

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NAS CONDUTAS OMISSIVAS

Gabriela Aracy Linhares Ferreira
Petrúcia Costa Souto

RESUMO

O objeto deste artigo é o estudo da questão responsabilidade civil do estado, na modalidade omissiva, primando pela demonstração das orientações doutrinárias, e, especialmente, o entendimento dominante do supremo tribunal federal no que atine ao tópico. Desse modo, o grande objetivo é saber quais os casos em que o STF pretende utilizar a teoria do risco administrativo, à qual fundamenta a responsabilidade objetiva, nos casos de omissão que geram prejuízos a terceiros, ou se vai se valer da responsabilidade subjetiva, na qual só será possível imputar obrigação a administração de ressarcir, mediante comprovação de sua culpa.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Omissão do estado. Teoria do risco administrativo. Teoria da culpa administrativa. Dano.

ABSTRACT

The objective of this article is to accurately study the state civil responsibility, under the omission modality, excelling for doctrinal guidance demonstrations, and, especially, for the dominant understanding of the Supreme Federal Court about the topic. Therefore, the major objective it is to know in which cases the STF intend to use the risc administrative theory, base for the objective responsibility in case of omission that causes social prejudice, or use subjective responsibility, in which case the responsibility will be restrict to compensation by administration refering to a faults comprovation.

KEY WORDS: Liability. Omission of the State. Administrative Theory of Risk. Administrative Theory of Guilt. Damage

1 INTRODUÇÃO

O tema em apreciação merece posição de destaque nos assuntos concernentes ao Direito Administrativo, vez que não se trata de matéria incontroversa nos âmbitos da doutrina e da jurisprudência. Certo é que a responsabilidade do estado, por ato de seus agentes nesta qualidade, será objetiva nas condutas positivas, isto é, quando o estado, por ação, seja lícita ou ilícita, causar danos ao particular.

Mas, e nas hipóteses de inação estatal? O fato de o estado se omitir, e, em decorrência desta omissão, causar danos aos particulares, responde a administração independentemente de culpa, ou só estará obrigada a repará-los quando comprovada a existência daquele elemento subjetivo na consumação do fato danoso? A discussão é de tão grande dimensão que está longe de um entendimento uniforme tanto na doutrina quanto na jurisprudência do supremo tribunal federal.

Insta salientar que o objetivo deste trabalho é versar acerca da responsabilidade do estado por omissão no campo administrativo, o que leva a concluir que estão excluídos os comentários que tratam das responsabilidades do estado-juiz e do estado-legislador.

Inicialmente, tratar-se-á dos conceitos relativos à responsabilidade, não só no campo administrativo, como também sendo explicitada a origem do tema no direito privado, na parte responsabilidade extracontratual ou aquiliana do direito civil.

Posteriormente, se verá os estágios de evolução pelos quais passaram a responsabilidade do Estado, em uma descrição histórica, rumo à adoção atual da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, regra consolidada na carta política de 1988. Versará, ainda, sobre as razões que induziram o legislador pátrio a manter na atual lei maior a teoria ora aludida, bem como as causas que ensejam as chamadas excludentes de responsabilidade.

Ademais, serão explanadas orientações a respeito do tema de diversos doutrinadores administrativistas. Dentre muitos entendimentos divergentes, há uma corrente majoritária que defende a tese de que necessário se faz a presença da culpa anônima do serviço ou a *faute du service* a fim de o lesado se ver ressarcido do prejuízo experimentado frente a uma conduta negativa do estado, em que pese o regramento da responsabilidade sem culpa trazido desde a constituição da república de 1946, e que perdura até hoje, recepcionada pela constituição de 1988, até então vigente.

