

**Responsabilidade civil do Estado por omissão:
considerações acerca da natureza da reparação do dano à
luz do ordenamento brasileiro**

Marilza Ferreira do Nascimento¹

Resumo: A responsabilidade civil do estado por omissão ainda é tema tormentoso tanto na doutrina, como na jurisprudência. A abordagem aqui proposta envolverá três aspectos eleitos como os mais relevantes, a saber: disciplina jurídica da responsabilidade civil do Estado no Brasil; principais controvérsias doutrinárias acerca da natureza jurídica da reparação do dano nos casos de omissão estatal e a posição do Judiciário Brasileiro acerca da matéria.

Palavras-chave: Responsabilidade. Civil. Estado. Reparação. Dano. Omissão.

Resumen: La responsabilidad civil del Estado por omisión sigue siendo una cuestión de tormenta tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El enfoque que aquí se propone implica tres aspectos más relevantes, a saber: la regulación legal de la responsabilidad civil del Estado en Brasil, las principales controversias doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de los daños en los casos de fracaso y/o omisión del Estado y la posición de la justicia brasileña sobre la materia.

Palabras-claves: Responsabilidad. Civil. Estado. Reparación. Daño. Omisión.

¹ Professora de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB); mestre em Direito Administrativo e Ciência da Administração pela Università degli Studi di Bologna - Itália; doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - Buenos Aires-Argentina; graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). E-mail: marilzadonascimento@gmail.com

1 Introdução

A responsabilidade civil, em linhas gerais, significa que os atos e fatos ocasionadores de danos a terceiros geram, para quem lhes deu causa, a obrigação de repará-los.

Originalmente, ficou adstrita ao campo do direito privado. Entretanto, a partir da segunda metade do século XIX, com a superação das diversas teorias que fundamentavam a imunidade estatal em matéria de ilícito civil, a responsabilidade extracontratual estendeu-se ao Estado. Uma vez admitida no âmbito estatal, adquiriu feições próprias e se consolidou como um dos mais importantes institutos do direito público, recebendo o designativo de responsabilidade civil do Estado, além de outras variações, como, por exemplo, responsabilidade extracontratual da Administração Pública.

O alcance da responsabilidade civil do Estado vem sendo sempre mais alargado na medida em que o Estado evolui política, econômica e socialmente no sentido mais democrático e, por via de consequência, incrementa sua ingerência nos vários campos da vida privada.

No entanto, a natureza jurídica da reparação do dano, especialmente no que concerne à omissão estatal, ainda hoje continua sendo objeto de palpitantes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

O estudo aqui proposto tem por objetivo discutir a natureza jurídica da reparação do dano decorrente de comportamentos omissivos da Administração Pública à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Logo, toda referência ao termo relaciona-se às atividades administrativas públicas reguladas e desenvolvidas nesse âmbito.

Ao escopo aqui proposto, serão trazidas à colação algumas das importantes contribuições fornecidas ao tema pela doutrina argentina, notadamente no que concerne aos critérios adotados pelo Judiciário para o estabelecimento da responsabilização do Estado por omissão.

2 Teorias sobre a responsabilidade civil do Estado

Até a segunda metade do século XIX prevaleceu a teoria da irresponsabilidade. Esta era justificada na compreensão de que o titular da soberania, primeiro o rei, depois o próprio Estado, enquanto centro produtor e aplicador da lei, “não podia obrar mal”, ou seja, suas condutas gozavam de presunção absoluta de regularidade e de legitimidade. A consequência daí extraída era a imunidade e a inacionabilidade do Estado pelos danos provocados a terceiros. Com o advento do Estado de Direito, do qual o princípio da responsabilidade civil do Estado é consectário, a teoria da irresponsabilidade foi superada (BIANCHI, 1996a, p. 924-926).²

Atualmente, duas teorias buscam explicar a responsabilidade civil do Estado, a da responsabilidade subjetiva e a da responsabilidade objetiva.

2.1 Teoria subjetiva

De acordo com a teoria subjetiva, a antijuridicidade da ação ou omissão ocasionadora do evento danoso constitui-se em fonte da obrigação indenizatória. Consoante essa concepção, a responsabilidade estatal tem como pressuposto um fato antijurídico imputável ao Estado, além, obviamente, do dano material ou moral e do nexo causal (JUSTEN FILHO, 2006, p. 229). Portanto, para que fique configurada a responsabilidade estatal, é preciso que se prove a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, provocado por uma conduta dolosa ou culposa imputável ao Poder Público, enquanto responsável direto, perante terceiros, pelas condutas dos seus agentes.

Inicialmente, pesava inteiramente sobre a vítima o ônus de fazer a prova da culpa estatal. Mais tarde passou-se a aplicar a teoria da culpa presumida, ainda hoje muito aplicada no Brasil concernente à omissão.

A clássica concepção da responsabilidade civil calcada na ideia de culpa foi considerada inadequada ante o aumento vertiginoso das funções

² Segundo Cavalcanti (1957, p. 617) a teoria da irresponsabilidade não chegou a ser adotada no Brasil. Esclarece que as Constituições de 1824 e 1891, previram a responsabilidade do agente público, mas se silenciaram acerca da responsabilidade estatal. Entretanto, existiam dispositivos de leis e decretos consignativos da responsabilidade civil do Estado, então acatada pela jurisprudência como sendo solidária com a dos agentes públicos.

estatais na era pós-industrial. As múltiplas atividades desenvolvidas pelo Estado provocaram o incremento da sujeição dos particulares a prejuízos efetivos e potenciais. Considerou-se justo, pois, que respondesse, também, pelos riscos de sua atuação. Eis que surge a teoria objetiva.

2.2 Teoria objetiva

Em conformidade com a teoria objetiva, qualquer referência a elementos subjetivos torna-se indiferente na relação Estado – vítima. O Estado responde pelos danos que provocar a terceiros apenas com base no nexo de causalidade entre o comportamento ativo ou passivo dos seus agentes e o evento danoso. Marienhoff (1993, p. 918-919) adverte que não há responsabilidade sem que haja um dano juridicamente relevante. Mas, em havendo um dano provocado por conduta estatal, não importa se esta é comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, a responsabilidade do Estado será sempre objetiva.

Para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado basta a verificação dos seguintes pressupostos: 1) um fato atribuível ao Poder Público; 2) um dano patrimonial ou moral e 3) o nexo causal, ou seja, a relação direta ou indireta entre a conduta estatal e o dano. Daí que à vítima é imposto o ônus de provar apenas que efetivamente sofreu um dano e que este resultou de comportamento estatal ativo ou passivo, lícito ou ilícito, sem qualquer indagação de ordem subjetiva (CARVALHO FILHO, 2007, p. 482-483).

Assim, a aferição da culpabilidade, no que se refere ao comportamento estatal, interessa e afeta diretamente apenas o próprio Estado, haja vista ser o direito de regresso contra o agente público causador do dano estabelecido com base na teoria subjetiva. De igual modo, a averiguação da culpa da vítima interessa ao Estado que, a exemplo do Brasil e da Argentina, não tenha aderido à teoria do risco integral;³ já que a culpa exclusiva da vítima funciona, comumente ao lado da força maior e do caso fortuito, como excludente da responsabilidade estatal.

³ Para Meirelles (2001, p. 612), “a teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo [...]. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”.

Fortes argumentos militaram e militam em favor da responsabilidade objetiva do Estado. De forma muito sintética, registra-se que se tornou pacífico que as ações estatais beneficiam toda a coletividade; logo, com base nos princípios de justiça distributiva e de igualdade, os *ônus* decorrentes dessas ações também devem ser suportados por toda a sociedade. Argumenta-se, em doutrina, que não seria justo todos usufruírem do bônus e só alguns, os diretamente lesados, suportarem os prejuízos decorrentes das realizações estatais que a todos beneficiam.

Ressalta-se que sobre os fundamentos básicos da responsabilidade objetiva do Estado e sobre ser esta forma de responsabilização a mais compatível com a posição de superioridade do Estado em relação ao indivíduo, a doutrina já está praticamente pacificada. As maiores controvérsias surgem quando se trata de definir quais condutas estatais podem ser alcançadas pela responsabilidade objetiva. Para alguns, a exemplo de Cassange (2006, p. 554), Marienhoff (1993, p. 918-919) e Tepedino (2008, p. 223), esta incide sobre todos os comportamentos públicos, comissivos e omissivos. Para outros, como Mello (2013, p. 1029), Di Pietro (2006, p. 261) e Eduardo Mertehikian apud Salomoni (2006, p. 122), a responsabilidade objetiva alcança apenas as condutas estatais ativas, a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva.

Em linhas gerais essas são as principais ideias que circundam a responsabilidade civil do Estado. No tópico seguinte será apresentado um resumo da disciplina jurídica desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como das principais discussões doutrinárias que estão ocorrendo no Brasil sobre a natureza jurídica da reparação de dano resultante da omissão estatal.

3 A disciplina atual da responsabilidade civil do Estado no Brasil e as controvérsias doutrinárias acerca da reparação do dano omissivo

Até a promulgação da Carta de 1946 a responsabilidade civil do Estado no Brasil era disciplinada com base nos fundamentos da concepção aquiliana, ou seja, só era objeto de reparação civil o dano provocado mediante culpa do agente estatal ou mau funcionamento

do serviço público. A partir de então o Estado brasileiro recebeu a responsabilidade objetiva nos seguintes termos: “Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único – Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. As constituições seguintes adotaram a mesma orientação.

No que se refere às condutas comissivas, a doutrina encontra-se pacificada e a jurisprudência já se uniformizou no sentido de que a responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro é objetiva. Entretanto, desde o ordenamento constitucional de 1946, divergências doutrinárias e jurisprudenciais vêm sendo alimentadas em relação aos comportamentos omissivos.

