

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO*

Flávia Oliveira Tavares

Aluna da Fundação Escola Superior do
Ministério Público do Distrito Federal
e Territórios

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a responsabilidade do Estado por danos causados por omissão no âmbito administrativo, um tema bastante discutido nos dias de hoje, em virtude de grande preocupação com a proteção dos direitos do cidadão, de forma a garanti-los perante o “todo poderoso” Poder Público.

A doutrina tem debatido acerca da possibilidade de responsabilização do Estado-legislador e do Estado-juíz, no entanto, a proposta deste estudo se restringe-se às hipóteses de responsabilidade do Estado-administração, mormente nos casos de omissão.

O que pode parecer um paradoxo – a responsabilização de um Estado aparentemente onipotente, uma vez que ele mesmo dita as leis – foi um problema enfrentado logo nos primórdios do surgimento do ente estatal, que era, a princípio, irresponsável pelos seus atos, até chegar ao estágio atual da responsabilidade fundada no risco administrativo. A análise dessas fases será a primeira parte da monografia, dando-se maior ênfase às teorias do acidente administrativo e do risco administrativo, visto que são as concepções mais utilizadas atualmente.

Posteriormente, tratar-se-á da evolução do tratamento constitucional dispensado à responsabilidade do Estado no Brasil.

* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso “Ordem Jurídica e Ministério Público” da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob a Orientação do Professor Carlos Eduardo Vieira de Carvalho.

Outrossim, serão abordadas as diversas posições doutrinárias acerca da responsabilidade do Estado por omissão, assunto bastante controvertido entre nossos autores. Enquanto a responsabilidade por condutas comissivas do Estado é objetiva, de acordo com o previsto em nossas Constituições desde 1946, a corrente predominante preconiza que se deve adotar a responsabilidade fundada em acidente administrativo para o ressarcimento dos danos propiciados pela omissão estatal. Assim, serão explanadas as razões trazidas por alguns autores, na defesa de uma ou de outra posição.

A última parte do estudo destina-se à apreciação de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, uma vez que a esta Corte é reservada a última palavra na interpretação do Texto Constitucional. Observa-se que, tradicionalmente, o Tribunal acolhe a orientação da doutrina predominante, mas há importantes decisões que denotam uma mudança de posicionamento, conforme será demonstrado.

As maiores dificuldades na realização do presente trabalho, não obstante a farta doutrina a respeito do assunto, residiu no fato de que muitos autores tendem a repetir uns aos outros, apreciando os mesmos pontos, sem que haja o lançamento de idéias novas, sobretudo no que é concernente às diversas teorias existentes sobre a responsabilidade do Estado. A doutrina estrangeira não foi de muita valia, uma vez que o sistema brasileiro mostra-se bastante distinto dos sistemas de outros países. A contribuição mais importante foi dada pelos autores que discordam da doutrina majoritária. No entanto, como as obras desses autores são bastante recentes, carecem de um maior aprofundamento.

Assim, o objetivo do estudo é cuidar da responsabilidade do Estado em suas condutas omissivas no âmbito administrativo, abordando o tema sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Como todas as teorias jurídicas, a responsabilidade civil do Estado apresentou-se sob diferentes vertentes conceituais, que se sucederam lentamente até atingir o estágio atual da responsabilidade objetiva.

A idéia de responsabilidade estatal está intimamente ligada à noção de Estado de Direito, muito embora, nos primórdios da criação dos Estados modernos, tenha predominado a teoria da irresponsabilidade. Como lembra Fausto de Quadros, a “Democracia e o Estado de Direito assentam em um triângulo que exprime a própria essência do regime democrático: trata-se da necessária convivência, em termos de recíproca interdependência, dos valores da Liberdade, da Autoridade (ou do Poder) e da Responsabilidade”. E continua: “quem se serve da Liberdade responde pelos excessos que comete; mas também quem usa da Autoridade é responsabilizado por usar dela”.¹

O autor faz uma boa síntese da importância da responsabilização estatal para o aperfeiçoamento da Democracia. Se o Estado existe em razão do primado da lei, nada mais lógico que também esteja submetido ao ordenamento que ele mesmo impõe.

Mas isso nem sempre foi entendido de maneira uniforme no decorrer da evolução do conceito de Estado.

Pode-se dividir o estudo da responsabilidade estatal em três fases, a saber:

- período de irresponsabilidade do Estado;
- período civilista de responsabilidade do Estado;
- período publicista de responsabilidade do Estado.

1.1 PERÍODO DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

O Estado, como ente soberano, não poderia estar submetido à possibilidade de ser responsabilizado por seus atos, ainda que lesivos ao direito dos seus súditos. Essa foi a idéia inicial na evolução das teorias da responsabilidade estatal e está estritamente relacionada com a noção dos Estados autocratas e absolutistas.

¹ In: *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*, p. 9.

MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, autora portuguesa, exprime essa noção da seguinte forma:

“Se tal solução aparecia como um corolário da soberania do Estado e poderia ser aceitável na medida em que o Estado liberal se caracterizava por um reduzido intervencionismo na vida social e econômica, com o inevitável incremento daquela intervenção e a crescente complexidade das suas funções, multiplicaram-se as ocasiões propícias e as atividades suscetíveis de causar danos aos particulares. Conseqüentemente, a solução inicial deixa de se afigurar como aceitável do ponto de vista social”.²

Na Inglaterra³ – que foi um dos últimos redutos a acolher a responsabilidade do Estado, o que só ocorreu em 1946 – a irresponsabilidade estatal justificava-se na máxima “*The king can do no wrong*”, que alude à infalibilidade do monarca. Na França, havia uma assertiva similar: “*La roi ne peut pas mal faire*”.

A razão de tal onipotência residia no fato de que, em geral, o poder régio era resultante da Providência divina, assim, não haveria como responsabilizar aquele que fora inspirado por Deus. Se, eventualmente, houvesse um dano, esse decorreria do exercício regular de seu poder, daí a impossibilidade de responsabilização. O Direito era o que o monarca dizia. Conforme leciona Yussef Said Cahali, a irresponsabilidade do Estado era entendida como um axioma, cuja legitimidade não era questionada.⁴

Como assevera Aparecida Vendramel, lastreada em René David, em sua obra monográfica “Responsabilidade Extracontratual do Estado”,⁵

² In: *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*, p. 55.

³ A Inglaterra admitiu a possibilidade de responsabilização do Estado em 1947, com o *Crown Proceeding Act*, e os Estados Unidos em 1946, por meio do *Federal Tort Claim Act*. O autor português Luiz Barbosa Rodrigues aponta que a Espanha também abandonou a teoria da irresponsabilidade do Estado tardiamente, o que veio a ocorrer só em 1954, por meio da Lei de Expropriação Forçada.

⁴ In: *Responsabilidade civil do Estado*, p. 18.

⁵ In: *Responsabilidade extracontratual do Estado*, p. 26.

o Direito deste período não visava a limitar o poder do soberano, e sim, a garanti-lo.