Por fim, o estudo será complementado com a análise dos julgados da mais alta corte do poder judiciário, o supremo tribunal federal, incumbido de dar a última palavra em questões relacionadas à interpretação das normas constitucionais. Este tribunal tutela a responsabilidade subjetiva nas situações de omissão do poder público, em conformidade com o que reza a doutrina predominante, como foi citado anteriormente. Entretanto, eventualmente acolhe outros posicionamentos a depender do caso concreto, se, ao examiná-lo, o julgador deduzir intenso gravame ao lesado em virtude da conduta omissiva da administração, situação na qual entenderá que o estado se comportou de modo a incorrer na caracterização da responsabilização objetiva.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Responsabilidade civil, do latim *respondere*, em sentido amplo, significa a obrigação imputada a alguém de responder por algo que tenha causado danos a terceiros por fato lesivo voluntário. Savatier define como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

Observa-se notadamente pelo seu conceito que a responsabilidade civil tem sua origem no âmbito do direito privado, e de forma mais precisa, em direito civil, no qual o agente à título de dolo ou culpa responde pelo prejuízo patrimonial experimentado pela vítima do fato lesivo ocasionado por àquele.

Nesse contexto, vale ressaltar, que há duas modalidades de responsabilidade civil, quais sejam, a contratual e a extracontratual ou aquiliana. Aqui, nos interessa somente tratar da responsabilidade extracontratual, derivada dos atos ilícitos, previstos pelo legislador no art. 186 do código civil de 2002, a seguir transcrito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

E fica obrigado a repará-lo como a consequência disciplinada no art. 927 do Diploma Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na modalidade de responsabilidade em questão, é mister o preenchimento de quatro requisitos para sua configuração:

- a) a culpa em sentido amplo, abarcando o dolo;
- b) a culpa em sentido estrito, que é aquela decorrente da negligência, imprudência e imperícia; a ocorrência de um dano patrimonial ou moral; e
- c) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e o comportamento do agente, uma vez que este só responde se houver uma relação direta ou indireta de sua ação ou omissão com o dano experimentado, ou seja, este ocorreu porque tão-somente houve uma conduta positiva ou negativa por parte do agente de maneira efetiva.

Feitas estas considerações em linhas gerais tocantes ao tema, agora passemos a desenvolvê-lo à luz do direito administrativo, ramo do direito público, nos atendo à responsabilização civil do estado por omissão, questão bastante relevante na comunidade jurídica e objeto do presente trabalho.

Portanto, aqui, neste trabalho, o alguém que responde pelo fato causador do dano é o estado, e em virtude desse dano está obrigado a indenizar, conforme o art. 37, § 6º da constituição federal, a seguir transcrito:

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

(...)

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

Como se pode extrair do art. 37, §6º da CF, a responsabilidade civil do Estado é extracontratual ou aquiliana, o que significa dizer que ela não se confunde com a responsabilidade contratual, nem com a penal e nem com a da seara administrativa.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “responsabilidade civil da administração é, pois, a que impõe à fazenda pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

Vigora, ainda, em se tratando do tema responsabilidade, o princípio da independência das instâncias, pois aquilo que é decidido na esfera penal não vincula, em regra, o que é decidido na esfera cível nem tampouco o que é decidido na esfera administrativa. Entretanto, há duas exceções a este princípio. Quando houver, no âmbito penal, sentença absolutória na qual ficar provada a inexistência do fato ou a negativa de autoria durante o processo crime, a esfera penal vinculará as demais, fazendo coisa julgada material.

4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Para que o estado responda sem culpa, deve-se preencher três requisitos:

- a) Ação do ente estatal;
- b) Dano causado ao administrado
- c) Nexô causal entre a atuação do Estado e esse dano.

5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

A doutrina nem sempre atribuiu a responsabilidade ao ente estatal. Na época da monarquia absolutista vigorava a teoria da irresponsabilidade do estado, visto que personificado na figura do rei, nunca errava, e, se errasse não lhes era imputado nem aos seus representantes qualquer responsabilidade por atos lesivos aos súditos.