Parte da doutrina entende que a norma inserta no § 6º do art. 37 da atual Constituição, onde se lê que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, promoveu uma transformação substancial na disciplina da responsabilidade civil do Estado no Brasil.

Alguns autores concebem esse dispositivo como autorizador da aplicação da teoria objetiva para todos os danos atribuíveis a comportamentos estatais, inclusive os resultantes de condutas omissivas. Os seguidores desse entendimento aduzem que, além de ser a concepção objetiva a que mais se compatibiliza com o princípio da justiça distributiva, quando tratou da responsabilidade civil do Estado o constituinte brasileiro não fez qualquer alusão à culpa, a esta se referindo tão somente para efeito de responsabilização do agente público perante o próprio Estado. É esta a posição esposada, dentre outros, por Tepedino (2008, p. 219ss) e Bruno (2005, p. 411).

Outros estudiosos, ao revés, entendem que concernente à responsabilidade por conduta omissiva, nada mudou; essa continua sendo subjetiva. Alegam essencialmente que, para a configuração da responsabilidade

objetiva, a Constituição exige que o evento danoso seja resultante de uma ação do agente público, haja vista ter empregado o verbo “causar” (GASPARINI, 2000, p. 814). Mello (2013, p. 1029), seguido, também, por Di Pietro (2006, p. 261), entende que, “se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano”. Consequentemente, só poderá responder por omissão quando tiver obrigado a impedir o evento lesivo. Para esses autores, a responsabilidade do Estado por omissão pressupõe uma conduta estatal culposa, razão pela qual essa só pode ser subjetiva.

É de se observar que a única hipótese expressa de responsabilidade civil objetiva por omissão estatal na Constituição brasileira é a prevista no art. 21, XXIII, “d”, onde se lê que “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”.⁴ Este dispositivo fornece as bases para o delineamento da responsabilidade civil do Estado estabelecida no § 6º do art. 37, a qual não se resolve em termos exclusivamente objetivos.

Salvo melhor juízo, se a responsabilidade objetiva resultasse inequívoca do § 6º do art. 37 não existiria razão para que o constituinte ressalvasse os danos nucleares, deixando claro que estes se submetem a um regime especial. Vale dizer, se o constituinte de 1988 tivesse feito uma clara opção pela responsabilidade objetiva para todos os comportamentos públicos, omissivos e comissivos, o referido destaque viria expresso na norma geral e não na regência de matéria específica. Este argumento alcança ainda mais força quando se observa que a Constituição foi promulgada no momento em que prevalecia, tanto na doutrina, como na jurisprudência, o entendimento segundo o qual a responsabilidade estatal por ação é objetiva e por omissão esta é subjetiva.

Na falta de norma geral expressa sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão no âmbito constitucional, aplicam-se as normas do Código Civil, as quais, é bom que se ressalte, não se afastam dos princípios gerais do Direito e muito menos dos princípios constitucionais orientadores das atividades públicas.

Pois bem, ao disciplinar a matéria, o atual Código Civil, promulgado em 10.01.2002, dispôs que:

⁴ Antiga alínea “c”, renumerada pela Emenda Constitucional 49 de 2006.

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

Segundo Tepedino (2008, p. 223), ao suprimir do art. 43 a referência ao elemento subjetivo, traduzido na fórmula *de modo contrário ao direito*, contida no art. 15 do Código Civil de 1916, o codificador de 2002 fez uma clara opção pela responsabilidade objetiva para todos os comportamentos estatais, sejam estes consistentes em uma atividade ou em uma inatividade do Poder Público.

Salvo melhor juízo, através do citado dispositivo, o novo Código Civil nada mais fez do que adequar-se ao texto da atual Constituição. Observa-se que o art. 15 do Código anterior já havia sido derogado pela Constituição de 1946 que, através da norma inserta no art. 194, instituiu a responsabilidade objetiva do Estado no Brasil, a qual foi acatada pela doutrina e pela jurisprudência preponderantes apenas em relação aos danos decorrentes das ações estatais. Como já mencionado, as cartas seguintes, inclusive a de 1988, não aportaram nenhuma inovação substancial ao instituto. Ademais, o Código Civil Brasileiro prevê expressamente as hipóteses em relação às quais o elemento subjetivo é irrelevante para o desencadeamento da responsabilidade civil, veja-se a letra do Código:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em conformidade com este último dispositivo, o elemento subjetivo só é irrelevante para o desencadeamento da responsabilidade civil nos casos de atividades de risco e nos que a lei expressamente

definir. Considerando que nem o § 6º do art. 37 da Constituição, nem o art. 43 do Código Civil mencionaram à responsabilização estatal por conduta omissiva, não se entende como, fora das ressalvas expressas em lei, seja possível sustentar a responsabilização civil do Estado Brasileiro na ausência de um dos modos de manifestação da culpa do agente estatal ou da culpa genérica do serviço público. Assim também se posiciona Carvalho Filho (2007, p. 489), para quem, a responsabilidade decorrente da omissão do Poder Público no Brasil é sempre fundamentada na culpa.