João Francisco Sauwen Filho⁶ arrola alguns pontos que sustentavam a teoria da irresponsabilidade do Estado, a seguir resumidos:

- a) A finalidade do Estado é o bem-estar do cidadão. Desta forma, qualquer ato praticado pelos seus agentes visa, unicamente, a atender a este objetivo.
- b) Como o Estado é uma ficção, uma pessoa moral – como é tratado no Direito Português – não há como imputar a ele culpa ou dolo, uma vez que lhe falta o elemento psicológico-normativo.
- c) Não é razoável que o Estado aplique uma lei contrária a si mesmo.
- d) O agente, quando atua fora dos limites da lei, deve responder pessoalmente, uma vez que ele só age em nome do Estado se estiver dentro dos parâmetros legais.
- e) Quem responde pela escolha dos agentes estatais é a autoridade competente para a nomeação. O Estado, dessa forma, não pode responder pela culpa *in eligendo* em relação aos seus agentes.

Todos esses argumentos primam pela sua fragilidade e são facilmente refutáveis.

Quanto ao primeiro ponto, o Estado, certamente, busca o bem-estar de seus súditos. No entanto, alguns de seus atos podem trazer um sacrifício desproporcional ao cidadão, não obstante objetivar uma finalidade de interesse público. Na verdade, o fim do Estado é proteger o cidadão, até mesmo contra os atos estatais lesivos aos seus súditos, sejam eles lícitos ou ilícitos. Em outras palavras, o próprio Estado está submetido às leis protetivas que impõe aos administrados.

⁶ In: *Da responsabilidade civil do Estado*, p. 42-46.

Acerca do segundo argumento, há uma inversão de premissa. É certo que o Estado é uma pessoa jurídica, mas isso não pode levar à conclusão de que ele seria irresponsável. O Estado tem existência e pratica atos por intermédio de seus agentes. Logo, pode ser responsabilizado pelos atos que eles pratiquem.

O terceiro argumento também não pode ser acolhido. O Estado de Direito funda-se no princípio da legalidade, ou seja, o próprio Estado também estaria subordinado às leis que dele provêm, assim como seus cidadãos.

Quanto à quarta assertiva, também não pode ser aceita, uma vez que, pela teoria da aparência, os agentes estatais, mesmo quando atuam fora dos limites legais, agem em nome do Estado. Logo, esse também pode ser responsabilizado pelos atos daqueles que o representam.

O quinto argumento não procede, já que a autoridade que escolhe os agentes estatais exerce uma prerrogativa inerente ao próprio Estado, que, por ser ente abstrato, não o poderia fazer. Desta forma, a autoridade seria o “meio” pelo qual o Estado manifestaria sua vontade.

Analisando-se estes contra-argumentos à irresponsabilidade do Estado, vislumbra-se a fragilidade desta teoria, que não tem mais guarida nos ordenamentos jurídicos modernos. Mesmo assim, os países anglo-saxões, onde o Direito Administrativo apresenta características bastante diferenciadas em relação aos sistemas dos países da Europa Continental, e a Espanha relutaram em adotar a responsabilidade do Estado, o que só ocorreu em meados do séc. XIX.

1.2 PERÍODO DA TEORIA CIVILISTA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

No séc. XIX, exsurge a possibilidade de responsabilização do Estado, desde que comprovado o elemento subjetivo, qual seja, o dolo ou a culpa (culpa *lato sensu*) do agente público.

Essa concepção estava ligada intrinsecamente ao Direito Privado e teve origem no Direito Francês, com fulcro na revolução legislativa e doutrinária representada pelo Código Civil de Napoleão.

A culpa a ser verificada, certamente, está relacionada à atuação do agente estatal, uma vez que o Estado, ente abstrato, não possui vontade.

Os três elementos necessários à caracterização da responsabilidade do Estado são:

- a) conduta dolosa ou culposa do agente estatal;
- b) dano ao administrado;
- c) nexa de causalidade entre a conduta e o dano.

Essa teoria apresenta alguns problemas. O primeiro diz respeito à dificuldade de se individualizar o causador do dano, o que é de suma importância, uma vez que será necessário comprovar o elemento subjetivo desse agente. O outro problema reside na prova da culpa, afinal, descobrir a motivação do agente no momento em que praticou o ato danoso é praticamente impossível se este não expressou sua vontade deliberada para esse fim (dolo) ou não tomou as cautelas necessárias ao agir (culpa).⁷

Nas palavras de João FRANCISCO SAUWEN FILHO,

“a corrente que sustenta a concepção subjetiva da responsabilidade civil do Estado encontra na dificuldade de caracterização da culpa autorizadora do dever jurídico do Estado indenizar os danos causados por sua Administração o seu elo mais fraco. Assim, o fundamento dessa posição doutrinária é exatamente o

⁷ Ao contrário do Direito Administrativo, no qual a tendência foi a abolição da responsabilidade subjetiva, o Direito Penal funda-se no elemento volitivo do agente e prega a proscrição da responsabilidade objetiva. No entanto, esse ramo do Direito é considerado *ultima ratio* e é regido pelo princípio da fragmentariedade, ou seja, só deve ser aplicado como último recurso. Assim, no Direito Penal, a dificuldade em se comprovar a culpa do agente se convola em uma garantia para o cidadão, contrariamente ao Direito Administrativo, no qual a prova do elemento subjetivo acabaria por prejudicá-lo.

elemento subjetivo e, por isso mesmo, vago e impreciso, não dando margem a uma segura conclusão”.⁸

Para HELY LOPES MEIRELLES,

“não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de 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. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade”.⁹

Essas dificuldades apresentadas para a prova da culpa causavam grande transtorno ao cidadão lesado, que, raramente, conseguia obter reparação para o dano. Em decorrência disso, fez-se necessária a adoção de uma nova teoria, na qual a questão da indagação da culpa do agente estatal seria superada. Nesse contexto, surgem as teorias objetivas da responsabilidade do Estado.

1.3 SISTEMA MISTO

Antes de tratar da fase objetiva da responsabilização do Estado, deve-se fazer menção ao sistema eclético, que dividia os tipos de atos praticados pelos agentes estatais, de forma a estabelecer se haveria reparabilidade do dano por eles causado.

Os atos praticados pela administração são divididos em atos de império e atos de gestão. No primeiro, o Estado atua de forma soberana, impondo sua vontade ao administrado. Há a supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, não haveria reparação do dano advindo desse ato, uma vez que o Estado atuaria no exercício de sua função primordial. Já nos atos de

⁸ Op. Cit, p. 61.

⁹ In: Direito Administrativo Brasileiro, p. 561.

gestão, o Estado atua em condições de igualdade com o particular. É uma relação de direito privado, logo, ensejaria a responsabilização do Estado com fundamento na teoria privatística da responsabilidade civil.

Como leciona o professor CAIO MÁRIO, “o Estado soberano colocava-se fora do Direito civil; somente o Estado empresa a ele estaria sujeito”¹⁰.

Essa teoria é incipiente, pois grande parte dos atos praticados pelo Estado é imperativa, e, por isso mesmo, mais propensa a causar danos aos particulares. Não obstante isso, a teoria deixava os referidos atos impunes. De qualquer forma, significou um avanço, visto que representava um distanciamento da doutrina da irresponsabilidade estatal.