6 TEORIA DA CULPA CIVIL COMUM

Longe de atender aos anseios de justiça daquele que era vítima de um prejuízo causado pelo Estado, a doutrina deu um passo à frente e veio a chamada responsabilidade com culpa civil comum. Esta doutrina traz à baila uma forma de imputar ao estado a responsabilidade baseada nos preceitos do direito privado buscando equipará-lo ao indivíduo, no que restava caracterizada a responsabilidade civil subjetiva. Para o estado indenizar, o lesado teria que

demonstrar a culpa ou dolo do agente, que conduzia a responsabilidade do estado. Porém, perdeu espaço para a doutrina da responsabilidade sem culpa, visto que, segundo o professor Hely Lopes Meirelles (2003, p. 622):

Não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados..

Além disso, era muito difícil para a vítima demonstrar que o agente havia agido com dolo ou com culpa, culminado no não ressarcimento pelos danos ocasionados pelo estado.

7 TEORIAS PUBLICISTAS

Com a insuficiência das teorias civilistas, vieram, então, as teorias publicistas. A primeira delas a teoria da culpa administrativa representou uma transição da doutrina subjetiva da culpa civil e a da responsabilidade objetiva. Antes, o que deveria ser demonstrado era a culpa ou dolo do agente. Agora, por meio da culpa administrativa, para fins de indenização por parte da administração pública por danos experimentados pelo particular deve-se provar a *faute du service* ou a falta do serviço. A falta do serviço pode se efetivar por três formas, quais sejam, a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Portanto, a comprovação da culpa objetiva do estado através de uma dessas três formas, ensejaria a indenização ao particular.

Em que pese a nítida evolução doutrinária no campo da responsabilidade estatal, ainda era preciso avançar para a então denominada teoria objetiva do estado. Por essa teoria, surge a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa. A vítima não precisa provar nem a culpa nem o dolo do agente nem muito menos a falta do serviço. Basta que haja um nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano ocorrido, sem que para isso tenha concorrido o particular. Todavia, existe a possibilidade da administração se desobrigar total ou parcialmente da reparação. Se comprovar que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, não há que se falar em indenização pelo Estado. De igual maneira, se comprovar que a vítima concorreu para o evento danoso, terá atenuada sua obrigação. Esta é a teoria adotada, como regra, pelo art. 37, § 6º da nossa constituição federal na modalidade do risco administrativo.

O ministro do supremo tribunal federal Carlos Velloso assevera que:

Segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do mau funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e ato do agente público.

8 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

O Estado responde objetivamente por atos ilícitos como também pelos lícitos causadores de dano. Pois bem, o que justifica a responsabilidade estatal pelos atos ilícitos é o princípio que conduz toda a atividade da administração pública, o princípio da legalidade. Isto significa dizer, que é dever do Estado a observância, a subordinação, a obediência à lei. No momento em que se verifica a desobediência à lei pelo administrador público, causando prejuízos a terceiros, o estado, inevitavelmente, é o responsável.

De acordo com o princípio da igualdade, a responsabilidade estatal é objetiva, ainda que tenha realizado ato lícito, vez que esse ato, mesmo sendo lícito, gerou danos ao particular, aptos de serem indenizados.

O ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello define a responsabilidade objetiva como “a obrigação de indenizar que cabe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”.

Ainda em atenção ao princípio da igualdade traduz Maria Sylvia Zanella de Pietro:

Quando uma pessoa sofre um ônus maior 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.

Dentre outros motivos que levam o estado a ser responsabilizado pelos atos comissivos, a doutrina aponta as funções inerentes a ele como a atuação policial, a realização de grandes obras, as quais, inevitavelmente, provocam danos mais intensos que o normal, colocando-o na posição de garantidor no ressarcimento dos danos que efetivamente causou a terceiros, haja vista a necessidade de sua atuação positiva em nome do cumprimento dos deveres públicos. Nesse contexto, não há a possibilidade de o particular se isentar de eventuais prejuízos que venha a sofrer pelas atitudes estatais, considerando que é sempre o poder público que dita os termos de sua atividade.

