão inúmeras situações em que a Administração terá de se valer da discricionariedade para efetivamente atender à finalidade legal o, como consequência, cumprir o princípio da legalidade.

Atualmente, a jurisprudência brasileira reconhece o princípio da legalidade em seu sentido amplo, condicionando-o não somente à aplicação da lei, mas também

das regras constitucionais, permitindo-se o controle de legalidade de um ato e sua revisão em face de qualquer espécie normativa, inclusive para realizar aplicação de princípios e regras constitucionais. Assim a análise de conformidade de um ato administrativo, com princípios como razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, além de outros que estão implícitos ou explícitos no texto constitucional, também representa controle de legalidade e, conseqüentemente, aplicação do princípio da legalidade em sentido amplo.

O princípio da legalidade também é fonte de fundamentação da responsabilidade extracontratual. A legalidade para o direito público é fazer aquilo que está previsto na lei, aquilo que a lei autoriza. O Administrador tem o dever de legalidade e quando pratica atos, em nome do Estado, e fora dos padrões previstos na lei, a pessoa jurídica terá que arcar com os danos gerados.

Também não se pode confundir princípio da legalidade, que significa submissão à Constituição e às leis, com princípio da reserva de lei, que se limita à forma de regulamentação de determinadas matérias, para a qual a Constituição indica uma espécie normativa específica.

Segundo Mello (2009), “No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade”.

Assim quanto aos atos ilícitos não resta qualquer dúvida sobre o dever de reparar o dano, razão pela qual não pairam dúvida que todo ato ilícito gera um prejuízo indenizável, ficando a controvérsia somente quanto aos atos lícitos cometidos pelo Estado.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE AO PRINCIPIO DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE NA PERSPECTIVA SOCIAL VIGENTE.

A aplicação da responsabilidade extracontratual do Estado ao longo da história representou um espelho dos moldes culturais, dos sistemas de governos adotados, dos fatores sociais, econômicos, científicos vivenciados e amoldado à época. De tamanha importância no caminho a ser percorrido pela responsabilidade

se faz necessário observar o nível atual de intervenção estatal no plano da população.

Com pequeno esforço é fácil notar um Estado repleto de normas intervencionistas, buscando cada vez mais interferir na vida privada chegando a diversos casos a extrapolar a barreira dos direitos individuais. Esse tipo de comportamento estatal é visualizado em todos os campos desde a economia, a indústria, nas manifestações populares, nas descobertas científicas, nas relações de consumo e principalmente na forma contributiva explorando com uma carga enorme de impostos os cidadãos.

Tal conduta Administrativa é uma via de mão dupla, ou de forma mais exemplificativa uma gangorra que contem em seus polos as limitações e prerrogativas da Administração Pública. O estado possui prerrogativas para que possa impor a sua vontade ao mesmo passo que possui limitações para que exerça o serviço público visando sempre o bem da coletividade. A proporção é inversamente proporcional na medida em que impõe condutas, regulamentos e comportamentos de fazer e não fazer ao particular se vê com maior carga de responsabilidade para com o particular.

Sob o prisma da conjuntura da prestação do serviço atual é possível entender que apesar da existência do princípio da reserva do possível galgado na distribuição de capital necessário para consecução eficaz da prestação do serviço público, não é satisfatório tal prestação do serviço. É de ampla notoriedade a má prestação do serviço público, da falta do serviço, não cabendo neste momento buscar as devidas explicações para devido acontecimento. É fato.

A doutrinadora Marinela (2012, p. 178) expõe a cerca da intervenção estatal e a interferência na responsabilidade civil aduzindo que:

Dessa maneira, para o Estado se eximir da responsabilidade, deve-se observar as condições reais. Se o serviço é organizado e eficiente, mas não foi possível impedir o evento danoso por força alheia à vontade estatal, não lhe cabe responsabilização. Assim, quando há omissão do Estado, este não agiu ou agiu de forma insuficiente para impedir o dano, assumindo comportamento inferior ao padrão normal exigível, podendo ter impedido, mas não o fez, há dever de indenizar.

Além da prestação ineficaz se faz necessário observar o quanto se tornou visível, estampado e repetitivo. Há uma inversão na dinâmica da prestação do

serviço público, a regra é ser insatisfatório, o normal é não ser prestado o serviço quando teria o dever legal de prestar. Essa inversão conduz a uma interpretação de ampliação no dever de responsabilização do Estado para com o particular. Cresce os casos em que o Estado passa a ser responsável direito pelos danos causados ao particular. A repetitiva falta de serviço modifica o cenário da responsabilização ao passo que transforma responsabilidade subjetiva em objetiva, ou seja no trabalho em análise dos atos omissivos do estado, os atos genéricos tem uma tendência movida pela influencia social em passar a configurar como específicos.

O principio da legalidade no âmbito da responsabilidade aquiliana dá um amparo para a utilização da teoria objetiva nos atos omissivos haja vista este totalmente respaldado pelo Código Civil e Constituição Federal. Para Santos (2003, p. 78) não resta quanto a interpretação da legislativa ao estabelecer:

Enxergamos no art. 37, § 6º da Constituição Federal espaço também para os comportamentos omissivos, pois ,para a hipótese como vimos, ali só esta expressa uma presunção de culpa, e as elidentes encontram-se não esclarecidas. E, como são reconhecidas no caso de comportamentos omissivos, aplica-se sem problema o dispositivo constitucional.

