

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”
PROJETO A VEZ DO MESTRE**

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Por: Renato Santos e Silva

**Orientador
Prof. Anselmo Souza**

**Rio de Janeiro
2010**

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”
PROJETO A VEZ DO MESTRE_

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Apresentação de monografia à Universidade Candido Mendes como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Público e Tributário.

Por: Renato Santos e Silva

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, fonte universal de todas as forças e de todas as conquistas; agradeço ainda a minha família, e em especial a minha mãe por ser meu paradigma de determinação e por acreditar junto comigo; agradeço aos professores Anselmo Souza, Maurício Ribeiro, Humberto Mota e Sergio Guerreira, por toda a dedicação e brilhantismo dispensados na nobre missão de transmitir o conhecimento.

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra a minha esposa, amiga, companheira e brilhante advogada, Cláudia Regina de Souza Freitas por todo incentivo prestado ao longo desta jornada e por me transmitir a segurança e a certeza de que poderei contar com o seu apoio durante as longas jornadas vindouras.

“O único lugar aonde o sucesso vem antes do trabalho é no dicionário” (Albert Einstein)

RESUMO

Pretende-se através da presente monografia apresentar uma compreensão dinâmica da responsabilidade civil do Estado por omissão, a partir de uma visão proveniente, sobretudo, da jurisprudência do STF e da doutrina. A importância social do tema decorre dos crescentes casos de responsabilidade civil por omissão, sobretudo em matérias relativas ao exercício dos direitos sociais. A maior controvérsia sobre o assunto reside na aplicação ou não da responsabilidade objetiva à espécie.

Inicialmente abordaremos o conceito de responsabilidade civil e sua moderna função social, adentrando na responsabilidade civil do Estado a partir de sua evolução histórica, desde a fase da irresponsabilidade até a responsabilidade objetiva e seus fundamentos.

Em seguida adentraremos especificamente no instituto da responsabilidade por omissão, abordando o assunto a partir de uma concepção de antagonismos com relação à responsabilidade por atos comissivos, passando pelos elementos essenciais para a caracterização do dever de indenizar e suas características especiais nas hipóteses de omissão.

Neste tocante, estudaremos alguns julgados relevantes do STF sobre a aplicabilidade da responsabilidade objetiva nos casos de omissões, bem como sobre a dicotomia entre omissão específica e omissão genérica que será fundamental para a adequada compreensão dos limites da responsabilidade objetiva do Estado por omissão e para a conclusão do tema.

METODOLOGIA

A metodologia de pesquisa utilizada para a propositura do tema e seu desenvolvimento, inicia-se a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, recorrendo-se a doutrina para a busca da compreensão dos conceitos inerentes ao tema e suas respectivas extensões de aplicabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPITULO I – CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	10
CAPITULO II – FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
CAPITULO III – COMPREENSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	14
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	14
1.1. 1ª FASE: IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	14
1.2. 2ª FASE: TEORIA CIVILISTA.....	16
1.3. 3ª FASE: TEORIA PUBLISCISTA.....	17
1.4. 4ª FASE: RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	19
CAPITULO IV - RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO.....	22
1. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	23
1.1. FATO ADMINISTRATIVO.....	24
1.2. DANO INDENIZÁVEL.....	25
1.3. NEXO D CAUSALIDADE.....	27
1.3.1. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES.....	28
1.3.2. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA.....	28
2. A OMISSÃO E O ART. 37, §6º DA CRFB/1988.....	30
3. OMISSÃO GENÉRICA E OMISSÃO ESPECÍFICA.....	34
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	39

INTRODUÇÃO

Com a evolução do ideal do Estado de bem estar social, a sociedade atribuiu a este ente político, inúmeras tarefas e serviços, que no modelo do Estado liberal lhe eram estranhas. Certo, portanto, que do nascimento deste novo modelo estatal, surge para a sociedade não apenas o ônus de sustentar um Estado financeiramente mais caro, como também o direito de exigir maior presença deste mesmo Estado na persecução dos fins eleitos por esta sociedade¹. Sejam estes fins perseguidos através do exercício das funções fiscalizadoras do Estado (poder de polícia), quando da prestação de serviços públicos ou da assistência social.

Assim, nasce para o Estado o dever de inúmeras prestações positivas, notadamente em decorrência do rol dos direitos sociais², também chamados de direitos fundamentais de 2ª geração, como os previstos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tais como a educação, saúde, moradia, previdência e segurança.

Neste diapasão surge como conseqüência lógica e factual das novas atribuições do ente público, um déficit de capacidade material para atender satisfatoriamente este novo e amplo rol de atribuições, seja para a adequada fiscalização ou para a eficaz prestação do serviço correspondente.

Certo que por diversas vezes o ente público falhará na persecução de seus fins ou mesmo se omitirá da realização destas tarefas,

¹ (CRFB/1988) Art. 3º Constitui objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

² Para Alexandre de Moraes em sua obra "Direito Constitucional", 17ª Edição - 2005, editora Atlas, página 177: "Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal."

seja esta omissão de maneira total ou parcial. É neste momento que entraremos no campo da responsabilidade civil do Estado por omissão.

Dos atos ou omissões geradoras de danos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial decorrerá para o Estado o dever de indenizar, como pressuposto de nossa ordem jurídica e do próprio ideal de Estado Democrático de Direito, no qual o ente público não é apenas o criador do Direito, mas também seu destinatário³. Por outro lado, nascerá para o terceiro, vítima do dano, o direito a ser indenizado na exata medida do dano experimentado.

Neste cenário contempla-se a necessidade de compreendermos o instituto da responsabilidade civil para em seguida adentrarmos no tema da responsabilidade civil do Estado de maneira ampla, passando pela sua evolução histórica, para logo após aprofundarmo-nos, em especial, nas hipóteses de responsabilidade civil do Estado por omissão.

Poderemos verificar as divergências existentes no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre as hipóteses em que se caracteriza o dever de indenizar do ente público nos casos de omissão, notadamente sobre a aplicação do art. 37, § 6º da Constituição ou da teoria da culpa anônima da responsabilidade civil em que se questiona sobre o elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente estatal.

Ao enfrentamos este assunto devemos analisar as hipóteses de omissões juridicamente relevantes para fins de indenização, conhecendo seus limites e os requisitos necessários para a aplicação do instituto da responsabilidade civil, apresentando os posicionamentos da jurisprudência e da doutrina acerca do tema.

³ Segundo José Maria Pinheiro Madeira: “O instituto da Responsabilidade Civil encontra sede nos Estados Democráticos de Direito, fulcrada, sobretudo no princípio da igualdade, onde todas as pessoas, de direito público e de direito privado, estão atreladas a uma ordem jurídica, e onde não mais impera os interesses da Administração Pública sobre os do particular, mas se permeiam pela igualdade de todos perante a lei” (Administração Pública Centralizada e Descentralizada, Tomo II – 2008, 10ª edição, editora HP).

CAPÍTULO I

CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de adentrarmos propriamente na Responsabilidade Civil do Estado e especificamente em sua forma omissiva, convém compreendermos as nuances fundamentais do instituto da responsabilidade civil, seus fundamentos e sua natureza.