Depois de feitas considerações gerais acerca da responsabilidade objetiva do estado, passa-se a analisar os requisitos necessários para sua configuração.

Como já explanado anteriormente esses requisitos são a ação do agente; o dano causado ao administrado e; o nexo de causalidade entre a atuação do estado e o dano.

Destinchando tais requisitos, o primeiro deles é que a conduta comissiva praticada por agente das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Tais pessoas respondem sem o mister de culpa ou dolo pelos atos lesivos praticados por seus agentes contra terceiros, desde que tenham agido na qualidade de agentes públicos.

9 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO NO BRASIL

Estabelece o art. 43 do Código Civil:

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

O novel diploma civil segue a linha da constituição federal, impondo à fazenda pública a obrigação de reparar os danos decorrentes dos atos das pessoas jurídicas de direito público, devendo se voltar contra seus agentes, nos casos de dolo ou culpa.

Como já dito anteriormente, a constituição federal consagra a responsabilidade objetiva como a regra. Por conseguinte, é a aplicada no estado brasileiro. Em exame ao dispositivo constitucional que rege a matéria, Hely Lopes Meirelles alega que:

O constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados. Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as pessoas físicas e as pessoas jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos.

10 TEORIA DA PRESENTAÇÃO

Considerando os atos praticados pelo agente público, que agindo nessa qualidade resultam danos a terceiros, insta mencionar a chamada teoria da apresentação. De acordo com esta teoria, todo ato emanado de um agente público é imputado diretamente à administração Pública. Isto significa dizer que o ato é praticado pela própria administração, sendo o agente público um mero presentante do ato.

Esta teoria traz consequências relevantes para o mundo jurídico. Uma delas é a impossibilidade de se demandar diretamente contra o agente público para a reparação do dano, devendo acionar somente o estado, o qual poderá se voltar, regressivamente, em face do agente, nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da CF).

O segundo requisito, o dano, requer que a lesão tenha atingido direito da vítima, a sua esfera juridicamente protegida. Além disso, o dano deve se mostrar necessário, certo, visto que não se indeniza dano eventual ou hipotético; deve ser especial de modo que atinja pessoas em particular, e não a coletividade e; anormal, ultrapassando os casos de mero dissabor do cotidiano.

E, por último, o requisito do nexo da causalidade entre a conduta estatal e o dano, a qual determina que deva haver um nexo entre ato expedido pelo estado e o dano sofrido pelo terceiro.

De conformidade com o entendimento do STF, não há nexo de causalidade entre a ação do Estado e o dano causado a terceiro quando detento que foge da prisão, e tempos depois comete crimes danosos ou quando o crime é praticado com ajuda de comparsas (STF, AR 1.376). Porém, em um caso específico (STF, RE 409.203) no qual um presidiário era fugitivo contumaz, escapando por sete vezes da prisão, estuprou menor de 12 anos, o que levou a suprema corte a entender que havia nexo de causalidade, uma vez que restou caracterizada a omissão do estado, pois se a lei de execução penal tivesse sido devidamente aplicada como a própria determina, isto é, se o preso estivesse regredido para o regime fechado, não teria conseguido fugir pela oitava vez e logo não teria cometido o crime.

11 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Com a evolução histórica em tema de responsabilidade, o Brasil passou da teoria da irresponsabilidade à teoria do risco administrativo, adotando-se um sistema misto em meio aos extremos. Desse modo, a administração nem é totalmente isenta de responder pelos danos

decorrentes de sua conduta nem pode deixar de reconhecer os casos que excluem integralmente o nexo de causalidade entre sua conduta e a causação de danos a terceiros: a força maior; a culpa exclusiva de terceiro e; a culpa exclusiva da vítima.

Como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível.