Entretanto, o fato de ser calcada na culpa não significa que a responsabilidade civil do Estado por omissão será sempre e em todo caso subjetiva. Como bem salienta Carvalho Filho (2007, p. 489), “A responsabilidade objetiva é um *plus* em relação à subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta”. Pelos motivos que adiante serão expostos, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, não é possível solução uníssona concernente à natureza jurídica da reparação do dano resultante de inatividade estatal. Essa pode ser objetiva ou subjetiva a depender da vinculação legal do dever estatal de agir.

4 A reparação do dano em face da omissão de dever vinculado e de dever discricionário de agir

Embora com formulações diferentes, a doutrina converge para o entendimento de que o dano injusto é pressuposto da responsabilidade civil do Estado (CASSANGE, 2006, p. 527; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 80; JUSTEN FILHO, 2006, p. 234-235; CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252ss; CARVALHO FILHO, 2007, p. 488-491). Sendo assim, salvo nos casos expressamente previstos em lei, não há que se falar em responsabilização estatal quando a omissão do Poder Público não puder ser considerada antijurídica.

Por isso, diferentemente dos autores que propugnam por solução uníssona, seja para adotar a teoria objetiva aos comportamentos estatais comissivos e omissivos ou para aplicar os pressupostos da teoria subjetiva a todos os casos de omissão, o entendimento aqui defendido é no sentido de que o problema da natureza jurídica da reparação do dano deve ser tratado

diversamente conforme se esteja diante da obrigação de agir mediante dever jurídico vinculado ou discricionário da Administração Pública.

4.1 Omissão de dever vinculado

Como do mais elementar conhecimento jurídico, diante de vinculado dever de agir, compreendido como aquele cujo conteúdo seja certo e determinado por força de disposição legal expressa ou implícita, não há que se falar em discricionariedade dos agentes públicos na realização das ações e disponibilização dos serviços necessários à garantia da efetiva fruição por parte dos administrados. A antijuridicidade da conduta estatal e, conseqüentemente, a lesão injusta a direito de terceiros, já estaria caracterizada pela inexistência ou deficiência da atuação pública.

Em casos tais, Mello (2013, p. 1029-1031) entende que há presunção de culpa, mas a responsabilidade do Estado é, em todo caso, subjetiva, já que a culpa presumida não se confunde com a responsabilidade objetiva. Entretanto, de acordo com essa linha teórica, a prova da culpa não é irrelevante para a responsabilização estatal, apenas se inverte o ônus da sua produção. Obviamente, como também reconhece Cavalieri Filho (2010, p. 142), melhora a posição da vítima, mas não exclui a possibilidade da discussão processual em torno de elementos subjetivos, já que, a rigor, ao Estado deverá ser dada a oportunidade de provar que não agiu com culpa.

Por certo, na hipótese em comento, há sempre culpa presumida do Estado, haja vista o descumprimento da lei pelo administrador envolver sempre uma conduta culposa. Mas a existência de culpa, vale repetir, não inviabiliza que o Poder Público responda objetivamente. Tanto que, os casos mais correntes de responsabilização estatal por condutas comissivas decorrem de dolo ou de culpa de agente do Estado ou da *culpa anônima* do serviço público.

Cavalieri Filho (2010, p. 252ss) fornece interessante contribuição ao tema quando, invocando a doutrina de Guilherme Couto de Castro,

sustenta que haverá responsabilidade objetiva do Estado toda vez que este incorrer em *omissão específica*, sendo esta entendida como a inércia ou insuficiência dos meios, quando o Poder Público tiver o específico dever de agir para impedir o evento danoso. Exemplifica com o atropelamento provocado por motorista embriagado, aduzindo que se este simplesmente atropela e mata alguém, o Estado não responde, por tratar-se de omissão genérica. Entretanto, se esse mesmo resultado for produzido após a abordagem e liberação desse condutor por agente público, incumbido do dever de fiscalização, o Estado responde objetivamente, haja vista a violação do dever jurídico de impedir o desfecho lesivo.

Justen Filho (2006, p. 234-235) defende que os casos de responsabilidade estatal são distintamente subordinados a um regime especial, mas têm sempre um elemento subjetivo. Distingue os danos resultantes da omissão do Poder Público em *ilícito omissivo próprio* e *impróprio*. O primeiro diz respeito à omissão quando a norma jurídica prevê o dever de agir, o segundo se refere aos casos em que o ordenamento não dispõe sobre a obrigação de agir, mas *proscreeve* o evento lesivo. Os casos de *ilícito omissivo próprio* se equiparam aos atos comissivos para efeito de responsabilização do Estado.⁵ Já em relação ao *impróprio*, faz-se necessário verificar se, diante do caso concreto, o Estado estava obrigado a agir e podia ter agido para evitar o resultado.