Inicialmente, devemos entender o sentido da expressão responsabilidade na semântica jurídica. O professor José Maria Pinheiro Madeira⁴, assim a define:

A palavra responsabilidade deriva do vocábulo latim *respondere*, cujo significado é responder, pressupõe que *alguém deve responder por algo*, ou seja, alguém será responsabilizado pelo seu ato e deverá responder por ele, daí a concepção tradicional de que a responsabilidade se funda na culpa, pois esta ideia está atrelada a um ato culposos.

Sérgio Cavalieri Filho ao abordar o assunto, parte da premissa de diferenciar a responsabilidade da obrigação. Segundo aquele autor enquanto a obrigação importa em um dever jurídico originário a responsabilidade será um dever jurídico secundário e sucessivo, ou seja, nascerá da inobservância de uma obrigação, seja esta de natureza contratual ou legal, como, por exemplo, a obrigação a todos nós imposta pela lei de não causar danos a outrem.

O renomado autor assim conceitua responsabilidade civil:

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário⁵.

⁴ José Maria Pinheiro Madeira. "Administração Pública Centralizada e Descentralizada Tomo II". 10ª Edição. Página 602.

⁵ Sergio Cavalieri Filho. "Programa de Responsabilidade Civil". 2007. 7ª Edição, Editora Atlas. Página2.

A natureza secundária da responsabilidade em relação a obrigação encontra-se sintetizada na inteligência do próprio art. 389 do Código Civil, no capítulo relativos as obrigações, quando trata do inadimplemento destas:

Art. 389 - Não cumprida a **obrigação**, **responde** o devedor por perdas e danos (...) (grifo nosso)

Para Helena Elias Pinto⁶ a responsabilidade civil é corolário lógico do próprio ordenamento jurídico, apresentando o instituto com o status principiológico, como uma ramificação da própria Teoria Geral do Direito, pois segundo aquela autora a responsabilidade permeia todos os ramos do direito, seja penal, civil ou administrativo, sendo cada um com suas peculiaridades, mas tendo todos os ramos em comum o fato de que a responsabilidade sempre nascerá da violação de um dever jurídico (obrigação) originário.

O dever de indenizar é uma consequência do dever a todos impostos de não causar danos a outrem, que entre nós encontra sua origem no Direito Romano na máxima *neminem leadere*.

Ainda no tocante ao conceito da responsabilidade civil, a crítica que se faria a concepção apresentada por Sérgio Cavalieri Filho de que a responsabilidade se diferenciaria da obrigação pelo fato de ser secundária encontra amparo no art. 927 do Código Civil que ao tratar da responsabilidade civil introduziu o capítulo intitulado “Da Obrigação de Indenizar”, onde para alguns autores o legislador teria classificado a responsabilidade civil como uma espécie de obrigação, ainda que esta esteja topograficamente descentralizada dentro do código de 2002. Por isso seria incorreto afirmarmos que a responsabilidade diferencia-se da obrigação.

⁶ Helena Elias Pinto. “Responsabilidade Civil do Estado Pó Omissão”. 2008. Editora Lúmen Juris. Página12

No entanto, tal crítica não produz diferenças pragmáticas, encerrando-se na literalidade do texto legal, pois o fato de o Código atribuir à responsabilidade civil o invólucro de “obrigação” não desclassifica seu caráter secundário e sucessivo de um dever jurídico pré-existente que é a essência do conceito apresentado pelo professor Sergio Cavalieri Filho.

Concluimos desta forma, que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo, que nasce da violação de um dever originário, seja este último contraído de maneira voluntária, nas hipóteses contratuais ou de maneira compulsória quando previstos em lei. Em regra os deveres jurídicos originários compulsórios ou legais serão sempre de natureza negativa, ou seja, um dever jurídico de não fazer, o qual uma vez violado dará lugar a um dever jurídico secundário e positivo consistente em reparar o dano causado por aquela ação proibida pelo ordenamento jurídico.

Há hipóteses, contudo, que o dever legal posto na ordem jurídica determina que se faça algo e o comportamento omissivo do destinatário da norma poderá acarretar o dever jurídico sucessivo de indenizar quando presentes outros requisitos, conforme veremos mais adiante no assunto específico da responsabilidade civil do Estado por omissão.

CAPÍTULO II

FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A aplicação de qualquer instituto jurídico requer antes de tudo, a compreensão de sua função social, ou seja, sua finalidade e o propósito por ele almejado. Nesse sentido se faz mister perseguirmos o alcance da função social da responsabilidade civil para que em momento posterior possamos adentrar nas nuances do instituto.

Por muito tempo tem-se atrelado à responsabilidade civil a ideia de culpa, aproximando o instituto, equivocadamente, a um castigo imposto aquele que por imprudência, negligência ou imperícia causa dano a terceiros. Dentro do próprio conceito de ato ilícito disposto no art. 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

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.

Helena Elias Pinto afirma que: “é comum a noção de responsabilidade civil associada à ideia de sanção. Entretanto, se por um lado, é facilmente compreensível que exista sanção quando se trata de dano ocasionado por comportamento ilícito, por outro, será que faz sentido falar em sanção nos casos de responsabilidade civil fundada no risco ou decorrente de ato lícito danoso?”⁷

Do questionamento muito bem colocado pela brilhante autora, partimos da noção de que a aferição do elemento subjetivo do indivíduo não é suficiente para afirmarmos que a responsabilidade civil tem seus pilares fundamentais no ideal de sanção.

Tal assertiva se torna mais clara quando nos situamos em uma sociedade de massas, na qual as atividades humanas necessárias ao desenvolvimento e progresso, comumente, são cada vez mais geradoras de riscos a diversos bens jurídicos. Não é por outro motivo que a legislação vigente caminha para o que podemos definir como “objetivação da responsabilidade civil”. É notório que no dia a dia da prática forense tem sido muito mais comum solução de litígios envolvendo responsabilidade civil objetiva do que sua forma subjetiva, seja pelo amplo campo de aplicação do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (lei 8.078/1990), seja pela

⁷ Helena Elias Pinto. “Responsabilidade Civil do Estado Por Omissão”. 2008. Editora Lúmen Juris. Página 25.

aplicação da responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º da CRFB) ou ainda pelas exceções de responsabilidade objetiva, previstas no próprio Código Civil no parágrafo único do art. 927 ao tratar das atividades de risco comum.

Neste diapasão, é que a função social da responsabilidade civil vai se atrelando passo a passo não apenas a um ideal de sanção ao agente causador do dano como uma forma de prevenção, mas, sobretudo, como um instrumento de justa distribuição dos efeitos danosos das diversas atividades necessárias ao progresso e desenvolvimento da sociedade.

Por outro lado, não se pode perder de vista que sendo o Estado um ente ficto criado pela sociedade, também para almejar o desenvolvimento e progresso, sua responsabilidade civil também está atrelada à noção de justa distribuição do dano, conforme veremos adiante.

CAPÍTULO III COMPREENSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1. 1ª FASE: IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO.

Nem sempre ao Estado foi atribuída a responsabilidade pelos atos de seus agentes, que nesta qualidade causassem danos a terceiros. Por muito tempo prevaleceu a teoria da irresponsabilidade civil do Estado, notadamente nos Estados absolutistas.