12 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

A responsabilidade objetiva do estado com fulcro na teoria do risco administrativo e no art. 37, § 6º da CF é tema consolidado em matéria de responsabilidade estatal. Entretanto, há grande controvérsia na doutrina e jurisprudência pátria quanto à aplicação da norma constitucional para as condutas omissivas do estado.

A doutrina é bastante divergente, visto que alguns defendem que a responsabilidade por omissão é objetiva e outros que é subjetiva, neste último caso, imprescindível será a imputação de culpa da administração.

CELSONO se manifesta pela responsabilidade subjetiva da administração nos casos de omissão sem se ater à interpretação constitucional, fundamentando sua opinião nos princípios do estado democrático de direito. Afirmo o autor:

Parece-nos que a solução correta do problema, à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito – prescindindo-se, pois, de disposições particulares porventura estabelecidas nos Direitos Positivos Constitucionais – exige o discrímen de três situações distintas a saber:

- a) Casos em que o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata-se portanto de conduta positiva, é dizer, comissiva, do Estado.
- b) Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o poder público tinha o dever de evitar. É a hipótese da ‘falta do serviço’, nas modalidades em que o ‘serviço não funcionou’ ou ‘funcionou tardiamente’, ou ainda, funcionou de modo incapaz de obstar a lesão. Excluiu-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se aqui apenas de conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) de dano.
- c) Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do dano,

porque expôs alguém a risco (em geral – embora nem sempre – em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses, pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação.

É fácil perceber a partir do texto acima citado, que o jurista defende a tese da responsabilidade subjetiva por omissão sob o alicerce dos princípios gerais, uma vez que inexistente previsão da responsabilidade subjetiva no direito positivo.

A origem do dano é relevante de modo que definirá a responsabilidade estatal, pois será objetiva nos comportamentos comissivos e subjetiva nos omissivos.

Igualmente, o estado só responderá pela reparação dos danos produzidos derivados de sua conduta omissiva quando tiver a obrigação de evitar o prejuízo e não o fez, cometendo um ato ilícito, haja vista contrariou um mandamento legal.

Defende o autor, ainda, que a omissão do estado não dá causa direta ao dano, mas somente cria condições para sua ocorrência:

De fato, na hipótese cogitada o Estado não é autor do dano. Em rigor, não se 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 houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

Apesar das considerações acima expostas pelo autor, reconhece situações nas quais o estado responderá objetivamente:

Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato omissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva. Com efeito, nas hipóteses ora cogitadas, uma atuação positiva do Estado, sem ser a geradora imediata do dano, entra decisivamente em sua linha de causação.

Finalizando esta ideia ressalta:

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

José dos Santos Carvalho Filho defende a ideia de que o estado terá de indenizar quando presente a culpa por descumprir um dever legal e que, por conseguinte, não evitou a consumação do dano. Contudo outro autor Carvalho Filho ressalva:

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos (2010, p. 613).

Na mesma linha de pensamento, assevera Maria Sylvia Zanella de Pietro:

(...) neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute de service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público.

Por outro lado, parte da doutrina entende que a responsabilidade objetiva abarca também as condutas omissivas. Segundo Hely Lopes Meirelles:

Esta é a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico, prevista no art. 1.060 do antigo Código Civil, bem como no art. 403 do novo Código. Portanto, será causa do dano aquela que está mais próxima deste, imediatamente (sem intervalo) e diretamente (sem intermediário).

AUGUSTO VINÍCIUS FONSECA SILVA também se contrapõe à teoria subjetiva:

Se se exige a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade estatal por atos omissivos, como quer o insigne Celso Antônio Bandeira de Mello, *data venia*, restaura-se a situação de desigualdade da vítima/usuário do serviço público danoso, além de constituir a exigência verdadeiro retrocesso na escala evolutiva da responsabilidade civil estatal. A conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser deixada de lado. A vulnerabilidade da parte mais fraca é reconhecimento da cidadania e concretizante do princípio da igualdade material.