No entendimento desses dois últimos autores, quando há violação de um dever de agir imposto por norma legal expressa ou implícita, a condenação do Estado ao ressarcimento do dano dispensa qualquer investigação ulterior acerca dos elementos subjetivos.

Nessa mesma esteira, defende-se aqui que qualquer discussão em torno da culpa estatal afigura-se desarrazoada nos casos em que o dever de atuação do Poder Público para impedir o dano resulta indubitado de disposição legal. Primeiro porque, nesses, o dever de agir correlaciona-se com o direito subjetivo do administrado de ter o seu patrimônio preservado, não sendo consonante com o Estado de Direito permitir-se

⁵ Cumpra aqui esclarecer que, para o autor, a ilicitude é requisito da responsabilidade civil do Estado por atos comissivos e omissivos, sendo que, nos casos de atos comissivos e de *ilícito omissivo próprio*, a culpa da Administração é presumida.

ao Poder Público, não importando se por ação ou inércia, impunemente violá-lo. Segundo porque, como já sabido, as atividades públicas são vinculadas à vontade da lei. Quando o gestor público dela se afasta, em havendo prejuízos para terceiros, o Estado deve por estes responder, e exercer o direito de regresso contra quem deveria agir, e por dolo, negligência, imperícia ou imprudência não agiu, ou agiu mal.

Portanto, salvo melhor juízo, quando a causa desencadeadora do dano for o descumprimento de um dever legalmente imposto, não existe razão plausível para tratamento diferenciado, conforme seja essa violação decorrente de uma ação ou da inércia do Poder Público. Diante do dever vinculado (ou específico) inexiste a liberdade de escolha entre agir e não agir e, muito menos, entre agir bem e agir de modo deficiente. A opção do gestor público é uma só: agir com presteza e eficiência para evitar o dano. Por isso, é justo que, se falhar, responda objetivamente por sua conduta, só se isentando da obrigação ressarcitória na presença de uma das excludentes da responsabilidade estatal.

Este entendimento também encontra suporte na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, conforme ficará ilustrado no tópico 5, vem reiteradamente decidindo que a responsabilidade civil do Estado por morte de preso no estabelecimento prisional é objetiva.

4.2 Omissão de dever discricionário

Diferentemente do que ocorre com as atividades administrativas públicas vinculadas, com relação às discricionárias o legislador deixa uma margem de escolha à Administração Pública, de modo que esta possa, nos limites impostos pela própria lei e pelos princípios jurídicos, estabelecer as ações prioritárias com vistas a atender da melhor maneira possível aos interesses públicos, antes de tudo as necessidades primárias da coletividade.⁶

⁶ Na linha das ideias defendidas por Alexy (2008, p. 510ss) relativamente ao ordenamento alemão, salienta-se que, também no Brasil, como imperativo do princípio da dignidade humana, expressamente previsto na Constituição, o Estado deve antes de tudo atender as necessidades primárias da coletividade, daí o núcleo vital dos direitos fundamentais serem aqui compreendidos como inseridos na competência vinculada da Administração Pública pátria.

Partindo desse pressuposto, propugna-se aqui que a teoria subjetiva se apresenta como a mais compatível com a responsabilização do Estado por omissão no exercício de atividades inseridas no âmbito da competência discricionária do Poder Público.

Quando as ações necessárias à efetividade dos direitos formalmente garantidos aos cidadãos são condicionadas à existência de recursos financeiros e de outros meios indispensáveis às suas realizações, e, por isso mesmo, inserem-se no âmbito das escolhas políticas, legal e legitimamente, feitas em sede de programação orçamentária e das escolhas discricionárias realizadas durante a execução do orçamento, não se pode dizer *a priori* que a omissão foi ilegal ou consistiu em infração ao dever de cuidado e de diligência na atuação estatal.

Assim também entende Cavalieri Filho (2010, p. 270) que, referindo-se aos danos decorrentes de fato de terceiros e de fenômenos da natureza, afirma (p. 267):

A Administração Pública só poderá vir a ser responsabilizada por esses danos se ficar provado que, por sua *omissão genérica* ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o evento, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis, ou de tomar providências que lhe seriam possíveis. *Pela omissão genérica a responsabilidade do Estado deve ser considerada dentro de suas possibilidades de atendimento. Ele passa a ser responsável quando, tendo condições de prestar um serviço, não o faz.* (destaque nosso).

Como salienta Bacellar Filho (2006, p. 325), a responsabilidade civil do Estado não comporta a indenização de “prejuízo juridicamente previsto pelo ordenamento e suportado por todos”. Ninguém olvida que a falta de determinada atuação pública sujeita, potencialmente, todos os membros da sociedade aos mesmos prejuízos.