1.4 PERÍODO DAS TEORIAS PUBLICISTAS DE RESPONSABILIDADE

Em decorrência das dificuldades apresentadas pela adoção da teoria civilista de responsabilidade estatal, fez-se necessário elidir o elemento subjetivo do causador do dano para que se viabilizasse a sua reparação. Destarte, surgem as teorias publicistas de responsabilidade, que, embora diverjam em alguns pontos, abstraem a culpa do agente estatal.

O marco histórico da concepção publicista de responsabilidade estatal deu-se com o notório “Caso Blanco”, ocorrido na França e julgado no Conselho de Estado Francês.¹¹ A partir deste julgamento, a responsabilidade estatal recebeu tratamento diverso ao conferido à responsabilidade civil.

As teorias publicistas (ou, como enunciam alguns autores, teorias objetivas, que não parece ser uma denominação correta, uma vez que só a

¹⁰ *In: Responsabilidade Civil*, p. 128.

¹¹ O “Caso Blanco” foi julgado em 1873. A menina Agnes Blanco foi atropelada por um vagão de uma empresa de tabaco. Decidiu-se que a jurisdição em que deveria ser processada a ação de indenização era a do contencioso administrativo, uma vez que se tratava de mau funcionamento do serviço público. Assim, firmou-se o entendimento de que a responsabilidade do Estado não se regeria pelas regras do Direito Civil, e sim pelos ditames do Direito Público.

teoria do risco seria inteiramente objetiva) também sofreram modificações e podem ser divididas em:

- teoria da culpa administrativa ou da *faute du service* ou teoria do acidente administrativo (Celso Antônio discorda que essa doutrina seja exemplo de responsabilidade objetiva, conforme será explanado a seguir);

- teorias do risco, que podem ser:

- do risco integral;
- do risco administrativo.

1.4.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SEUS FUNDAMENTOS

Para se compreender por que autores como Celso Antônio de Mello não arrolam a teoria do acidente administrativo como modalidade de responsabilidade objetiva, deve-se abordar alguns pontos que diferenciam a concepção subjetiva da concepção objetiva da responsabilidade.

Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a responsabilidade objetiva “é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem.”¹²

Para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, há a verificação de três elementos:

- a) ação ou omissão do agente estatal;
- b) dano causado ao administrado;
- c) nexó causal entre a atuação do Estado e esse dano.

¹² Op. Cit., p. 607.

Assim, prescinde-se da verificação do elemento culpa.

Um ponto que deve ser destacado é que, diferentemente da responsabilidade fundada na culpa, a responsabilidade objetiva também incide sobre atos lícitos. É cediço que a Administração atua balizada no princípio da legalidade. Mesmo atuando dentro dos limites legais, o Estado pode causar danos ao particular, que serão indenizáveis. Daí a grande contribuição da doutrina objetiva da responsabilidade civil do Estado. Em suma, houve uma migração da responsabilidade baseada na culpa para a responsabilidade fundada no dano.

Além de não diferenciar os atos legítimos dos ilegítimos, as teorias objetivas da responsabilidade também não distinguem os danos decorrentes dos atos de império ou de gestão, como faziam os sistemas mistos supracitados.

O fundamento da responsabilidade objetiva é o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais ou da solidariedade social, ou seja, o prejuízo sofrido por um cidadão deve ser suportado por todos, inclusive pelo próprio lesado. Nas palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA,

“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 público”.¹³

Para CAIO TÁCITO, “tratando-se de um benefício à coletividade, desde que o ato administrativo lícito atenda ao interesse geral, o pagamento da indenização redistribui o encargo, que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito”.¹⁴

¹³ In: Direito Administrativo, p. 504.

¹⁴ In: Temas de Direito Público, p. 567.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO divide os fundamentos da responsabilidade objetiva de acordo com o ato que ensejou o prejuízo ao particular. O fundamento para a responsabilidade por atos ilícitos é o princípio da legalidade, uma vez que não pode o Estado atuar fora dos limites legais. Assim, o Estado responderá pelos danos decorrentes de sua atuação ilegal. Já a responsabilidade por ato ilícito decorre do princípio da isonomia, ou seja,

“o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos 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”.¹⁵

LEON DUGUIT, o precursor da teoria do risco administrativo, dizia que a responsabilidade do Estado assemelhar-se-ia a um “seguro social suportado pela caixa coletiva, em proveito de quem sofre um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público”.¹⁶

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR manifesta-se de forma semelhante:

“A teoria do risco, baseada no seguro e no equilíbrio econômico, envolvendo a idéia de justiça distributiva, considera o Estado como uma extraordinária companhia de seguros, cujos segurados são os contribuintes que cooperam para a formação de um patrimônio coletivo.

A atividade do Estado, cada dia maior, pressupõe um risco que deve ser corrido, mas que é inerente ao exercício daquela atividade. O risco, no caso, é o que se verifica em qualquer empresa de proporções gigantescas, caracterizando-se por ser integral. O risco pressupõe o dano. O dano implica indenização”¹⁷.

¹⁵ In: Curso de Direito Administrativo. p. 608.

¹⁶ *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. p.132.

¹⁷ Op. Cit, p. 69-70.

1.4.2 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA OU DA *FAUTE DU SERVICE*

Embora o nome da teoria refira-se à culpa da Administração, não se averigua a existência desta para a caracterização da responsabilidade do Estado. A culpa mencionada corresponde à falha (ou falta) do serviço público. Esse é um dado objetivo, e não subjetivo. Como é a doutrina de transição entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, os juristas ainda não conseguiram se afastar do caráter civilista da reparação do dano.

O professor YUSSEF SAID CAHALI assim explica essa teoria:

“A teoria da culpa administrativa e a pretensa teoria conciliatória do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público guardam resquícios da teoria civilística da responsabilidade do Estado; o que as caracteriza é a transposição da noção de culpa para o terreno publicístico, identificando na falta anônima do serviço a causa do dano reparável.

O que caracteriza a teoria publicística é a despersonalização da culpa, transformando-a, pelo anonimato do agente, em falha da máquina administrativa”.¹⁸

SÉRGIO CAVALIERI FILHO manifesta-se da seguinte forma sobre essa teoria:

“De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados

¹⁸ Op. Cit, p. 33.

tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado”.¹⁹

Vale ressaltar, por oportuno, a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁰ que postula o caráter subjetivista da teoria da culpa administrativa. Aponta que diversos autores consideram essa teoria como um exemplo de responsabilidade objetiva. Para o autor, esse equívoco deve-se a uma tradução errada do vocábulo francês “*faute*”, que não significa “falta”, e sim, “culpa”. Outra razão para o engano, segundo o administrativista, residiria no fato de que, para a aplicação da teoria da culpa administrativa, seria necessária a presunção da culpa, “ante a extrema dificuldade (às vezes, intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos”. Assim, não haveria prova da culpa. Por outro lado, se o Estado provar sua prudência, perícia e diligência, fica elidida a responsabilidade, o que não ocorreria se esta fosse objetiva.

A idéia basilar dessa concepção era que o Estado é culpado pela falta do serviço. Assim, deveria ser responsabilizado.

Nessa teoria, de origem francesa, o dado objetivo a justificar a responsabilidade estatal é o acidente administrativo. Esse verificar-se-ia em três hipóteses, de acordo com a lição de JOÃO FRANCISCO SAUWEN FILHO,²¹ baseado em Paul Duez:

- a) quando o serviço público não funciona ou não existe, havendo o dever estatal de que ele funcionasse e existisse;
- b) quando ocorre mau funcionamento do serviço público;

¹⁹ In: Programa de Responsabilidade Civil, p. 184.

²⁰ Op. Cit, p. 606.

²¹ Op. Cit, p. 68.

c) quando o serviço funciona com atraso.

Destarte, uma vez verificado qualquer um desses acidentes administrativos, que causam um dano ao particular, haverá o dever de indenizar por parte do Estado.

A finalidade da teoria é desvincular a culpa do funcionário, que sempre foi utilizada como parâmetro para a teoria subjetiva, da culpa do Estado, denominada por MARIA SYLVIA ZANELLA, de “*culpa anônima do serviço público*”.²²

Essa teoria também mostrava-se insatisfatória, pois trabalhava com a idéia de culpa presumida da Administração, admitindo-se prova em contrário, como aponta o professor Celso Antônio, e porque só configuraria a responsabilidade estatal nos casos de atos ilícitos. Daí a necessidade de se criar uma teoria mais abrangente para que a responsabilização do Estado fosse mais efetiva.

1.4.3 TEORIAS DO RISCO

As teorias do risco representam o maior grau de objetividade no estudo da responsabilidade civil do Estado.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal CARLOS VELLOSO manifesta-se acerca do tema da seguinte forma:

“Segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como conseqüência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e ato de agente público (...).”²³

²² Op. Cit, p. 504.

²³ In : Temas de Direito Público, p. 462.

Nesse excerto, o autor assinala o principal ponto de distinção entre essa teoria e a teoria da falta do serviço: no âmbito da teoria do risco administrativo, não importa como funcionou o serviço, e sim, que o dano causado tenha se originado dele.

Baseia-se na idéia de que aquele que pratica determinado empreendimento está assumindo, automaticamente, a responsabilidade pelos riscos decorrentes deste.

“Destarte, aquele que tem os proveitos de uma determinada empresa, irrelevantes ou consideráveis, deve arcar com os prejuízos decorrentes do processo empregado. Pouco importa que tenha tomado as precauções para evitar danos a outrem. Se o acidente é inevitável, é sinal evidente de que ele, por si só, constitui-se em um risco inerente à empresa, risco esse que deve ser levado à conta daquele a quem a empresa aproveitou ou aproveitaria”.²⁴

O insigne professor Hely Lopes Meirelles divide a teoria do risco em duas vertentes, a saber:

a) Teoria do Risco Integral – o Estado seria compelido a compor o dano em qualquer hipótese, mesmo nos casos de culpa concorrente da vítima.

b) Teoria do Risco Administrativo – é uma concepção atenuada em relação à teoria do risco integral, uma vez que se levam em conta as excludentes da responsabilidade, como a culpa da vítima, de terceiros ou a força maior.

Alguns autores, como Yussef Said Cahali e Caio Mário da Silva Pereira, apontam que essa distinção não se justifica, uma vez que mesmo os seguidores da teoria do risco integral admitem a incidência das excludentes de responsabilidade.

²⁴ SAUWEN FILHO, João Francisco. Op. Cit, p. 69.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL²⁵

Em nosso Direito, pode-se dizer que não houve a aplicação da teoria da irresponsabilidade do Estado. Antes do Brasil Império, o País era regido pelas normas portuguesas. Em nossa primeira Constituição, de 1824, já estava insculpido a possibilidade de o cidadão requerer indenização pelos danos causados por atos lesivos do Estado. Porém, devem-se apontar três aspectos da responsabilidade vigente neste período: primeiro, a responsabilidade recaía, tão-somente, sobre os agentes estatais; segundo, o Imperador não estava sujeito à responsabilização; e terceiro, a responsabilidade era subjetiva. Ademais, visando a resguardar o Império, o julgamento das ações de indenização era realizado no âmbito administrativo.

Embora houvesse a preocupação de desvincular o Estado da atuação de seus agentes, a responsabilidade dos funcionários, na verdade, implicava a responsabilidade do próprio Estado, uma vez que aqueles agiam em nome deste.

A responsabilidade subjetiva manteve-se na primeira Constituição Republicana e está presente no art. 15 do Código Civil.

A Constituição de 1934 trouxe uma novidade: a responsabilidade seria solidária entre o Estado e o agente estatal. O lesado poderia pleitear a reparação do dano tanto de um quanto do outro. A mesma orientação esteve presente na Constituição de 1937.

O fim do ciclo da responsabilidade subjetiva do Estado deu-se com a Carta Constitucional de 1946, que, em seu art. 194, adotava a teoria do

²⁵ Como ressalta o professor lusitano Fausto de Quadros (Op. Cit.), países como Itália e Alemanha ainda dispensam tratamento de Direito Civil à responsabilidade estatal. Por outro lado, França e Portugal conferiram um tratamento de Direito Público ao tema. Na França, o trabalho jurisprudencial tem sido de suma importância para esse estudo, sobretudo nos casos de transmissão do vírus da AIDS por meio de transfusão de sangue. No entanto, a teoria do risco só é aplicada em casos de riscos “especialmente graves”, logo, é utilizada excepcionalmente. Já em Portugal, a responsabilização do Estado pelos Tribunais é muito rara, não obstante a existência de diversos diplomas legais disciplinando a matéria, de forma bastante minuciosa. Espanha e Alemanha são os países em que se desenvolveram os mais avançados estudos sobre o tema da responsabilidade do Estado. Ambos admitem a responsabilidade por fatos lícitos.

risco administrativo. Dessa forma, nosso Direito não conheceu a teoria da culpa administrativa. A Constituição de 1964 e a Emenda Constitucional de 1967 também seguiram a mesma concepção de responsabilidade estatal.

A Constituição de 1988 inovou ao incluir a possibilidade de responsabilização dos particulares que prestam serviços públicos sob a forma de delegação. Eis o parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal:

“§6º As pessoas jurídicas de direito público e 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 e culpa”.

Assim, nosso ordenamento, ao tratar da responsabilidade do Estado, apresenta um viés publicístico, consoante esposado no dispositivo retromencionado. Outrossim, a responsabilidade estatal não está restrita ao texto legal, uma vez que a jurisprudência pátria, em muitas decisões, tem condenado o Estado a ressarcir os danos causados aos cidadãos. Aliás, pode-se dizer que, no Brasil, o estudo e a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva encontram-se em um estágio bastante avançado, se considerados perante os sistemas jurídicos estrangeiros.²⁶

Embora a adoção da doutrina da responsabilidade objetiva do Estado em nosso ordenamento seja evidente, há muita discussão acerca da aplicação dessa teoria no caso de omissão do Estado.

3 RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO ESTADO

O grande ponto de divergência na doutrina acerca da responsabilidade do Estado reside nos casos em que o dano decorre de uma inação estatal. Há aqueles que defendem a aplicação da teoria

²⁶ QUADROS, Fausto de. Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado.

subjetiva para esses casos, contrariando a regra do nosso ordenamento, e os que adotam a teoria objetiva da responsabilidade estatal.

O professor português Fausto de Quadros²⁷ faz uma inferência interessante a respeito do tema, sem se posicionar, no entanto. Desenvolvendo sua idéia, pode-se estabelecer uma diferença prática na adoção de uma ou outra teoria. O exemplo que o autor cita é de um buraco na estrada, provocado pelas intempéries. Se o buraco é recente e vem a provocar um acidente, o Estado só será responsabilizado se for adotada a teoria do risco. Não importa se o Estado tomou ou não conhecimento do defeito na estrada. Afinal, o Estado assume o risco de manter suas estradas sempre em boas condições de utilização. Caso se adote a teoria subjetiva, o Estado só será responsabilizado se o buraco for de conhecimento da Administração, que não vem a tomar providências. Isso demonstra o comportamento negligente por parte dos agentes estatais, que justificaria a reparação do dano com fundamento na culpa.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, inspirado em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e contrariando a regra da responsabilidade objetiva, defende que a omissão do Estado deve ser tratada no âmbito da responsabilidade subjetiva. Mas, como o próprio autor ressalta, sua posição visa a atender os ditames do Estado Democrático de Direito, independentemente da disposição constitucional. Ele se manifesta da seguinte forma:

“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 é o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer, comissiva, do Estado.

²⁷ idem, p. 14.

b) Casos em que 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 de 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”.²⁸

Até mesmo pela análise das palavras destacadas pelo autor no excerto supramencionado, inferem-se os pontos que demarcam as diferenças de sua orientação. Ao estudo desenvolvido no presente trabalho, só interessa a análise da situação descrita na letra “b” citada acima, visto que trata dos danos ensejados pela omissão estatal.

Primeiramente, sua posição é baseada em princípios gerais, e não no Direito Positivado.²⁹ Isso é muito importante, uma vez que não há previsão legal da adoção da responsabilidade subjetiva para os danos

²⁸ Op. Cit, p. 611-612.

²⁹ Vale ressaltar que o autor, em artigo datado de 1981, defendia a mesma posição fundado na própria Carta Constitucional de 1967, que enunciava, em seu art. 107, que o Estado seria responsabilizado pelos danos que seus agentes causassem a terceiros. Assim, como a omissão não causava dano, e sim era condição para sua ocorrência, não haveria de se adotar a tese da responsabilidade objetiva quando se tratasse de dano oriundo de uma omissão estatal. Como a Constituição ora vigente não traz a mesma disposição, o autor ressalva que sua orientação não está abrangida por nosso ordenamento.

causados por condutas estatais. Nosso ordenamento, como dito anteriormente, nunca adotou a teoria da culpa administrativa.

O outro ponto é que a responsabilidade receberá tratamento diferenciado, de acordo com a origem do dano. Assim, a responsabilidade será objetiva para as condutas comissivas e subjetiva para os casos de omissão estatal.

Outrossim, para caracterizar a responsabilidade do Estado por suas condutas omissivas, será necessário que exista a obrigação estatal de evitar o prejuízo.

Por último, o autor aponta que a conduta enseja o dano, e não o causa. A omissão não causa o dano; ela é condição para que ele ocorra. A condição, na verdade, é uma ausência de causa, como se manifesta o autor em outro texto.³⁰ Essa é a idéia básica de sua teoria. Se o dano ocorreu, esse deve-se a outro fato, e não à omissão. O autor manifesta-se da seguinte forma:

“Quando o Estado se omite e graças a isto ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. ‘Ergo’, a responsabilidade, aí, não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Deveras, não haveria de supor, ao menos em princípio, que alguém responda pelo que não fez – salvo se estivesse, de direito, obrigado a fazer”.³¹

Esse novo elemento seria o dever de atuar. Assim, o Estado só teria obrigação de reparar o dano caso tivesse obrigação de evitá-lo. Ao se omitir quando tinha o dever de atuar, o Estado cometeu um ato ilícito, visto que contrariou o disposto na lei. Por conseguinte, só poderá ser responsabilizado mediante a verificação da culpa ou do dolo.

³⁰ In: “Responsabilidade extracontratual do Estado por atos Administrativos”. Revista dos Tribunais, p. 13.

³¹ In: “Responsabilidade extracontratual do Estado por atos Administrativos”. Revista dos Tribunais, p. 13.

CELSO ANTÔNIO lembra que não se pode estabelecer um nexo causal entre a omissão estatal e o dano, uma vez que

“seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade 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”.³²

Completa essa idéia em outra passagem:

“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”.³³

Como parâmetro para se aferir se o Estado teria obrigação de atuar, o administrativista diz que não há resposta *a priori*. Mas se deve levar em consideração “as possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso”.³⁴ Assim, conclui que a análise da responsabilidade estatal decorrente de sua omissão dependerá do bom senso do julgador, que parece ser a orientação adotada por nossos Tribunais, a ser comentada posteriormente.

Nesse contexto, o jurista cita duas hipóteses em que haveria o dever estatal de agir, cujo desrespeito implica a responsabilidade do Estado, a saber:

a) Quando um fato da natureza provoca um dano e o Estado tinha o dever de evitá-lo. É o caso das enchentes, provocadas pela falta de limpeza dos bueiros.

³² Op. Cit, p. 614.

³³ Idem, p. 615.

³⁴ Ibidem, p. 614-615.

b) Quando um comportamento de terceiros causa o evento danoso, que o Estado também tinha o dever e podia evitar. É o caso de um assalto que se dá diante dos policiais.

A doutrina de Celso Antônio é tecnicamente perfeita: a omissão não pode gerar o dano. Caberia a verificação da obrigação do Estado em atuar. Se houver, sua conduta terá ocorrido dolosa ou culposamente. Destarte, a responsabilidade por omissão do Estado seria subjetiva, e não objetiva.

Por outro lado, como o próprio autor destaca, essa é uma solução de *lege ferenda*, uma vez que o dispositivo constitucional que trata do tema da responsabilidade estatal só prevê a responsabilidade objetiva.

Toshio Mukai, em conferência citada por ÁLVARO LAZZARINI,³⁵ entende que mesmo a omissão pode causar um dano, assim como a ação estatal. Para isso, ele trabalha um conceito de causa diverso do existente nas ciências naturais. Assim, no mundo jurídico, a causa das obrigações pode se originar da lei, do contrato e do ato ilícito. Pode ser conceituada como “fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer)”.

Desta forma, mesmo a omissão seria causa, e não mera condição, como pretende CELSO ANTÔNIO em sua teoria. O jurista prossegue:

“Em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é a causa, e não simples condição do evento danoso. Portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave de representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa in omitendo) aparece; se não teve, isto é, se o dano não

³⁵ *Apud Estudos de Direito Administrativo*, p. 429.

ocorreu por omissão do funcionário, incapaz de ser caracterizada como causa daquele, tal omissão não gerará a responsabilidade civil do Estado”.

Embora, fundamentalmente, o professor Toshio Mukai discorde do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ambos chegam à mesma conclusão de que a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva e deve ser analisada perante o dever de atuar do Estado.

JOANA CAROLINA LINS PEREIRA também entende que a responsabilidade decorrente da omissão estatal deve ser subjetiva, no entanto, acresce um novo critério a ser analisado caso a caso: o princípio da proporcionalidade. Assim a autora manifesta-se:

“E quando poderíamos atribuir à omissão estatal a pecha de ato ilícito, quando estaria caracterizada a culpabilidade? Quando a omissão estatal representar 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”.³⁶ (grifo nosso)

A autora completa seu entendimento com o seguinte exemplo:

“É fisicamente impossível – e razoavelmente inexigível – por exemplo, imaginar que possa haver policiamento em cada trecho das cidades, imaginar que possa haver recrutas aptos a combater o crime a toda hora e em qualquer lugar. Sistema policial nenhum do mundo possui um efetivo capaz de tal proeza”.

³⁶ In: Responsabilidade civil do Estado, p. 36.

Em defesa da tese contrária, APARECIDA VENDRAMEL³⁷ afirma que a responsabilidade do Estado é objetiva, mesmo no caso de sua omissão. No início de sua explanação, ressalta o caráter ilícito da omissão do Estado, que tem o dever de agir. Assim, para evitar a ocorrência de omissões ilegais por parte dos agentes estatais, nosso ordenamento cria instrumentos como o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por ser uma conduta contrária à lei, a omissão também gera responsabilidade estatal. Assim, refutando a idéia de Celso Antônio, a autora assevera:

“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”.³⁸

Em outra oportunidade, explica seu entendimento mais detidamente:

“Alguns doutrinadores acreditam ser subjetiva a responsabilidade do Estado decorrente da 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”.³⁹

³⁷ In: Responsabilidade extracontratual do Estado, p. 94-101.

³⁸ Idem, p. 108.

³⁹ Ibidem, p. 115.

A autora também menciona que a adoção da teoria subjetiva para embasar a responsabilidade do Estado por omissão contraria o Texto Constitucional, pois a norma não excepcionou a responsabilidade em casos de omissão estatal, por conseguinte, não caberia ao intérprete fazê-lo. Ademais, a teoria da falta do serviço (ou da culpa do serviço) representaria um retrocesso e a própria ausência do serviço seria uma omissão ilícita, por ser uma ofensa ao art. 175 da Constituição Federal.

Essa orientação é a mais consentânea com a disposição constitucional. No entanto, a construção formulada pela autora apresenta um problema: se a omissão é uma tomada de decisão, como ela diz, tal decisão foi tomada por alguém, que atuou de forma culposa ou dolosa. Destarte, analisar-se-ia o elemento subjetivo daquele que tomou a decisão, o que contraria a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. A omissão apta a ensejar essa responsabilidade prescinde de que se verifique se alguém tomou ou não uma decisão. Basta que se prove que a omissão ocorreu e foi causa do dano, tão-somente.

O professor YUSSEF SAID CAHALI também entende que a responsabilidade do Estado é objetiva. A análise da omissão estatal implica a verificação da conduta legalmente exigível pela Administração. Como o autor destaca, o conceito de exigibilidade do ato estatal é bastante elástico e o subjetivismo nesta análise induziu “alguns autores ao exame das hipóteses da perspectiva da responsabilidade subjetiva do Estado, com perquirição necessária do elemento ‘culpa ou dolo’”.⁴⁰

O promotor MÁRCIO LUIZ COELHO DE FREITAS propõe uma teoria inovadora para o estudo da responsabilidade estatal. Primeiramente, ressalta que nossa Constituição não distingue os danos decorrentes da ação ou da omissão estatal. Por outro lado, aponta a impropriedade da argumentação de que a omissão não pode produzir o dano, que é o principal fundamento utilizado pelos defensores da teoria

⁴⁰ Op. Cit, p. 286.

do *faute du service* nesses casos. O autor assevera que esse entendimento é baseado em uma fórmula oriunda das ciências naturais, ou seja, no princípio da causalidade (se “A” é, então “B” é). Esse procedimento não seria correto, uma vez que o Direito é deontológico, e não ontológico – se “A” é, então “B” deve ser. É uma relação de imputação, e não de causalidade. Nas palavras do autor:

“Assim, sendo a imputação o modo de nexos funcional próprio das ciências normativas, como sói ser o Direito, e sendo este nexos funcional um produto da vontade da norma, nada impede que uma norma impute a uma conduta omissiva a responsabilidade por ressarcir um dano. Não há, portanto, que se falar em aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva em relação aos atos omissivos, vez que nada impede, *a priori*, que o Estado venha a ser responsabilizado por suas omissões independentemente de verificação de culpa do agente ou de culpa administrativa”.⁴¹

Dessa forma, o autor desmonta o pilar que sustenta a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva para os casos de omissão estatal. Outrossim, desenvolve a idéia que pode ser considerada o ponto mais radical de sua explanação: ele sugere a utilização da teoria da imputação objetiva, doutrina de origem alemã, que tem se alastrado no âmbito do Direito Penal. Em suma, essa doutrina defende que cada pessoa – inclusive o Estado – representa papéis sociais (é baseada no pensamento funcionalista de Durkheim); somente quando a violação deste papel causa um evento danoso, que provoque um risco proibido e significativo ao bem jurídico de outrem, haverá responsabilização. A proposta do autor é que a teoria da responsabilidade objetiva seja aplicada tanto nos casos de ação quanto de omissão estatal e as excludentes de responsabilidade sejam analisadas perante à teoria da imputação objetiva.

⁴¹ In: Da responsabilidade civil do Estado por omissões, p. 2.

Ele resume seu pensamento da seguinte forma:

“Tem-se que a responsabilidade civil do Estado, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, independe da pesquisa acerca de culpa ou dolo do agente ou da ocorrência da culpa anônima da Administração, critérios claramente violadores da Constituição. A responsabilidade do Estado exsurge sempre que, comprovada a existência de um dano ao particular, este dano for objetivamente imputável ao Estado, isto é, sempre que o dano for consequência da violação do papel destinado ao Estado nas relações sociais, podendo ser a imputação excluída sempre em que o dano estiver dentro dos limites do risco permitido, quando for possível aplicar-se o princípio da confiança, quando o ato, por si só, for invariavelmente inapto a causar danos ou quando a própria vítima for responsável pelo dano”.⁴²

A teoria sugerida por Márcio Luiz Coelho de Freitas carece de um maior aprofundamento, por certo, uma vez que, mesmo no âmbito penal, no qual a imputação objetiva surgiu, sua aplicação ainda é bastante controvertida e reduzida. Em outras palavras, a imputação objetiva não angariou muitos defensores nem mesmo entre os penalistas, daí a maior dificuldade de ser acolhida pelos administrativistas. Por outro lado, o estudo de Márcio de Freitas vale principalmente pela contra-argumentação à tese dos que propugnam pela aplicação da teoria do *faute du service* nos casos de omissão.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO faz uma distinção para determinar quando haverá responsabilidade objetiva do Estado em caso de omissão. Assim, para o autor, há dois tipos de omissão: a genérica e a específica. Só ensejaria a responsabilização sem verificação da culpa a omissão específica. Para conceituar o que seria cada tipo de omissão, o professor traz o seguinte exemplo:

⁴² Op. Cit.

“Veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz traseira. A Administração não pode ser responsabilizada pelo fato de esse veículo ainda estar circulando. Isso seria responsabilidade por omissão genérica. Mas se esse veículo foi liberado em uma vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, já teremos omissão específica”.⁴³

Essa orientação do autor é a que tem sido utilizada em algumas decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal, embora essa Corte, em seus julgados, não faça menção expressa à noção de omissão específica, como será visto no próximo tópico. No entanto, ela também apresenta dois problemas: primeiro, para manter a coerência de sua argumentação, o autor defende que o art. 15 do Código Civil não foi revogado integralmente pela Constituição. Assim, no caso de omissão genérica, esse dispositivo será aplicado para se justificar a adoção da teoria da culpa anônima. O segundo problema de sua concepção é que ela também dificulta a prova para o cidadão lesado, uma vez que terá que demonstrar que a Administração podia agir, mas não o fez.

Deve-se reconhecer que a adoção da teoria da responsabilidade objetiva em caso de omissão estatal melhor atende aos interesses do cidadão, pois gera mais possibilidades de responsabilização do Estado. No entanto, essa orientação é minoritária entre os doutrinadores; a grande maioria segue o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello e entende que a responsabilidade deve ser considerada em duas vertentes: nos casos de ação, aplica-se a responsabilidade objetiva; nos casos de omissão, a responsabilidade dependerá da verificação do elemento culpa. Essa é a orientação de Lúcia Valle do Figueiredo, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Carlos Velloso.

⁴³ Op. Cit, p. 194-195.

4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência pátria tem se mostrado vacilante nas decisões acerca da responsabilidade do Estado por atos omissivos. Ora propendem pela adoção da responsabilidade objetiva, ora pela responsabilidade subjetiva. O Supremo Tribunal Federal, a rigor, segue a orientação da doutrina majoritária, aplicando a teoria subjetiva da responsabilidade. Já os juízos de primeira instância – que, doutrinariamente, visam a promover a justiça, ao contrário dos juízos extraordinários, que visam à manutenção do primado da lei – tendem a aplicar a responsabilidade objetiva na solução dos casos atinentes à responsabilidade do Estado oriunda de condutas omissivas.⁴⁴

O Supremo Tribunal Federal adota, em grande parte de suas decisões, a teoria da responsabilidade subjetiva baseada na *faute du service* ou “culpa anônima do serviço”, conforme visto anteriormente.

Neste ponto, o autor CAIO TÁCITO, em obra datada de 1959, apontava que, embora a Carta Constitucional adotasse a responsabilidade objetiva do Estado desde 1946, o Supremo Tribunal Federal dificilmente condenava o Poder Público sem que fosse provada a falta do serviço. Nas palavras do mestre:

“É expressiva a constância com que o Poder Judiciário 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 de serviço é o ponto de referência para a outorga de indenizações, em que tem sido sóbria, de ordinário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.”⁴⁵

⁴⁴ Como a pretensão do presente trabalho não é análise da jurisprudência de primeira instância, serão mencionadas apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal. Por oportuno, remetemos o leitor às obras de Yussef Said Cahali – *Responsabilidade Civil do Estado* – e de Wanderley José Federighi, - *Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais* - que relacionam diversos julgados de primeira instância acerca do tema “responsabilidade civil do Estado por omissão”.

⁴⁵ Op. Cit, p. 565-566.

Assim, infere-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, funda suas decisões sobre responsabilidade estatal por omissão na teoria da falta do serviço. Essa orientação, que ainda vigorava mesmo com o advento da Constituição de 1946, ainda pode ser encontrada em julgados mais recentes. Os casos, em geral, remontam a homicídios dentro da prisão a danos decorrentes de movimentos multitudinários, em que não houve a atuação das autoridades policiais. Eis algumas ementas mais antigas:

“Quando provada a culpa, por omissão ou falta de diligência das autoridades policiais, o Estado responde civilmente pelos danos decorrentes de 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)

Em caso bastante semelhante, o Relator diz claramente qual é a posição dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Eis a ementa:

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

A teoria hoje dominante é a 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 nº 84.072 – Relator Ministro Cunha Peixoto, DJ 13/5/77)

Esse excerto é bastante exemplificativo, primeiramente porque enuncia que a responsabilidade do Estado por omissão configura-se quando há um mau funcionamento do serviço – *faute du service* – e, em segundo lugar, porque o Relator classifica essa concepção como modalidade de responsabilidade objetiva.⁴⁶

A mesma orientação pode ser encontrada em ementas mais recentes:

“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 do preso – posto que, além de o terem recolhido à cela com excesso de lotação, não evitaram a introdução de arma no recinto – mas também o nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano. Descabida a alegação de ofensa ao art. 37, § 6º da CF. Recurso não conhecido.” (RE 170.014/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 13/2/98)

Pode-se apontar um erro nesta ementa, se considerarmos que o STF segue a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. O Relator afirma que há nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano. Uma das idéias que servem de fundamento para a adoção da teoria subjetiva da responsabilidade é de que a omissão não pode produzir o dano diretamente. Esse julgado apresenta uma inferência, que, em termos lógicos, é equivocada.

Em outro julgado proferido recentemente, o Supremo não reformou decisão em que se determinou a responsabilidade do Estado decorrente da queda de um avião.

⁴⁶ Conforme visto anteriormente, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade do Estado com fulcro na teoria do acidente administrativo é subjetiva, e não objetiva, uma vez que se funda na “culpa” do serviço.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: MORTE DE PASSAGEIRO EM ACIDENTE DE AVIAÇÃO CIVIL: CARACTERIZAÇÃO.

1. Lavra dissensão doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão (cf. RE 257.761), e da dificuldade muitas vezes acarretada a sua caracterização, quando oriunda de deficiências do funcionamento de serviços de polícia administrativa, a exemplo dos confiados ao DAC – Departamento de Aviação Civil –, relativamente ao estado de manutenção das aeronaves das empresas concessionárias do transporte aéreo.

2. No caso, porém, o acórdão recorrido não cogitou de imputar ao DAC a omissão no cumprimento de um suposto dever de inspecionar todas as aeronaves no momento antecedente à decolagem de cada vôo, que razoavelmente se afirma de cumprimento tecnicamente inviável: o que se verificou, segundo o relatório do próprio DAC, foi um estado de tal modo aterrador de aparelho que bastava denunciar a omissão culposa dos deveres mínimos de fiscalização.

3. De qualquer sorte, há no episódio uma circunstância incontroversa, que dispensa a indagação acerca da falta de fiscalização preventiva, minimamente exigível, do equipamento: é estar a aeronave, quando do acidente, sob o comando de um “checador” da Aeronáutica, à deficiência de cujo treinamento adequado se deveu, segundo a instância ordinária, o retardamento das medidas adequadas à emergência surgida na decolagem, que poderiam ter evitado o resultado fatal.” (RE nº 258.726 – AL, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 14/5/2002)

Esse julgado é interessante por diversos motivos. O primeiro porque trata de responsabilizar o Estado pela deficiência no exercício de seu poder fiscalizatório, que foi reconhecida pela própria Administração. Outro ponto, posto logo ao início da ementa, é a alusão às divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O relator diz que as divergências existem, porém não se posiciona a favor de uma ou outra concepção. O que resta bem claro é que ele acolhe a alegação de responsabilidade do Estado pela falta de fiscalização

porque ficou sobejamente comprovado que houve imprudência por parte do DAC. É a aplicação da teoria da responsabilidade fundada em *faute du service*, em face do mau funcionamento do serviço público.

Não obstante a clareza desses julgados, o Supremo Tribunal Federal tem se afastado da teoria subjetiva em virtude da gravidade da lesão sofrida pelo cidadão. Muito embora sejam decisões raras, elas podem denotar uma mudança de orientação do Tribunal. Alguns exemplos:

“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)

Cuida-se de um caso em que o presidiário morto estava sendo ameaçado. Embora a direção da prisão tivesse conhecimento deste fato, nada fez para impedir o homicídio. É obrigação do Estado velar pela incolumidade física dos detentos. Como violou esta obrigação, deve responder pelo dano causado. Na hipótese, o Estado foi condenado a pagar uma pensão mensal à mãe da vítima.

Pelo que se depreende desta ementa, a responsabilidade objetiva está presente tanto nos casos de ação, quanto de omissão.

Em um acórdão do Ministro Celso de Mello – muito citado pela doutrina, que o considera um dos mais bem acabados estudos sobre responsabilidade do Estado por condutas omissivas – verifica-se a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva. Trata-se de um caso em que uma aluna de escola pública sofreu grave lesão no olho, causada por uma agulha de injeção pertencente a uma colega.

“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 do fato danoso em questão”. (RE 109.615/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 2/8/96)

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, que ainda não foram publicadas na Imprensa Oficial e foram divulgadas por meio do Informativo do STF, também aplicam a responsabilidade objetiva para os casos de omissão estatal, como a seguinte decisão:

“A Turma, entendendo não caracterizada na espécie a alegada ofensa ao art. 37, 6º, da CF, e afirmando a responsabilidade objetiva do Estado, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, que reconheceu o direito do particular à indenização, pelo Estado, por danos causados em sua propriedade em face de invasão por membros do movimento dos sem-terra, ante o descumprimento da ordem judicial que determinara à polícia militar estadual o reforço no policiamento da área invadida.”(RE nº 283.989-PR, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 28/5/2002 – Informativo nº 270)

Essa decisão bastante recente mostra uma mudança no entendimento do Tribunal em relação à responsabilidade do Estado no caso de movimentos multitudinários. Em julgados mais antigos, exigia-se a comprovação da culpa estatal.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal tem se resguardado de proferir decisões com fulcro na responsabilidade objetiva decorrente da omissão estatal. O teor dos julgados leva à conclusão de que o esse Tribunal adota a teoria do acidente administrativo, exigindo-se que seja configurado o mau funcionamento do serviço para que haja a responsabilização do Poder Público.

No entanto, já vislumbra-se uma tendência no sentido de se adotar a teoria esposada no tópico anterior, referente à omissão específica. É certo que as mudanças de orientação no Supremo Tribunal Federal são bastante raras. No entanto, estas decisões citadas acima também demonstram uma tendência protetiva aos direitos do cidadão perante a máquina estatal. Ademais, deve-se considerar que a atual composição da Corte Suprema sofrerá muitas mudanças nos próximos anos, o que, indubitavelmente, será sentido em seus julgamentos.

CONCLUSÃO

O tema “responsabilidade do Estado” sofreu várias modificações durante a evolução histórica do Estado Moderno, passando-se da completa irresponsabilidade estatal à responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo, que é o estágio em que se encontra atualmente.

Como foi explanado no presente trabalho, o Estado responderá pelos danos decorrentes de suas condutas lícitas ou ilícitas, comissivas ou omissivas. Nesse último ponto, reside a grande divergência existente na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Muito embora a tendência seja a migração da idéia de culpa para a idéia de dano para se configurar a responsabilidade estatal, a doutrina majoritária defende que, nos casos de omissão do Estado, deve-se aplicar a concepção subjetivista: só haverá o dever de reparar o dano se for verificada a “culpa anônima” na execução do serviço, ou seja, sua prestação deu-se de forma negligente, imprudente ou com imperícia.

É certo que a argumentação trazida pelos autores que seguem esta orientação está correta em termos lógicos, porém não é consentânea com os interesses do cidadão, uma vez que dificulta a prova a ser produzida em juízo quando da ação de reparação de danos. De acordo com essa concepção, o requerente não teria de provar a culpa do agente público, o que já é um avanço em relação à teoria civilista da responsabilidade estatal, no entanto, teria que demonstrar que o prejuízo que sofreu foi causado pelo mau funcionamento do serviço público. Indubitavelmente, essa prova é “leonina”, e, na prática dos Tribunais, só configurar-se-ia a responsabilidade oriunda de omissão estatal quando a deficiência do serviço fosse evidente, como se depreende dos julgados apresentados na presente monografia.

Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro – assim como alguns sistemas estrangeiros – aboliu a responsabilidade subjetiva do Estado diante da iniquidade que causava, visto que obstava o ressarcimento do prejuízo causado ao cidadão, mesma razão ter-se-ia para proscrevê-la dos casos de omissão do Estado.

A jurisprudência de primeira instância tem sido mais receptiva à responsabilidade objetiva oriunda da omissão estatal. Já no Supremo Tribunal Federal, os julgados são, em sua maioria, no sentido de se exigir a verificação da “culpa do serviço”, afastando-se a aplicação da responsabilidade fundada no risco. Mas há decisões que mostram uma mudança de orientação desta Corte.

Conforme visto no decorrer do trabalho, alguns autores e algumas decisões do Supremo Tribunal Federal adotam a uniformidade do sistema da responsabilidade do Estado, que seria objetiva tanto nos casos de ação, quanto de omissão, compreensão que está de acordo com nosso Direito Positivado. É certo que essa concepção traria problemas de ordem prática, sobretudo financeiros, uma vez que o Estado brasileiro é pródigo em danos causados por sua omissão. Mas essa não deve ser a razão para que se adote a teoria da *faute du service*. Na verdade, a solução do problema passaria por um aperfeiçoamento das instituições públicas, com vistas em diminuir os casos de omissão do Poder Público que venham a causar danos aos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 9.ed. Malheiros : São Paulo, 1997.
2. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
3. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.
4. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
5. CRETILLA JÚNIOR, José., *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, v. 8.
6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
7. FEDERIGHI, Wanderley José. *Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais*. São Paulo: Livraria Edição Universitária de Direito, 1994.
8. LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
9. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
10. MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
11. OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *A responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Habeas, 2000.

12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
13. QUADROS, Fausto de (org.). *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995.
14. SAUWEN FILHO, João Francisco, *Da responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
15. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
16. VENDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000.

ARTIGOS

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamentos administrativos”. *Revista dos Tribunais*. vol. 552, outubro de 1981.
2. FREITAS, Márcio Luiz Coelho, Da responsabilidade civil do Estado por omissões, *Farol Jurídico*, <http://www.faroljuridico.com.br/art-omissoes07.htm>, página consultada em 27/5/2002.
3. FREITAS, Marisa Helena D’arbo Alves de. “Responsabilidade Civil do Estado”. *Revista Jurídica*. nº 247, maio de 1998.
4. PEREIRA, Joana Carolina Lins. “Responsabilidade civil do Estado por omissão”, *Revista Procuradoria do Instituto Nacional da Seguridade Social*. vol. 6, nº3, outubro/dezembro de 1999.
5. TÁCITO, Caio. “Tendências sobre responsabilidade civil do Estado”. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 55, janeiro/março de 1959.