APARECIDA VENDRAMEL, também concorda com a adoção da teoria objetiva em qualquer caso:

Responsabilizar-se o Estado por danos decorrentes de sua omissão, não significa responsabilizá-lo por nada, por um não ato, significa sim

responsabilizá-lo por um comportamento contrário ao direito, portanto, ato ilícito por infringência ao princípio da legalidade.

A mesma autora se manifesta mais especificamente sobre o assunto:

Alguns doutrinadores acreditam ser subjetiva a responsabilidade do Estado decorrente de omissão. Embasam sua tese no entendimento de que a omissão não é ato, portanto, se inexistente o ato, não há que se falar sobre incidência de regra jurídica que responsabilize o Estado por danos oriundos deste comportamento. Contudo, abandonando os conceitos propostos e partindo para uma interpretação lógico-jurídica da norma que responsabiliza o Estado por danos advindos do comportamento de seus agentes – omissivos ou comissivos – extraímos o significado de omissão, caracterizando-se como tomada de posição. Toma-se posição para agir ou para não agir, inclusive na diuturnidade da vida. Se omissão é tomada de posição, então omissão é conduta, é ação e, embora ação negativa, de ação se trata.

JOANA CAROLINA LINS PEREIRA segue a mesmo posicionamento de Bandeira de Mello, mas adiciona o princípio da razoabilidade para delimitar a obrigação do estado de reparar o dano emergente de omissão:

E quando poderíamos atribuir à omissão estatal a pecha de ato ilícito, quando estaria caracterizada a culpabilidade? Quando a omissão estatal caracterizar descumprimento de lei; quando a conduta do Estado, deixando de atender o mandamento legal, importar dano a alguém.

É imprescindível, no entanto, que a obrigação possa ser razoavelmente exigida no Estado. É dizer não podemos condená-lo a pagar indenização pela ocorrência de dano que não poderia razoavelmente impedir. O Estado não é onipresente, não se pode exigir do mesmo uma atuação materialmente impossível.

SERGIO CAVALIERI FILHO classifica a omissão estatal em genérica e específica para imputar, ou não, a responsabilidade ao estado independente de culpa. Para o autor, quando se verificar a omissão específica, o estado é obrigado a indenizar os danos resultantes de sua conduta omissiva. O referido doutrinador, cita um exemplo à título de esclarecimento da distinção entre as duas espécies de omissão:

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

É interessante notar que seguindo o posicionamento de Celso Antônio Bandeira Mello, grande parte da doutrina advoga a favor da tese da responsabilidade subjetiva por omissão,

que reside na obrigação de o estado reparar os danos provenientes de conduta omissiva somente quando verificado o elemento subjetivo culpa.

13 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência não é uniforme nas decisões que envolvem a responsabilidade do Estado nas condutas omissivas. Momentos há em que preferem adotar a responsabilidade subjetiva, e outros nos quais se inclinam pela responsabilidade objetiva. Muito embora se mostre oscilante entre uma modalidade e outra, propendem mais pela responsabilidade subjetiva, fundada na *faute du service* ou “culpa anônima do serviço”, filiando-se à posição da doutrina majoritária.

A predominância desta orientação na maioria dos julgados da suprema corte, se justifica pela tendência de sempre manter a supremacia da lei, ao contrário das instâncias ordinárias que buscam promover a justiça.

A responsabilidade objetiva do estado vigora no ordenamento jurídico pátrio desde a vigência da constituição federal de 1946, mas já naquela época o supremo tribunal federal dificilmente condenava o estado a indenizar por condutas omissivas sem que houvesse sido comprovada sua culpa pela falta do serviço. Conforme atesta o mestre Caio Tácito:

É expressiva a constância com que o Poder Público condiciona a reparação de danos resultantes de movimentos militares ou multitudinários ao elemento subjetivo da negligência, omissão ou pouca diligência das autoridades públicas na garantia do patrimônio privado. O conceito da falta do serviço é o ponto de referência para a outorga de indenizações, em que se tem sido sóbria, de ordinário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Completando a conclusão extraída por pelo mestre supramencionado, eis algumas ementas de decisões do STF:

Quando provada a culpa, por omissão ou falta de diligência das autoridades policiais, o Estado responde civilmente pelas depredações praticadas pela multidão enfurecida. Matéria de fato. Não se conhece do apelo (RE 17.803, Relator Ministro Barros Barreto, DJ 14/9/53).
Responsabilidade Civil do Estado. Ato omissivo. Detento morto por companheiro de cela. Notória periculosidade do assassino. Culpa provada dos agentes administrativos, por omissão concorrente para a consumação do evento danoso. Recurso extraordinário do Estado não conhecido (RE 81.602/RJ, Relator Ministro Bilac Pinto, DJ 7/5/76).

Cunha Peixoto, ministro relator, em decisão prolatada em recurso especial sobre caso concreto semelhante, igualmente aponta a preferência da corte pela comprovação do elemento culpa, manifestada pela seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. DETENTO MORTO POR COMPANHEIRO DE CELA.

A teoria hoje dominante é que baseia a responsabilidade do Estado, objetivamente, no mau funcionamento do serviço, independentemente da culpa do agente administrativo.

Culpa provada dos agentes da Administração por omissão concorrente para a consumação do evento danoso (RE 84.072 – Relator Ministro Cunha Peixoto. DJ 13/5/77).

Conclui-se pelo entendimento exprimido pelo eminente ministro que a responsabilidade será objetiva nas condutas omissivas quando restar claro que o dano ocorreu em razão do mau funcionamento do serviço. Isto quer dizer, que se os agentes prestassem o serviço de maneira eficaz, se o serviço fosse bom, o fato danoso não teria se consumado. Neste caso o estado responde, ainda que por omissão, independentemente de culpa.

Em ementa mais recente, também não foi afastada a regra contida no art. 37, § 6º da constituição federal, em casos crime de homicídio praticado em cela:

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

Descabida a alegação de ofensa ao art. 37, § 6º da CF. Recurso não conhecido (RE 170.014/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 13/02/98).

Data venia, a douta decisão do ministro relator da ementa supramencionada, apresenta um equívoco quanto aos elementos configuradores da responsabilidade objetiva. Não se pode estabelecer nexo de causalidade entre a omissão e o dano, haja vista que uma omissão na causa dano direito. O nexo de causalidade é possível apenas e tão somente entre uma conduta comissiva. Aí sim, através de uma ação que se pode produzir um dano.

Em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, nos caso em que a lesão suportada pela vítima é demasiadamente grave, o STF afasta a incidência da responsabilidade subjetiva em seus julgados. É o que se vê da seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL.

1. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas.
2. Pretensão de procedência da demanda indenizatória.
3. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio.
4. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença (RE 215.981, Relator Ministro Néri da Silveira).

O Estado tem a obrigação de zelar pela integridade física do preso, o qual permanece sob sua custódia devendo ser responsabilizado civilmente quando trata de forma negligente a situação e cada detento. No caso concreto apresentado, o preso estava sofrendo ameaças de morte, fato que foi levado ao conhecimento à direção da prisão, que nada fez para deter a consumação do delito.

Não obstante sejam raros nos julgados do supremo a aplicação da responsabilidade objetiva por omissão, é bom citar mais uma decisão prolatada pelo ilustríssimo ministro Celso de Mello que reputou ser objetiva a responsabilidade estatal no caso em que uma aluna de escola pública sofreu grave lesão no olho provocado pela colega por meio de uma agulha de injeção:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos, por ação ou omissão, houverem dado causa.

De outro lado, ainda que ausente qualquer parcela de responsabilidade da servidora municipal (professora da escola pública) na eclosão do evento de que resultou a cegueira parcial da aluna de sua própria classe, tal circunstância só por si, não teria o condão de exonerar o Município do Rio de Janeiro/RJ da responsabilidade civil – que é objetiva – decorrente de fato danoso em questão (RE 109.615/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 02/08/96).