Outro sustentáculo da responsabilidade extracontratual do estado nos atos omissivos está no principio da isonomia ou da legalidade. No contexto da responsabilização estatal é salutar o entendimento do equilibrio necessário entre a proporcionalidade dos benefícios concedidos a toda uma coletividade e os prejuízos que devem ser suportados por todos. Não se admitindo que recaia toda carga de prejuízos advindos da atividade particular sobre um determinado cidadão. O dever de indenização do estado esta fielmente ligado a interpretação isonômica dos prejuízos a serem arcados de um particular em nome de toda coletividade beneficiada.

O contexto social tendencioso a modificação no cenário da responsabilidade civil do Estado aliado a fundados princípios a serem seguidos da legalidade e da isonomia criam um arcabouço de segurança para maior incidência da responsabilidade objetiva no dever de reparar nos casos de omissão da Administração. Dando fomento a essa interpretação está o entendimento do pouco risco advindo com tal posicionalmente, haja vista que surge dois caminhos a seguir que não tornam o Estado com a denominação de garantidor universal. Dentre os caminhos está a possibilidade da culpa ser observada somente pelo Estado diante

do caso concreto, e também a tendência de ampliação dos casos de omissão específica gerando inevitável esporádico uso da responsabilidade.

5 CONCLUSÃO

A construção desse trabalho tornou possível levar a efeito uma análise a respeito da compreensão e importância dos instrumentos controladores da atividade discricionária do Estado, notadamente, os princípios administrativos.

Por meio da pesquisa, também obteve conhecimento sobre a influência que o meio social detém na juridicidade da Administração. Os limites e prerrogativas devem possuir um vínculo muito importante como a forma de Estado e de sociedade estabelecida. Responsabilidade civil do estado não é fixa sendo aperfeiçoada na conjuntura administrativa vivenciada.

Não se deve negar a importância dos princípios da legalidade e da isonomia no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado servindo como sustentáculo e direcionamento a ser seguido. O respaldo na legislação vigente seguido fielmente pelo Administrador e a consecução de uma relação de equilíbrio entre os bônus advindos da atividade administrativa e seus ônus deve igualmente ser arcadas por toda a coletividade.

Os doutrinadores por sua vez, detêm imenso significado para a evolução dos conceitos de Administração. A Evolução histórica parece estagnado quando não há pesquisa, discussões e aprofundamento sobre temas jurídicos. O dever de indenizar do Estado aos particulares só obtém êxito e justiça quando questionado incessantemente pelos pesquisadores.

Deve-se exortar que qualquer entendimento a respeito da responsabilidade aquiliana deve passar primariamente pelas teorias norteadoras, das quais destaca-se especificamente a teoria do risco administrativo e na teoria do risco integral, como também pelos princípios da administração pública em específico o da legalidade e da isonomia além de possuir uma ampla visão de comportamento social e nível de intervenção estatal.

Adentrando na matéria da responsabilidade estatal quanto aos atos de omissão verifica-se entendimentos distintos que percorrem entre o campo da teoria da responsabilização objetiva, fazendo necessário somente a comprovação da conduta, do nexos de causalidade e do dano, e o âmbito da teoria subjetiva, que necessita além dos três elementos da responsabilidade objetiva da interpretação da existência de culpa em sentido amplo, dolo e culpa.

Com a concatenação dos princípios, das teorias norteadoras, da influencia social e forte modelo intervencionista do estado emerge a possibilidade e tendência de adesão da teoria da responsabilidade objetiva como regra modificando o cenário doutrinário atual.

A preocupação com possíveis prejuízos para o Estado é minimizada ao passo que não configurará a Administração como garantidor universal. Surge duas direções a serem traçadas. A observação da culpa em sentido amplo feita pelo Estado e não mas pelo particular no caso concreto vem a possibilitar e solucionar o difícil e injusto dever de comprovar a culpa administrativa. Também não fica o estado impossibilitado de no caso em análise direcionar para as excludentes de culpabilidade nem tampouco excluído a utilização da responsabilidade subjetiva, apenas toma um condão de maior subsidiariedade.

A outra tendência forte no tocante aos atos de omissão estatal esta ligada a má prestação estatal que faz ampliar e transformar cada vez, mas a omissão genérica em omissão específica, modificando assim, a responsabilidade para a esfera da objetividade.

Somente assim poderá se visualizar uma Administração pública pautada nos mais mezinhos princípios constitucionais, adaptada as necessidades sociais, pressionado por melhor prestação do serviço publico e consonante com a sua fiel finalidade, alcançar o fim público.

REFERENCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. 2. ed. Recife: Complexo Editorial Renato Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CF. **Responsabilidade Extracontratual do Estado**. São Paulo: 2012.

_____. **Responsabilidade do Estado**. São Paulo: 1034, 1937, 1946, 1967, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 770.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo** / Fernanda Marinela. Niterói: Impetus, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celson Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUNES, Cláudio Pedrosa. **Monografia apresentada no Curso de Mestrado em Direito**. UFPE/IESP. São Paulo: 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, B. de S. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23^o ed. Malheiros: São Paulo: 2004.