Ora, dentro de um Estado absolutista em que o rei soberano se impõe como fruto da vontade divina sendo assim a materialização da própria vontade de Deus na Terra, nada mais lógico do que a indução da ideia de que

“Deus não erra”⁸. Sendo assim, o soberano gozava de absoluta imunidade por seus atos.

O professor Yussef Cahali⁹ apresenta três argumentos muito utilizados na época para fundamentar a teoria da irresponsabilidade civil do Estado, são eles: 1) Sendo o Estado soberano, este não podia está em pé de igualdade com seus súditos, pois uma relação de igualdade entre Estado e súdito, em qualquer nível de relação seria algo inconcebível; 2) Sendo o Estado o instituidor do Direito posto, não poderia este ser seu violador, o que conduziria a uma contradição teórica; 3) Da ideia anterior nasceria a noção de que os atos contrários a lei praticados pelos funcionários do Estado, jamais poderiam ser atribuídos ao ente político, mas sim ao próprio funcionário que agiu fora do objetivos do Estado e, portanto, além dos poderes que lhe foram conferidos.

De fato, durante a vigência desta teoria somente se concebia o ressarcimento pecuniário em face do funcionário que praticou o ato ilícito, ultrapassando os poderes inerentes a sua função ou em contrariedade com a lei. Não se cogitava a responsabilização direta do Estado, pois, em tese, este tinha por objetivo tutelar a ordem jurídica, logo, ilógico que praticasse atos contrários a esta mesma ordem.

No entanto, tal teoria não resistiu por muito tempo. Com a melhor compreensão dos objetivos do Estado e a crescente manifestação da sociedade pelo clamor de seus direitos em face do Estado, notadamente pelo movimento burguês ascendente na Europa, o Estado não mais poderia esquivar-se de sua responsabilidade quando, através dos atos ou omissões de seus agentes causasse danos a terceiros.

⁸ Sergio Cavalieri Filho: “A ideia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: “O rei não erra” (*The king can do no wrong*), “O Estado sou eu” (*L’État c’est moi*).” (Programa de Responsabilidade Civil. 7ª Edição. Editora Atlas. Página 219.)

⁹ Yussef Said Cahali. “Responsabilidade Civil do Estado”. 3ª Edição. Editora: Revista dos Tribunais. Página 20.

1.2. 2ª FASE: TEORIA CIVILISTA.

Superado o obscuro período da irresponsabilidade civil do Estado, passa-se a aplicar os princípios de direito privado para reger as hipóteses de responsabilização pecuniária do Estado por danos causados por seus agentes, utilizando-se as normas atinentes a responsabilidade por fato de terceiros¹⁰.

Nesta fase, evoluiu-se da ideia de um Estado utópico que não erra, para se admitir a indenização pelos danos causados a terceiros, por funcionários do Ente Público, desde que estes agissem com culpa ou dolo no exercício do ofício público.

Vislumbra-se sob esta ótica, uma responsabilidade de natureza subjetiva, em que se persegue o aspecto intrínseco da conduta do indivíduo, ou seja, se este agiu com negligência, imprudência imperícia ou dolo.

Para se aferir a viabilidade da pretensão de uma indenização pecuniária em face do Estado a doutrina criou dois grandes conceitos de atos de Estado, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros eram aqueles relativos a expressão de soberania do Estado, inerente a manutenção da ordem constitucional e jurídica os quais eram inatingíveis por uma pretensão indenizatória, já que eram atos, que em última análise destinavam-se a própria manutenção existencial do Poder Público.

Por outro lado, somente os atos de gestão eram passíveis de uma pretensão indenizatória. Entendendo-se como tal os atos relativos à satisfação de necessidades sociais, progresso, bem-estar e cultura. Somente neste último caso, em que o Estado equiparava-se ao particular, no exercício de meros atos de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, quando,

¹⁰ Yussef Said Cahali. "Responsabilidade Civil do Estado". 3ª Edição. Editora: Revista dos Tribunais. Página 22.

agindo com dolo ou culpa, seus funcionários viessem a causar danos a terceiros.

Assim, a teoria civilista teve importante papel no sentido de romper com a irresponsabilidade civil do Estado, não obstante, ainda permanecesse resquício da fase anterior, mascarado sob o rótulo de “atos de império”, o que nada mais era do que um novo nome a um velho e conhecido conceito: *The king can do no wrong*. (O rei não erra)

1.3. 3ª FASE: TEORIA PUBLISCISTA

Em que pese os avanços representados pela teoria civilista, a mesma não foi capaz de atender satisfatoriamente aos anseios sociais, isso porque, na prática, uma pretensão reparatória era algo quase impossível de se alcançar, pois o particular sempre esbarrava na quase intransponível barreira de ter que fazer prova da culpa do funcionário do Estado, algo de difícil comprovação, notadamente em razão da complexa estrutura estatal.

Em verdade, notou-se que não se poderia aplicar ao Estado conceitos e princípios próprios das hipóteses de responsabilidade civil do particular, porque estes são completamente diferentes.

A teoria publicística, também conhecida como teoria da culpa administrativa ou culpa anônima encontra seus pilares no direito público, distanciando-se da ramificação do direito privado.

Podemos afirmar que esta fase rompe de vez com a irresponsabilidade do Estado, porque não mais se faz qualquer diferença entre atos de império e atos de gestão. Num ou noutro caso, o causador do dano será sempre o Estado, o qual deverá indenizar, seja qual for a natureza do ato¹¹.

¹¹ Yussef Said Cahali. “Responsabilidade Civil do Estado”. 3ª Edição. Editora: Revista dos Tribunais. Página 25

No entanto, o grande avanço desta fase, certamente é a despersonalização da culpa, no qual o particular não mais precisa apontar este ou aquele agente como sendo o culpado, para que possa pretender uma indenização em face do Estado. Basta que o particular demonstre que houve uma falha ou falta do serviço. Chega-se assim ao conceito de culpa anônima ou culpa administrativa.

A noção de culpa anônima nasce da teoria do órgão que institui a ideia de que os funcionários, empregados e demais agentes estatais não são seus representantes, mas sim órgãos¹² da própria pessoa jurídica estatal, pois que o Estado age através daqueles e não se faz representar por aqueles, como era o fundamento da responsabilidade civilista.

José Maria Pinheiro Madeira¹³, ao tratar do assunto, assim conclui sua importância no processo evolutivo do instituto:

Com fundamento nesta teoria, o lesado não mais precisaria identificar o agente estatal, sendo-lhe necessário apenas comprovar o mau funcionamento do serviço público, daí a denominação pela doutrina *de culpa publicista ou culpa anônima*, e ainda *culpa do serviço*, que se desmembrava em três versões: *o mau funcionamento, o não funcionamento ou a demora do serviço*.

A teoria publicística da responsabilidade do Estado, de igual modo a anterior, deixou para a vítima do dano também o pesado e oneroso encargo de demonstrar a falha no serviço ou a culpa do órgão administrativo, ainda que uma culpa impessoal. Aparentemente, a demonstração de uma falha na prestação do serviço seria algo corriqueiro, contudo, por força da complexidade das atividades do Estado, tal requisito foi se tornado forte empecilho a efetiva reparação dos danos causados pelo Estado.