Ademais, quando a inação do Poder Público ocorrer devido à efetiva falta de recursos materiais, mormente de ordem financeira, o dano injusto desencadeador da responsabilidade não se configura porque não existe lesão a direito adquirido. Na medida em que a concretização do direito fica a depender da realização de atividades inseridas no âmbito da

competência discricionária, sua fruição por parte dos administrados fica sempre condicionada às possibilidades governativas de disponibilizá-lo.⁷

Salvo melhor juízo, em situações do jaez acima, a omissão estatal, ainda que naturalmente lesiva, não gera qualquer obrigação reparatória. Nesses casos, a responsabilização do Estado nem tem suporte legal, nem se coaduna com nenhum princípio de justiça.

Ressalte-se que a carência de recursos materiais deve ser demonstrada pelo Estado⁸ e que esta não se confunde com o mau uso dos recursos públicos ou com a ineficiência no planejamento das atividades e das despesas estatais. Restando provado que a necessidade da ação, cuja ausência provocou prejuízos a terceiros, já se fazia sentir e era materialmente possível de ser concretizada - o que pode ser aferido, por exemplo, com base na composição das despesas públicas nos orçamentos e nas prestações de contas -, a responsabilização do Estado se impõe, posto que caracterizada estará a ilicitude da omissão.

É de se reconhecer que, diante das possibilidades fáticas e jurídicas, não é dado ao administrador escolher entre agir e não agir no interesse da coletividade. A discricionariedade cede lugar à obrigação de agir, eivando a omissão de ilicitude, haja vista o dever jurídico que tem o Poder Público de tudo fazer para satisfazer os legítimos interesses coletivos e individuais consagrados na ordem jurídica de cada Estado. Mas, neste caso, a responsabilização estatal não pode ser, senão, subjetiva.

5 Algumas considerações sobre a posição do Judiciário

Consoante afirmação do próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), prevalece nos Tribunais Brasileiros o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva.⁹ No entanto,

⁷ Para Irelli (1994, p. 670), o dano juridicamente injusto é aquele, cuja vítima não estava obrigada a suportar, não se confunde com o dano natural, que, embora lesivo ao patrimônio moral ou material do indivíduo, é irrelevante para o Direito.

⁸ Segundo se depreende da lição de Borges (2006, p. 21), de acordo com os novos fundamentos da responsabilidade civil do Estado, o cidadão lesado deve ser sempre isentado do dever de provar a culpa estatal, devendo recair sobre o próprio Estado o ônus de demonstrar que não agiu com culpa.

⁹ De acordo com a Segunda Turma Julgadora do STJ “2. A jurisprudência dominante tanto do STF como deste Tribunal [STJ], nos casos de ato omissivo estatal, é no sentido de que se aplica a responsabilidade subjetiva.” REsp. 1.069.996-RS (2008/0142203-9), Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgado em 18.06.2009, DJ. 01.07.2009).

da análise de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do STJ vê-se claramente que a concepção objetiva e a subjetiva coexistem no sistema jurídico pátrio, sendo uma ou outra adotada de acordo com a conformação jurídica do dever estatal de agir e as circunstâncias do caso concreto. Como poderá ser observado dos extratos decisórios em seguida trazidos à colação, no STF ambas as teorias são constantemente adotadas, inclusive no âmbito da mesma Turma julgadora.

Em decisão proferida no RE109615/RJ (Julgado em 28/05/1996, DJ 02/06/1996), tendo por objeto a reparação de dano sofrido por aluno de escola pública dentro do ambiente escolar, a Primeira Turma do STF acatou, por unanimidade, o voto do relator, Min. Celso de Mello, que, dentre outro, afirma o seguinte:

[...]. 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 houverem dado causa, *por ação ou por omissão*. [...] - *A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos*, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, *constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino (destaques nossos)*. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. [...].

Entretanto, no RE-AgR 585007/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 05/05/2009, DJe 05/06/2009), essa mesma Turma reconheceu, por unanimidade, a natureza subjetiva da responsabilidade civil do Estado por omissão. Por oportuno, vejamos os fundamentos da decisão confirmada nos termos da ementa transcrita no relatório do acórdão:

[...] *Em se tratando de omissão de um comportamento de agente público, do qual resulte dano, por não ter sido realizada determinada prestação dentre as quais incumbem ao Estado realizar em prol da coletividade, fala-se na incidência da Teoria da Faute du Service, e não em Responsabilidade Objetiva do Estado.*

Nessas hipóteses, mister se faz a comprovação do nexo de causalidade em termos normativos e não naturalísticos, *impondo-se a demonstração* de que o dano resultou diretamente da inação dos agentes administrativos e *do mau funcionamento de um serviço da Administração.*

Demonstrado que os agentes públicos não diligenciaram regularmente, no sentido de proceder aos devidos reparos da via pública, *patente está o nexo de causalidade entre a infração de um dever de agir por parte desses agentes e o dano ocorrido*, o que impõe o dever de indenizar.

Recurso conhecido e não provido. (Destques nossos).