O conteúdo dos julgados leva a crer que a clara intenção do tribunal em defender os interesses do cidadão frente ao poder estatal, ao decidir os casos concretos baseados na responsabilidade objetiva do estado por omissão. No entanto, para que seja possível a responsabilização na hipótese de omissão, considera relevante a conferência do mau funcionamento do serviço, em conformidade com a teoria do acidente administrativo.

Outro julgado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço — *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, coma culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido." (STF-, 2ª Turma, RE 382054/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 01-10-2004, p. 00037). (grifos nossos).¹¹

Sucedo, entretanto, que, em decisão recente, constante no informativo n.502, o Supremo atenuou sua novel posição quanto à natureza subjetiva da responsabilidade do Estado por omissão, levando em conta situações especiais. Vejamos:

"O Tribunal, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em suspensão de tutela antecipada para manter decisão interlocutória proferida por desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que concedera parcialmente pedido formulado em ação de indenização por perdas e danos morais e materiais para determinar que o mencionado Estado-membro pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular - MDM no agravante, como profissional por este requerido. Na espécie, o agravante, que teria ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, ajuizara a ação indenizatória, em que objetiva a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da referida cirurgia, 'que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico'. Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das conseqüências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. **Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de, causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa**

responsabilidade. (...)” (STF, STA 223-AgR, Rel. p/ o ac. Min Celso de Mello, julgamento em 144-08, Informativo 502).

14 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto sobre responsabilidade civil do Estado, infere-se que até se chegar a atual responsabilidade fundada na teoria do risco administrativo, passou por várias fases, evoluindo gradativamente para o reconhecimento de que sua potência econômica e jurídica perante o cidadão comum acaba tornado a relação jurídica nascida de um fato gerador danoso, desigual, o que faz com que, por conseguinte, perceba a necessidade de lhe atribuir a obrigação de reparar pelos seus atos que produzam danos aos administrados.

Foi visto também que a responsabilidade em questão não é só aquela que deriva dos atos administrativos ilícitos, mas de igual modo dos atos lícitos, e que, em regra, é da ação estatal que surge o dever de reparar os danos que eventualmente ocorram.

No entanto, tratou-se de uma problemática amplamente discutida pela comunidade jurídica: a reponsabilidade pela omissão estatal. E, ao longo da confecção do presente trabalho, após muitas pesquisas pela doutrina e jurisprudência, notadamente, a do supremo tribunal federal, constatou-se que tanto um quanto o outro se alinham no mesmo posicionamento, na qual o estado responde somente se apurada sua culpa na prestação do serviço, ou seja, se este foi realizado com imprudência, negligência ou imperícia. Fora dessas hipóteses não existe a obrigação prevista no art. 37, § 6º da CF, isto é, para essa corrente a responsabilidade é subjetiva.

Outros, ao revés, optam pela ideia de reparação independente de culpa mesmo que a conduta prejudicial seja omissiva, apontando simplesmente o nexo de causalidade entre a omissão e o dano.

Conclui-se, portanto, que o estado não é um ente onipotente capaz de prever todas as situações que possam lesionar seus administrados. Assim, a tese da comprovação de culpa nas omissões, para fins de ressarcimento, parece a mais acertada. É claro, deve-se levar em consideração caso a caso, no qual se procure a evidência de que foi a abstenção do Estado a causadora direta do prejuízo efetivo suportado pela vítima, de modo a sempre lutar pelo senso comum de justiça.

15 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição federativa do brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002b.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil**. 19. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILHO, Carvalho José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual até 31/12/2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO Vicente. **Direito administrativo**. 12. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Joana Carolina Lins. **Responsabilidade civil do estado por omissão**, revista procuradoria do instituto nacional da seguridade social. Vol. 6, nº 3, outubro/dezembro de 1999.