¹² Sergio Cavalieri Filho. “Programa de Responsabilidade Civil”. 2007. 7ª Edição, Editora Atlas. Página 220

¹³ José Maria Pinheiro Madeira. “Administração Pública Centralizada e Descentralizada Tomo II”. Editora HP. 10ª Edição. Página 613.

1.4. 4ª FASE: RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Neste momento da evolução, que perdura nos dias atuais, adotou-se a teoria da responsabilidade civil do Estado sem questionamentos de natureza subjetiva sobre a conduta dos agentes estatais, quando do exercício de suas funções ou em decorrência dela.

Neste momento, não há mais lugar para indagações sobre culpa ou dolo de agentes estatais ou a culpa anônima adotada pela teoria publicista. Segundo a teoria da responsabilidade objetiva, para que se configure o dever do Estado de indenizar é necessário apenas que haja um dano individualizável, uma conduta, aqui melhor conceituado como ato ou fato da administração¹⁴, e o nexo causal entre esta e aquele¹⁵. Sobre o assunto, leciona Yussef Said Cahali:

Rigorosamente, a responsabilidade objetiva tende a se bastar com o simples nexo de causalidade material, eliminada a perquirição de qualquer elemento psíquico ou volitivo.

A responsabilidade civil do Estado objetiva fundamenta-se na ideia da justa repartição dos danos oriundos da atividade do Estado entre toda a sociedade. Se este ente político é criado para gerar benefícios para toda a sociedade, não seria justo que apenas alguns de seus membros suportassem os prejuízos decorrentes dessa atividade. Assim, que a responsabilidade objetiva encontra amparo no próprio ideal isonômico das democracias modernas¹⁶.

¹⁴ Helena Elias Pinto apud José Cretela Junior: “José Cretela Junior indica como pressuposto, a existência de ato ou fato da administração.” (Responsabilidade Civil do Estado Por Omissão. Editora Lúmen Juris. Página 116)

¹⁵ Hely Lopes Meirelles. “Direito Administrativo Brasileiro” 33ª Edição. Editora Malheiros. Página 657.

¹⁶ Helena Elias Pinto apud Maria Silvia Zanella Di Pietro: “Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrente da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.” (Responsabilidade Civil do Estado Por Omissão. Editora Lúmen Juris. Página 75)

Dessa ideia de repartição dos encargos sociais é que decorre o requisito lógico para caracterizar o dever de indenizar do Estado, que o dano seja individualizável, pois se este é um dano de natureza geral, não há que se falar em desequilíbrio de encargos, pois que, em tese, toda a sociedade já estaria suportando este dano de forma direta.

No Direito Brasileiro a responsabilidade objetiva do Estado tem lugar desde a Constituição de 1946, e atualmente encontra-se positivada no art. 37, § 6º da Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 37

(....)

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

A responsabilidade objetiva dos entes públicos e pessoas jurídicas privadas, quando prestadoras de serviços públicos está implícita na redação do citado dispositivo constitucional que somente permite a ação de regresso nas hipóteses em que houver dolo ou culpa do preposto causador do dano. Ora, se a pessoa jurídica somente poderá regressar em face de seu agente quando houver culpa ou dolo por parte deste, significa que haverá o dever de indenizar da pessoa jurídica, ainda que não haja culpa de seus agentes, o que nada mais é do que a responsabilidade objetiva.

Importante ainda destacarmos as teorias que limitam a aplicação da responsabilidade objetiva. Dentre nós, adotamos a teoria do risco administrativo, ou seja, o Estado responderá sim de forma objetiva, contudo, somente por aqueles prejuízos decorrentes de suas atividades. (neste primeiro momento podemos incluir no conceito de atividade do estado suas típicas funções administrativa, legislativa e jurisdicional)

Sérgio Cavalieri Filho, assim define a teoria do risco administrativo:

A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos¹⁷.

Sendo o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado a divisão equânime dos ônus de suas atividades, nada mais coerentes que este somente responda pelos danos relacionados de alguma forma a essas atividades. Desta afirmativa, concluímos que a doutrina e a jurisprudência¹⁸ repudiam a teoria do risco integral, pois que esta não permite ao Estado a alegação de excludentes de responsabilidade (fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro) que romperia com o nexo causal entre o suposto dano e a atividade do Estado.

Por hora podemos concluir que a responsabilidade objetiva do Estado encontra seu fundamento na justa distribuição do ônus entre os membros da sociedade; e seus limites na teoria do risco administrativo, ou seja, que o dano somente pode ser atribuído ao Ente quando decorrente de sua atividade.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO

Vimos até este ponto que a responsabilidade civil do Estado independe da demonstração de culpa ou dolo na conduta de seus agentes,

¹⁷ Sergio Cavalieri Filho. "Programa de Responsabilidade Civil". 2007. 7ª Edição, Editora Atlas. Página 223

¹⁸ STF no julgado do Recurso Extraordinário n.º 4602035, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa: "9 (...) A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva com base no risco administrativo e ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa (...)"

conforme o art. 37, § 6º da CRFB/1988 e que tal dispositivo fundamenta-se no ideal de justa repartição do ônus da atividade estatal entre os membros da sociedade.

Porém, devemos frisar que o dano pode ter sua origem tanto em uma conduta comissiva como omissiva.

No capítulo referente ao conceito de responsabilidade civil vimos que está apresenta-se como um dever jurídico sucessivo, decorrente de um dever jurídico originário ou obrigacional. Sempre que estivermos diante de uma hipótese de responsabilidade civil, seja de qual natureza for, devemos encontrar antes de decidirmos sobre o dever de indenizar, qual foi o dever jurídico originário violado.

Assim, somente haverá responsabilidade civil indenizável por omissão, quando está omissão decorrer de um dever jurídico de agir, ou seja, somente responde pelos danos provocados por omissão aquele que tinha o dever jurídico de agir e evitar o dano.

O termo omissão derivado do latim *omissione* que dentre outros significados, atribui-lhe o dicionário Aurélio: “Ato ou efeito de não fazer aquilo que mora ou juridicamente se devia fazer”.

Tem sido crescente em nossa sociedade as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por omissão, notadamente em face do grande número de obrigações conferidas a esse ente, que cada vez mais recebe da sociedade a função de ser um Estado garantidor.

Helena Elias Pinto¹⁹, ao distinguir o alcance da responsabilidade por ato e por in-natos assim leciona:

¹⁹ Helena Elias Pinto. “Responsabilidade do Estado Por Omissão”. Editora Lúmen Juris, Página 117.

Quando se trata de responsabilidade por comportamento comissivo, essa imputação decorre de ter o agente público um preposto do Estado. Quando se trata de dano causado por omissão, a imputação é normativa, decorre do que dispõe o ordenamento jurídico em uma visão sistemática.

Por outro lado, a falta de estrutura adequada e de preparo técnico das diversas categorias de agentes públicos para o desenvolvimento dessas funções garantidoras tem trazido a tona sua ineficácia, notadamente em setores como a saúde e segurança pública.

Dentro desse contexto é que tem sido grande controvérsia dentro da jurisprudência do STF e da doutrina sobre a responsabilização objetiva ou subjetiva do Estado nas hipóteses de omissão, bem como sobre os liames de nexos de causalidade necessários para sua caracterização, conforme veremos adiante.

1. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

A responsabilidade civil do Estado, em regra, e a exemplo da responsabilidade em outros ramos do direito fundamenta-se na teoria objetiva, sendo desnecessário para sua caracterização perquirição de elementos subjetivos na conduta do agente estatal. Conclui-se, portanto, para que se caracterize o dever de indenizar, não de está presentes os seguintes requisitos: fato administrativo, dano e nexos de causalidade entre este e aquele. Assim nos compete a análise pormenorizada destes elementos.

1.1. FATO ADMINISTRATIVO.

A conduta, elemento essencial à caracterização da responsabilidade civil de uma forma geral, no campo da responsabilidade civil do Estado se qualifica, pela melhor doutrina, como fato administrativo ou fato imputável ao Estado.

Isso porque, em matéria de responsabilidade do Estado, nem sempre estaremos diante de uma conduta²⁰ no sentido naturalístico da expressão, não obstante, haverá responsabilidade do Estado, tais como nas hipóteses em que a responsabilidade advém de fato da coisa que se encontra sob a guarda ou fiscalização do Ente Público.

Ao tratar do assunto, José Maria Pinheiro Madeira, assim leciona com muita propriedade:

No que concerne ao fato administrativo, ressalta-se que este se refere a qualquer forma de conduta proveniente do agente estatal, quais sejam: comissivas, omissivas, legítimas, ilegítimas, singular ou coletiva. Necessário, contudo que este esteja no uso de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.²¹

Assim, não basta que a conduta (comissiva ou omissiva) seja praticada por agentes estatal, é necessário que este a pratique naquela qualidade. Ou seja, deve haver uma relação entre a conduta do agente e a atividade da administração Pública.

Desta forma, relevante para a responsabilidade da pessoa jurídica que a oportunidade da pratica do ato tenha sido ensejada pela condição de agente estatal, pouco importando se esta ocorrera no exercício regular da função pública ou em decorrência de abuso de poder no exercício desta, o que apenas agravaria a responsabilidade do Ente, em razão da má escolha do agente²².

²⁰ Helena Elias Pinto. “ Responsabilidade Civil do Estado por Omissão”: “ Entretanto, se está em pauta a responsabilidade objetiva, é mais adequado indicar o fato imputável ao Estado como pressuposto, pois há casos em que não há propriamente conduta, a exemplo do que ocorre quando a responsabilidade decorre de fato da coisa que se encontra sob a guarda ou sob a fiscalização do poder público.”

²¹ José Maria Pinheiro. “Administração Pública Centralizada e Descentralizada Tomo II”. Editora HP. 10ª Edição – 2009. Página 635.

²² Hely Lopes Meirelles. “Direito Administrativo Brasileiro”. 33ª Edição. Editora Malheiros. Página 656. “O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva por parte da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída.”

1.2. DANO INDENIZÁVEL

Outro essencial requisito para que se vislumbre o dever de indenizar é o dano suportado pela vítima, seja este de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, como consagrado pelo art. 5º, X da Constituição de 1988.

No entanto, em sede de responsabilidade civil do Estado não é qualquer dano que deve ser indenizável. A doutrina estabelece uma série de características as quais este dano precisa possuir para ser passivo de ressarcimento.

Helena Elias Pinto ao tratar dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado, assim conceitua o dano:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a ablação ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza – patrimonial ou integrante da própria personalidade da vítima, como a honra, a imagem, a liberdade, etc.

Não obstante, para que o dano seja indenizável, é preciso que ele possua origem jurídica, e não meramente econômica. A exemplo, uma empresa que explora a travessia de determinado rio, cujo seu negócio sucumbe diante da instalação pelo poder público de uma ponte que faz a travessia do citado rio. Ora, neste caso, não se vislumbra a injustiça do dano ou sua antijuridicidade, mas tão somente um prejuízo inerente ao próprio risco da natureza econômica da atividade. Vastos exemplos nesse sentido encontram-se nas hipóteses do exercício da livre concorrência de mercado, aplicáveis a responsabilidade em direito civil.

Yussef Cahali²³ traz ainda os seguintes elementos para configurar o dano indenizável: **a)** Que o dano seja certo e não apenas possível, ou seja, deve haver uma certeza quanto ao dano e não uma mera possibilidade; **b)** Ser o dano anormal, devendo ultrapassar o razoável incômodo proveniente da

²³ Yussef Said Cahali. “Responsabilidade Civil do Estado”. Editora RT. 3ª Edição. Página 68.

opção por vida em sociedade, que naturalmente proporciona pequenos danos aos que ela integra; **c)** Deve o dano ser especial ou singular, em contrapartida ao dano geral. O dano indenizável deve ser sofrido por um indivíduo ou um grupo de pessoas determinadas. Este requisito decorre do próprio fundamento da responsabilidade objetiva da igualdade dos ônus e encargos sociais. Porque se o dano é geral este não rompe a justa distribuição do ônus e encargos sociais.

Aspecto relevante de análise neste ponto, é no tocante a prova do dano de natureza moral, notadamente nos casos de dano contra a honra subjetiva, que se difere da honra objetiva pela natureza extremamente implícita da primeira.

Com muita propriedade, Sergio Cavalieri Filho²⁴ leciona que o dano moral se vislumbra ínsito no próprio fato ofensivo a honra do indivíduo. Assim, na análise de caso a caso deve-se buscar o decoreto mediano do indivíduo em dado momento histórico cultural e regional da ocorrência do fato.

Outro aspecto interessante do dano indenizável é a moderna doutrina da “teoria da perda de uma chance” oriunda do direito francês (*perter d'une chance*), que a primeira face parece contrariar a característica de certeza do dano indenizável. No entanto, esta se funda em um juízo de probabilidade²⁵ e uma certeza que a chance seria realizada. A chance deve ser

²⁴ “Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominus ou facti*, que decorre das regras de experiência comum.” (Sergio Cavalieri Filho. “Programa de Responsabilidade Civil”. Editora Atlas. 7ª Edição. Página 83)

²⁵ Assim decidiu a 10ª Câmara Cível do TJERJ no julgamento da Apelação Cível n.º 2009.001.70116, de relatoria do Desembargador Celso Peres: “Responsabilidade civil. Pleito de indenização por danos materiais e morais ajuizado por técnico agrimensor. Apresenta-se manifesta, a ocorrência de dúvidas quanto à possibilidade do demandante assinar projetos topográficos. Ausência de ilegalidade no atuar da municipalidade em recusar a aprovação dos projetos de loteamento, uma vez que conforme dispõe o artigo 30, inciso VIII da Constituição Federal, compete aos Municípios promover o adequado planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. O quadro probatório dos autos não oferece suporte para o acolhimento da pretensão inicial. Impossibilidade de se aplicar à presente

séria e real, não bastando a mera especulação acerca de uma remota possibilidade.

Assim, concluímos que o dano indenizável pode ser, quanto a sua natureza, patrimonial ou extrapatrimonial, desde que estes decorram de um injusto jurídico; seja certo em contrapartida a juízo de possibilidade; anormal, ou seja, extrapolando os contratempos da vida em sociedade e especial ou singular em oposição ao dano geral que é suportado pela sociedade de forma geral.