A Segunda Turma, por sua vez, esposou entendimentos aparentemente contraditórios quanto à natureza jurídica da reparação do dano resultante de violação do dever estatal de garantir a integridade física dos presos no interior das prisões. Observa-se que em um processo afirma ser a responsabilidade civil do Estado objetiva e no outro que esta é subjetiva. Por ilustrativos, eis os trechos dos Acórdãos na forma ementada:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. [...]. 4. *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.* 5. 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 215981/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, Julgado em 08/04/2002, DJ 31/05/2002).¹⁰

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.

¹⁰ Julgados mais recentes de ambas as Turmas do STF firmam este mesmo entendimento. Cita-se, dentre outras, a decisão **no AI- AgR 577908/GO** (Rel. Min. Gilmar Mendes, **Segunda Turma**, Julgado em 30/09/2008, DJe 21/11/2008) e no **AI-AgR 603865/GO** (Rel. Min. Cármen Lúcia, **Primeira Turma**, Julgado em 11/11/2008, DJe 06/02/2009).

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - *Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito*, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. [...]. *Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público*, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. RE 382054 / RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 03/08/2004, DJ, 01.10.2004, Segunda Turma. (Destques nossos).

A posição do STJ não é diferente. Registra-se, por exemplo, que, concernente à responsabilidade do Estado por prejuízos resultantes de acidentes de veículo em razão de má conservação de vias públicas, referida Corte afirmou em um julgamento que a responsabilidade estatal por omissão é objetiva e no outro que esta é subjetiva.¹¹

Depreende-se da fundamentação dos julgados acima que, mesmo quando a opção pela tese objetiva é expressa, as decisões das mais altas cortes da Justiça Brasileira sempre se baseiam na violação de um dever específico de agir. De fato, observa-se que o Estado só é condenado a reparar o dano quando fica provado, ou resulta implícito das circunstâncias dos fatos, que a conduta omitida pelo Estado, além de resultar de norma legal expressa ou implícita, era razoavelmente exigível do Poder Público. É o que ocorre, por exemplo, com as condenações reparatórias nos casos de acidente de veículo, em que se exigem as ações minimamente necessárias à garantia da segurança no trânsito em termos de fiscalização, sinalização e manutenção das vias públicas. Nesse sentido parece ser também a compreensão de Cavalieri Filho (2010, p. 253), quando afirma:

¹¹ REsp 1103840-PE (Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/04/2009, DJ - 07/05/2009) e REsp. 1.198.534-RS (Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, DJ 20/08/2010), respectivamente.

Os nossos Tribunais têm reconhecido a *omissão específica* (destaque nosso) do Estado quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante período de aula.

Daí poder-se concluir que prepondera no STF e no STJ o entendimento segundo o qual, ressalvadas as hipóteses previstas em lei, a culpa é pressuposto da responsabilidade do Estado por omissão. De modo que a objetivação da responsabilidade estatal por conduta omissiva diz respeito à prova da culpa, não à existência da culpa em si; ou seja, quando nos julgados não se cogita de qualquer investigação acerca dos elementos subjetivos não é porque estes são reputados irrelevantes e sim porque resultam implícitos da violação de um inequívoco dever jurídico de agir.

Na Argentina, segundo informa Salomoni (2006, p. 119), a Corte Suprema de Justicia de la Nación definiu claramente os requisitos diante dos quais o Estado está obrigado a responder civilmente. Relativamente à omissão estatal, além dos pressupostos gerais, estabeleceu três condições: a) “La existencia de un deber normativamente impuesto de obrar”; b) “El incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa” e c) “Que la actividad que la Administración omitió desarrollar era materialmente posible”. Vale mencionar que, socorrendo-se do que considera os principais julgados sobre a matéria, Cassange (2006, p. 554) afirma que a jurisprudência argentina vem assumindo posições equilibradas ao basear-se em *standarts* médios na mensuração da qualidade do serviço público para afirmar ou afastar a responsabilidade do Estado por omissão.

É de se reconhecer que obrou bem a Suprema Corte Argentina ao definir os parâmetros a serem seguidos por todos os julgadores. A carência de orientação uniforme determinada pelos tribunais superiores deixa uma margem de discricionariedade excessiva para as instâncias inferiores, com consequências danosas tanto para a coletividade, como para o cidadão individualmente considerado, a depender das convicções pessoais do julgador.

Ressalta-se que o Poder Judiciário Brasileiro não tem afrontado o problema da omissão decorrente da ineficiência no planejamento das atividades públicas e da conformação destas com o programa constitucional. Vê-se em muitos julgados afastar-se o nexo de causalidade entre a omissão e o evento danoso, sem qualquer indagação sobre as causas da inércia estatal.

Cita-se, como exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, confirmada pelo STJ,¹² em que foi reconhecida a superlotação de um presídio, mas o Estado não foi condenado a reparar o dano, sob o fundamento de que a violação do direito à dignidade do preso teria sido arguida de forma genérica. O Tribunal entendeu que a omissão não poderia ser declarada ilícita e que o nexo causal entre a omissão estatal e o dano sofrido pelo preso não ficou demonstrado. O relator faz uma apurada síntese dos problemas enfrentados não só pelos presos, mas por todos que dependem dos serviços públicos de saúde e de educação naquela localidade; reconhece que, além das limitações materiais, a corrupção e a ineficiência na gestão pública concorrem para o agravamento desses problemas; admite que poderia ser determinado ao Estado a construção de novos presídios, mas, ao final, contenta-se em registrar suas constatações. O Tribunal, aprovando o voto do relator, nem reconheceu a responsabilidade civil do Estado, nem determinou ao Poder Público a adoção de medidas para a solução do problema. Os fundamentos da referida decisão denotam ser esse mais um caso em que os velhos dogmas suplantaram a força dos fatos registrados no processo, condenando-o à inocuidade.

6 Considerações conclusivas

A natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado por omissão ainda é um tema tormentoso entre os estudiosos e aplicadores do Direito. Viu-se que, no Brasil, os doutrinadores se dividem entre os que entendem ser a responsabilidade estatal por sua inatividade sempre objetiva, outros

¹² A decisão referida encontra-se transcrita no voto exarado no AgRg no Ag 933355-MS (Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21.10.2008, DJe 12.11.2008).

que, ao revés, afirmam a indispensabilidade do elemento subjetivo para sua caracterização; existindo, ainda, aqueles que propugnam pela coexistência das duas teorias, sendo esta última a posição adotada nos Tribunais e a que aqui também foi defendida.

Conclui-se que a defesa da exclusividade da teoria objetiva não encontra arrimo no ordenamento jurídico brasileiro. Ponderou-se que a conformação constitucional do instituto, em combinação com as disposições do Código Civil, não deixa dúvida quanto à exigência do elemento subjetivo para configuração da responsabilidade do Estado por omissão, mas nem por isso deverá sempre existir no processo de reparação do dano espaço para discussões de ordem subjetiva.

No que pertine ao dever jurídico de agir vinculado, considerando que o afastamento da lei basta em si para caracterizar a culpa estatal, a causa do evento danoso deve ser objetivamente considerada, ou seja, caberia ao julgador apurar tão somente se houve violação de lei, sem qualquer apreciação ulterior acerca dos motivos determinantes do referido descumprimento.

Ao revés, concernente ao dever jurídico inserido no âmbito da competência discricionária da Administração Pública, tem-se que os motivos pelos quais o Estado ficou inerte são determinantes para a caracterização da omissão juridicamente relevante.

Diante da falta de condições materiais e/ou jurídicas não há que se falar em dano injusto no sentido jurídico, já que, neste caso, a omissão encontra justificativa no próprio ordenamento jurídico. Por isso, pode-se afirmar que, em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, salvo disposição expressa de lei, somente se ficar provado, ou das circunstâncias dos fatos puder ser presumido, que tinha a possibilidade e os meios para agir e não agiu, poderá o Estado ser responsabilizado pela sua inércia.

A respeito da posição do Judiciário Brasileiro, viu-se que nem o Supremo Tribunal Federal, nem o Superior Tribunal de Justiça apresenta solução uniforme acerca da matéria aqui estudada. Forçoso, pois, admitir-se a necessidade de o Supremo Tribunal Federal estabelecer

mais claramente os critérios para a responsabilização do Estado por suas condutas omissivas, a semelhança do que fez a Corte Suprema Argentina.

Observa-se que, numa perspectiva mais alinhada à efetividade dos direitos dos administrados, quando a omissão estatal resultar de má administração da coisa pública, o âmbito dos processos que movem as ações de responsabilização civil do Estado torna-se propício à determinação da correção das causas da inatividade estatal, protegendo-se, com isso, não só os direitos fundamentais do diretamente prejudicado pela injustificada omissão, como, também, o interesse de toda a coletividade.

Por fim, urge que o Judiciário Brasileiro assumira uma posição mais incisiva em relação ao controle da discricionariedade administrativa, de modo que no âmbito dos processos que movem as ações reparatórias sejam também verificados e considerados os motivos determinantes da omissão estatal com vistas a coibir a desídia dos administradores para com as necessidades coletivas e com isso evitar-se a produção de danos injustos. Só assim o Brasil poderá acompanhar as tendências civilizatórias, no sentido de garantir-se maior efetividade aos direitos dos administrados, sem que para isso seja necessário estender os confins da responsabilidade civil do Estado por omissão para além do juridicamente permitido e do materialmente possível.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BIANCHI, Alberto B. Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado. *Revista La Ley*, tomo, 1996-A-922.

BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRUNO, Reinaldo Moreira. *Direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASSANGE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. v. 1.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Código de Direito Civil, vol. III: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 24 jul. 2010.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

IRELLI, Vincenzo Cerrulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. Torino: Giappichelle, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARIENHOFF, Miguel. Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias danosas de su actividad lícita. *Revista La Ley*, tomo 1993-E-912.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOMONI, Jorge Luis. La Responsabilidad del Estado por Omisión en la República Argentina. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

*Recebido em março de 2014.
Aprovado em setembro de 2014.*