1.3. NEXO DE CAUSALIDADE

O terceiro pressuposto para a configuração do dever de indenizar do Poder Público e talvez o de maior complexidade é o nexo de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o fato administrativo, notadamente em matéria de responsabilidade por omissão, em que o vínculo existente entre o fato da administração e o dano não se restringe apenas a hipótese de vínculo naturalístico²⁶.

Sergio Cavalieri Filho²⁷ ao ressaltar a importância do nexo de causalidade para a configuração do dever de indenizar, assim leciona:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.

Não são poucas as teorias criadas sobre o nexo de causalidade, que tentam estabelecer critérios para a imputação de condutas a determinados

hipótese a teoria da perda de uma chance, uma vez que, conforme se depreende da doutrina francesa "perte d'une chance", sua incidência pressupõe dano real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, não sendo indenizável o dano potencial ou incerto. Improvimento do apelo."

²⁶ Helena Elias Pinto, "Responsabilidade Civil do Estado por Omissão". Página 126.

²⁷ Sergio Cavalieri Filho. "Programa de Responsabilidade Civil". Página 46.

danos. Dentre as diversas teorias, apresentaremos as duas de maior relevância.

1.3.1. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES.

Segundo essa teoria, todas as condições que conduzem a um resultado são a causa desse resultado, sejam essas condições mediatas ou imediatas²⁸.

Tal corrente não faz distinção entre causa, enquanto aquilo de que uma coisa depende para sua existência e condição que é apenas um pressuposto para que a causa produza seus efeitos.

Esta corrente encontra sua fragilidade no fato de que se permite um alargamento *ad infinito* da relação de nexos de causalidade, o que na prática processual daria lugar há inúmeras ações de regressos e/ou intervenção de terceiros no feito processual, acabando por inviabilizar o próprio exercício do direito a acesso a justiça em sua concepção material de efetividade.

1.3.2. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

Para esta teoria, ainda que várias sejam as condições para a produção do resultado, é necessário verificar qual delas foi adequada a produção do resultado danoso. Assim, causa será aquela que foi mais determinante para a produção do resultado, sendo as outras apenas condições e irrelevantes para fins de imputação de nexos de causalidade.

Não obstante, segundo esta corrente, não basta que o fato seja *sine quo non*²⁹ para a produção do dano em concreto, para que seja considerado causa. É necessário que este seja hipoteticamente capaz de

²⁸ Yussef Said Cahall. "Responsabilidade Civil do Estado". Página 75

²⁹ Sergio Cavalieri Filho. "Programa de Responsabilidade Civil". Página 48

produzir o resultado, ou seja, através de um processo *in abstracto* de supressão mental de condições.

Esta foi a teoria adotada pelo nosso Direito Civil, com base no art. 1060 do Código Civil de 1916 e que ainda hoje permeia nosso ordenamento jurídico conforme inteligência do art. 403 do Código Civil³⁰, o que é sustentado pela doutrina, em razão da ausência da adoção expressa de uma teoria no texto legal.

Nesse sentido também se revela o posicionamento jurisprudencial, ao buscar fundamento teórico para aferir no caso concreto a existência de nexos de causalidade entre o dano e a conduta, positiva ou negativa do agente estatal, como no julgamento de apelação cível³¹ no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que o autor pleiteava indenização por dano moral em face do Estado do Rio de Janeiro, em razão de ter sido atingido por bala perdida quando da ocorrência de troca de tiros entre policiais e marginais em via pública.

Naquela ocasião não foi possível determinar se o projétil que atingiu o autor saíra da arma do agente estatal ou dos marginais, no entanto, o

³⁰ Sérgio Cavalieri sustenta que: “Não há no atual Código Civil, tal como no de 1916, regra expressa sobre nexos causal, ao contrário do Código Penal, cujo art. 13 disciplina a matéria. Em face da omissão do legislador, teremos que continuar seguindo os rumos já traçados pela doutrina e pela jurisprudência. Com base no art. 1060 do Código Civil de 1916, nossos melhores autores – a começar por Aguiar Dias – sustentam que a teoria da causa adequada prevalece na esfera civil. Esse art. 1.060 foi fielmente reproduzido no art. 403 do Código atual, que diz: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes, por *efeito dela* direto e imediato” (Sérgio Cavaleir Filho. “Programa de Responsabilidade Civil”. Editora Atlas. 7ª Edição. Página 50).

³¹ Apelação Cível de n.º de relatoria do Desembargador Nagib Slaib – 6ª Câmara Cível: “Lesão. Bala perdida. Troca de tiros entre policiais e supostos marginais. Sentença condenando o Estado do Rio de Janeiro a pagar indenização por danos morais. Nexos causal. Aplicação da teoria da causalidade adequada, isto é, a responsabilidade somente recairá sobre aquela condição que poderia concretamente concorrer para a produção do resultado, excluindo-se as demais condições que concorriam, mas que não eram as mais adequadas para produzir o dano. Responsabilidade do Estado. A conduta de seu agente público se não foi aquela que efetivamente deu causa ao resultado - alvejando o apelado com o disparo da arma de fogo -, contribuiu em muito para a causação do dano, já que falhou com o seu dever de segurança. Efeito modificativo. Descabimento. Cognição restrita à omissão, contradição e obscuridade do acórdão. Precedentes: STF, 1ª Turma, REED 255071/SP, Min. Moreira Alves; STF, 2ª Turma, AGAED 265905, Min. Celso de Mello. Rejeição dos embargos.”

Tribunal entendeu haver dever do Estado em indenizar, pois que a conduta de seu agente ao manter troca de tiro com marginais em via pública concorreu, adequadamente, para a produção do resultado danoso.

Desta forma, segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência a teoria adotada em nosso sistema é da causalidade adequada, havendo nexos causal, sempre que a conduta, observada isoladamente, ou seja, excluindo-se as demais condições, for adequada por si só a produção do resultado danoso.

2. A OMISSÃO E O ART. 37, § 6º DA CRFB/1988.

Grande tem sido a controvérsia sobre a aplicação do art. 37, § 6º da Constituição nas hipóteses de omissão do Estado. Parte da doutrina defende a ideia de que a modalidade de responsabilidade por omissão do Estado seria subjetiva, e prevaleceria a teoria da culpa anônima.

Segundo esta corrente, defendida pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello³², o citado parágrafo 6º em sua redação fala em danos causados pelos agentes do Estado nessa qualidade. E que a causa de um dano será sempre uma conduta positiva, um agir. Não haveria assim nexos de causalidade natural entre a omissão e o dano. Afirma ainda o ilustre professor que a omissão é condição da responsabilidade e não causa do dano.

A controvérsia reside na extensão do alcance do verbo “causar”, melhor exposto no tópico específico sobre a análise do nexos de causalidade, enquanto requisito para caracterização do dever de indenizar.

³² Yussef Said Cahali apud Celso Antonio Bandeira de Mello: “... em face do texto constitucional há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos hajam sido causados por agentes públicos. Se não forem eles os causadores, se foram omissos e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra – não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciadas por eles. A omissão terá condicionado a sua ocorrência, mas não a causou. Donde não há cogitar, neste caso, de responsabilidade objetiva.”

Em entendimento contrário ao do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles³³ assim posiciona-se ao discorrer sobre a aplicação do art. 37, §6º da CRFB/1988, *in verbis*:

“O essencial é que o agente da administração **haja praticado o ato ou omissão** administrativa, na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que atenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público.” (grifo nosso)

Não menos vacilante é a jurisprudência do STF. Helena Elias Pinto traz interessante estudo de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal desde 1946, data em que, adotou-se a responsabilidade objetiva do Estado no Brasil. Tendo como tema a responsabilidade do Estado por omissão. Tal pesquisa demonstra a constante oscilação daquela Corte sobre o assunto.

Na presente monografia, analisaremos apenas as decisões proferidas após a promulgação da Constituição de 1988 para efeitos de ilustração de sua oscilação entre responsabilidade objetiva e subjetiva.

No julgamento do Recurso Extraordinário 184118-4 – RS em 05/05/1998, em que o STF analisava a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado na hipótese em que perigoso delinqüente, foragido, praticou homicídio contra um pai de família.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em sua decisão recorrida havia reconhecido o direito da esposa e da filha de serem indenizadas. O estado do Rio Grande do Sul recorreu alegando que na

³³ Hely Lopes Meirelles. “Direito Administrativo Brasileiro”. 33ª Edição. Editora Malheiros. Página 656.

espécie o dano for praticado por pessoa estranha à Administração Pública e, portanto, não haveria que se falar em responsabilidade objetiva do Estado.

O STF³⁴ acolhendo a tese defensiva deu provimento ao Recurso Extraordinário para reformar o acórdão do tribunal local, julgando improcedente o pedido de indenização, ao argumento de que na espécie a responsabilidade do Estado não era objetiva, por tratar-se de omissão.

Não foi outro o entendimento do STF sobre a necessidade de demonstração de culpa na hipótese do RE n.º115766-6 – SP, julgado em 05/03/1991, no qual analisava-se o caso de detento que cumpria pena de mais de 60 anos em regime fechado e fora assassinado por companheiros de cela.

Em seu voto, o Ministro Aldir Passarinho³⁵ afirmou, dentre outros aspectos, que não havia nos autos qualquer prova de que o Estado tivesse tomado conhecimento do risco de vida em que o detento passava e que, portanto, não havia culpa de prepostos do Estado, o que afastaria sua responsabilidade civil.

Já no julgamento do Recurso Extraordinário de n.º130764 - PR, de relatoria do Ministro Moreira Alves, no qual a Corte tratou de caso em que família curitibana pleiteava indenização em face do Estado do Paraná pelo fato

³⁴ RE 184.118-4 – RS : “O Estado não é responsável pelos danos causados por preso foragido, fazendo-se mister, nessa hipótese, comprovar sua culpa no evento danoso, o que no presente caso não ocorreu”

³⁵ RE 115766-6 – RS: “acresce que não há prova de que o Estado descuroou no serviço de vigilância, ocorrendo o homicídio em cena rápida, sem que os guardas tivessem tempo para impedi-lo.”

de ter sofrido assalto perpetrado por quadrilha da qual faziam parte dois condenados da justiça local que se encontravam foragidos há cerca de dez meses.

Em seu voto³⁶, o relator reconhece a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo nas hipóteses de omissão, em que pese, ao final julgar improcedente o pleito indenizatório por não vislumbrar no caso concreto o nexo de causalidade objetivo entre a conduta omissiva do Estado e o dano experimentado pela vítima, já que o nosso sistema, em matéria de nexo causal, teria adotado a teoria da causa direta e imediata, também conhecida como teoria da causalidade adequada; afirma que atribuir ao Estado a responsabilidade civil por ato de foragido da justiça praticado cerca de 10 meses após sua fuga induziria a adoção da própria teoria do risco integral, não abarcada em nossa Constituição.

Outro importante precedente em matéria de responsabilidade por omissão em que se aplicou a responsabilidade objetiva, foi o julgamento do RE n.º272839 - MS, ocorrido em 01/02/2005, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que a família de preso assassinado na cela pretendia reparação cível em face do estado do Estado do Mato Grosso.

Em seu voto³⁷ o relator sustenta que mesmo nos casos de omissão a responsabilidade do Estado é objetiva, notadamente quando se tratar de guarda de pessoas e coisas perigosas, como fora no caso concreto;

³⁶ RE 130064 – PR: “ A responsabilidade do Estado, embora objetiva, por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional n.º 01/69 (e atualmente no §6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente o requisito também objetivo do nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.” E prossegue em seu voto: “Ora, em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direito e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal.” E conclui: “Com efeito, o dano decorrente de assalto por quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa de fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação de quadrilha e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.”

³⁷ RE 272839 – MS: “EMENTA. Recurso Extraordinário. 2. Morte de detendo por colegas de carceragem. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, LX). Responsabilidade de reparar dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.”

vislumbrando o nexo de causalidade normativo entre o não agir do agente estatal, quando este tinha o dever jurídico de evitar o evento danoso, e o dano, qual seja, o assassinato do detendo por seus colegas de cela.

De todo o exposto através dos representantes precedentes analisados, verifica-se a oscilação do entendimento da Suprema Corte entre a responsabilidade objetiva e subjetiva quanto aos danos decorrentes de omissões do Estado. Observa-se ainda, que por vezes a Corte recorre ao argumento de ausência de nexo de causalidade para justificar o não reconhecimento do direito a indenização, por não vislumbrar que a omissão do agente estatal tenha sido fundamental para a produção do dano.

3. OMISSÃO GENÉRICA E OMISSÃO ESPECÍFICA

Do que fora apresentado sobre responsabilidade por omissão podemos determinar que a responsabilidade do estado nas hipóteses omissivas está diretamente ligada ao princípio da legalidade administrativa³⁸ (art. 37, *caput* da CRFB/1988). No sentido de que ao Estado só é lícito fazer aquilo que a lei determina.

Por isso, para que se possa imputar o resultado de uma omissão ao Estado, é necessário que este possua o dever legal de impedir tal resultado. Não obstante, na prática, o que vemos, é que ao Estado compete uma série de obrigações generalizadas, tais como o dever segurança, de guarda, de promoção do bem star social e etc.

Neste diapasão, qualquer resultado decorrente de um não agir do Estado dentro destes setores do serviço, em princípio, acarretaria sua

³⁸ “O tradicional principio da legalidade, previsto no art. 5º, II da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva” (Alexandre de Moraes. “Constituição do Brasil Interpretada” 7ª Edição. Editora Atlas 2007, página 771.)

responsabilidade objetiva. Porém, a doutrina e a jurisprudência fixaram como parâmetro para determinar se a responsabilidade do Estado, no caso concreto, será objetiva ou subjetiva, a aferição de ser a omissão genérica ou específica.

Por esse ínterim é que a responsabilidade será objetiva sempre que se verificar uma omissão específica, compreendida esta nas hipóteses em que se verifica um não agir do agente estatal específico. Sérgio Cavalieri³⁹ bem exemplifica o caso em que motorista embriagado logo após ser liberado em operação policial atropela e mata transeunte. Neste exemplo podemos vislumbrar com muita clareza a relação da causalidade entre a omissão e o dano, pois caso os agentes houvessem cumprido o dever legal do Estado de reter o veículo o atropelamento não teria ocorrido.

Por outro lado, a omissão será genérica sempre que não for possível determinar uma conduta omissiva direcionada de um determinado agente ou grupo de agentes. Ainda utilizando-se do exemplo anterior, só que agora se abstraindo a existência da operação policial anterior ao atropelamento, deixamos de encontrar um nexos direito e imediato entre um não agir do Estado e o dano experimentado. Admitirmos hipótese em contrário

³⁹ Sérgio Cavalieri Filho. "Programa de Responsabilidade Civil". Editora Atlas. 7ª Edição. Página 231.

seria como acreditarmos que o Estado pudesse ser onipresente e daí resultaria a responsabilidade fundada no risco integral.

A jurisprudência tem sido recorrente neste sentido para determinar em quais casos a responsabilidade por omissão será objetiva ou subjetiva.

Assim fundamentou-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁰ ao decidir caso em que cidadã fora vítima de criminoso que a violentou em via pública. Apegou-se o Tribunal ao fato de não ter ocorrido uma omissão específica do Estado o qual não possui o dever de garantidor universal.

Também nesse sentido o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴¹, ao tratar de tema análogo em que entendeu ser o dever de prestar segurança pública genérico e direcionado a toda sociedade de forma geral.

Concluimos que a dicotomia entre omissão específica e omissão genérica é fundamental para o alcance da concepção do dever de agir do Estado como garantidor e que tal divisão está intrinsecamente ligada a noção

⁴⁰ Apelação Cível n.º 70031593858/2009 do TJERS – Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto: “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL.RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROUBO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. HOSPITAL. ESTACIONAMENTO. CONTRATO DE DEPÓSITO NÃO VERIFICADO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO ESPECÍFICA. LIBERDADE PROVISÓRIA. DEVER DE INDENIZAR. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA”

⁴¹ Apelação Cível n.º 2009.001.28912 da 1ª Câmara Cível do TJERJ de relatoria da Desembargadora MARIA AUGUSTA VAZ M. DE FIGUEIREDO: “AÇÃO INDENIZATÓRIA. FERIMENTO EM TENTATIVA DE ASSALTO. PRESTAÇÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO QUE SÓ SE CARACTERIZA EM FICANDO DEMONSTRADA A OMISSÃO ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO, NÃO SE CARACTERIZANDO EM SENDO ESTA GENÉRICA. Autor que foi atingido por disparo de arma de fogo durante ação criminosa. De fato, tratando-se de responsabilidade objetiva e adotando-se entre nós a teoria do risco administrativo, atribuindo-se a ocorrência do fato danoso à omissão do Estado, há de ficar demonstrado que o dever era específico, não cabendo indenizar em caso de omissão genérica. Não se pode alegar que houve omissão em garantir a segurança pública, não só porque a obrigação é de caráter genérico, como é inviável assegurar que não haverá ocorrência de crimes. Precedentes do STF. Sentença que se confirma.”

de Estado garantidor fundado na teoria do risco administrativo, pois, a contrario sensu, admitir a responsabilidade do Estado por mera alegação genérica de omissão seria o mesmo que adotarmos a teoria do risco integral.

CONCLUSÃO

Vimos que em razão da evolução dos direitos fundamentais de segunda geração, também chamados de direitos sociais, surgiram para o Estado diversas obrigações positivas, relativas à prestação desses direitos aos indivíduos. No entanto, por força da ineficiência da máquina estatal para a prestação desses novos serviços o Estado passou, por vezes, a prestá-lo de maneira deficiente ou mesmo omitir-se. Neste momento surge com maior destaque no mundo jurídico o instituto da responsabilidade civil do Estado por omissão, em decorrência da necessidade de compreensão das possibilidades de imputar-se ao Estado a responsabilidade por danos oriundos de um não-agir de seus agentes.

O dever de indenizar nas hipóteses de omissão decorre não de um nexo de causalidade naturalístico como nos casos comissivos, mas sim de um nexo jurídico, ou seja, é necessário que aquele a quem se pretenda atribuir a responsabilidade civil pelo dano detenha o dever jurídico originário de evitá-lo.

Nesse sentido é que só se pode atribuir ao Estado o dever de agir nas hipóteses em que este esteja legalmente obrigado a evitar o dano. Tal afirmativa decorre como corolário lógico do próprio princípio da legalidade em sede de Direito Administrativo (art. 37, *caput* da CRFB/1988), pois ao Estado só é lícito fazer aquilo que a lei determina, sendo certo que os limites de conformação do administrador são os limites postos pelo ordenamento jurídico.

Contudo, não basta apenas que de um lado haja uma omissão contrária a lei por parte do agente estatal e do outro um dano para que haja o dever do Estado em indenizar. É mister, que esta omissão tenha

sido adequada para que o dano tenha ocorrido. Deve-se verificar através de um processo *in abstracto*, se subtraída a omissão o dano também desapareceria, caso negativo, a responsabilidade por este dano não pode ser atribuída ao Estado, por ausência de nexo de causalidade com o fato da administração.

Por outro lado, vimos que a responsabilidade objetiva do Estado, fundada no art. 37, §6 da CRFB encontra seus pilares na teoria do risco administrativo, na qual ao Estado só se pode atribuir a responsabilidade por fatos decorrentes da atividade administrativa.

Assim, o Estado não desempenha um papel de garantidor universal, como um grande segurador, hipótese em que sua responsabilidade seria fundada na teoria do risco integral. Decorre desta máxima a ideia de que não é qualquer omissão que se pode atribuir, objetivamente, como idônea a trazer a tona o dever do Estado em reparar eventuais danos, mas somente àquelas omissões específicas do agente estatal, afastando-se, a priori, as meras omissões genéricas.

A jurisprudência do STF, apesar de sua grande oscilação, inclina-se no sentido de aceitar a imputação da responsabilidade objetiva do Estado para as hipóteses omissivas, mas somente naquelas em que a omissão for específica. Sendo que nos casos de omissões genéricas a responsabilidade será subjetiva, devendo a vítima do dano, produzir prova não apenas de seu dano e do nexo de causalidade entre o não agir do agente estatal e seu prejuízo, mas também de que houve culpa da administração, sem contudo haver necessidade de imputar esta culpa a um agente específico, o que convencionou-se em chamar de culpa anônima.

BIBLIOGRAFIA

1. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007;
2. FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Edição. São Paulo: Atlas. 2007;
3. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2009;
4. MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública Centralizada e Descentralizada Tomo II*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: HP Comunicação. 2009;
5. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2007;
6. MORAES, Alexandre de. *A Constituição do Brasil Interpretada*. 7ª Edição. São Paulo: Atlas. 2007;
7. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª Edição. São Paulo: Atlas. 2005;
8. NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008;
9. PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008;
10. Sítio do Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br;
11. Sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. www.tj.rj.gov.br;
12. Sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. www.tj.rs.gov.br.

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Nome da Instituição: Universidade Candido Mendes

Título da Monografia: A Responsabilidade Civil do Estado Por Omissão

Autor: Renato Santos e Silva

Data da entrega: 08/04/2010

Avaliado por: Anselmo Souza

Conceito: