ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 27 – julho/agosto/setembro de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA POR OMISSÃO ESTATAL

Marcello Pretto

Especialista em Direito Público; Assessor Jurídico do Ministério Público.

SUMÁRIO: 1. A Responsabilidade Pública. 1.1. Evolução histórica. 1.2. A Responsabilidade Objetiva do Estado e seu suporte constitucional. 2. A Responsabilidade Subjetiva do Estado. 2.1. A omissão da Administração Pública como pressuposto da responsabilidade subjetiva do Estado e a razoabilidade como elemento interpretativo da omissão. 3. Críticas à Teoria Subjetiva. 4. Considerações finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. A RESPONSABILIDADE PÚBLICA

A responsabilidade pública, ou responsabilidade estatal[1], oriunda de atos comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado no exercício de atribuições estatais, "traduz-se na obrigatoriedade de o ente público reparar economicamente os danos motivados a terceiros quando da efetivação de suas funções, e se exaure com a satisfação do pagamento da correspondente indenização".[2] A responsabilidade estatal será sempre de ordem pecuniária, inerente à esfera civil. Alvino Lima refere que a responsabilidade do Estado, por atos praticados por seus agentes, embora mais complexa, é regida pelos mesmos princípios gerais que regulam a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado.[3] Porém, inegavelmente, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, sem embargo da noção privatística, mas muito mais extensa do que esta, compatíveis com as peculiaridades de sua posição jurídica. Até mesmo as condições geradoras de danos são

[1] Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direito e obrigações na ordem civil. (Ob. cit., p. 523).
[2] OLIVEIRA, Josivaldo, ob. cit. p. 42.
[3] LIMA, Alvino. A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 176/177.

diversas daquelas geradas pelos particulares. “Seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe de uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia a acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos”.[4]

Canotilho, falando sobre a responsabilidade da Administração, sintetiza dizendo que os particulares lesados nos seus direitos (liberdades e garantias), por ações ou omissões - aí compreendidos atos jurídicos ou administrativos e atos materiais (erro de diagnóstico de um médico, buracos e valas na via pública sem sinalização) - de titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, praticadas no exercício de suas funções e por causa desse exercício, podem demandar o Estado, exigindo a devida reparação dos danos.[5] Negar a responsabilização estatal seria a negação do Estado de Direito. Se é o próprio Estado que mantém a ordem jurídica, evitando ou reprimindo os danos causados, não poderia ele mesmo, lesar impunemente.[6]

Assim, a responsabilidade estatal é conclusão lógica e inafastável de um *Estado intervencionista*, consubstanciado nos fundamentos de um *Estado do Bem-Estar Social ou welfare state,* preocupado em assegurar os direitos de cidadania, agregados as questões sociais do *Estado Social de Direito* e de garantia do *Estado Democrático de Direito*, fundado nos princípios da solidariedade e na igualdade de oportunidades.[7] Para Celso Antônio, “a noção de Estado de Direito, reclama a de Estado responsável”.[8]

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A responsabilidade civil do Estado evoluiu da irresponsabilidade para a responsabilidade sem culpa[9]. Oriunda da “mentalidade” despótica e absolutista (França, Inglaterra), sustentada no princípio de que “o rei não erra” (*the King can do no wrong; le roi ne peut mal faire*), fundada na idéia de soberania (autoridade incontestável sobre o súdito)[10] a teoria da irresponsabilidade estatal – em face de sua incontestável impropriedade – acabou sendo superada, sob o

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, editora Malheiros, 2000, p. 778/779.
[5] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, editora Almedina, 1998, p. 462.
[6] OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 1999, p. 310.
[7] RIBEIRO, ob. cit. p. 31.
[8] MELLO, ob. cit. p. 792.
[9] STOCO, Rui. Responsabilidade Civil. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 502.
[10] DI PIETRO, ob. cit. p. 525.

raciocínio de que não era razoável e justo o Estado que tutela o direito, não responder pelos atos danosos que viesse a causar aos administrados. O cidadão, quando vítima, tinha, tão-somente, ação contra o próprio funcionário causador do dano (responsabilidade pessoal), jamais contra o Estado. Ante a insolvência do funcionário, a indenização normalmente restava frustrada.[11]

Superada a tese da irresponsabilidade, caminhou-se para a teoria da responsabilidade subjetiva, pela tese civilista, tendo como fundamento a *culpa.* Por essa, a responsabilidade do Estado era oriunda de ato culposo ou doloso do agente público (culpa individual), causador de dano ao administrado, impondo-se a este último, a prova da culpa. Demonstrada a culpa do funcionário, respondia o Estado pela reparação de ordem pecuniária. Desnecessário dizer que as almejadas indenizações se inviabilizavam devido à dificuldade da prova. A necessidade da caracterização da culpa do agente público a cargo do particular e a individualização do agente culpado, criavam sérias dificuldades, senão total impossibilidade de sucesso das demandas indenizatórias, configurando-se verdadeiros entraves à responsabilização do Estado.[12]

Evoluiu-se então – ainda que persistindo na responsabilidade subjetiva (fundada na culpa) – para a modalidade da *culpa anônima*[13]*,* fundada na *falta do serviço* (o serviço não funciona, funciona mal, ou tardiamente). Para Di Pietro, a teoria da falta do serviço ou também conhecida como culpa administrativa, foi reflexo da influência publicista, afastando-se da *culpa individual*[14] inerente à atividade privada. Narra a autora que o primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; o seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo Tribunal Administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público.[15]

Caracterizada a falta do serviço (*faute du service,* para os franceses), responsabilizava-se o Estado independentemente da individualização do agente causador do dano. Contudo, o ônus da prova permanecia sob a responsabilidade do administrado, que como vítima deveria comprovar o defeito do serviço, sua não prestação ou mesmo sua prestação atrasada, para a regular responsabilização do Estado.

---

[11] FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo, editora Malheiros, 1998, p. 158.
[12] OLIVEIRA, Josivaldo, ob. cit. p. 50.
[13] Na culpa anônima prescinde a identificação do agente causador do dano, respondendo o Estado pelos atos de seus agentes.
[14] Em contrapartida, na culpa individual é condição *sine qua non* a identificação do indivíduo causador do dano, com análise de sua conduta na identificação do elemento culpa.
[15] Ob. cit. p. 526.

Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que a responsabilidade por *falta do serviço,* modalidade da responsabilidade subjetiva, não deve ser confundida com a responsabilidade objetiva. "É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com o serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva".[16]

Assim, não obstante a subsistência do elemento culpa como pressuposto para a caracterização da responsabilidade do Estado, a prescindibilidade da identificação da culpa do agente, ingressando na seara da culpa do serviço público (*faute du service)*, representou avanço considerável na responsabilização do Estado.

Mas, as dificuldades concernentes ao ônus da prova persistiram.

Observa Josivaldo Félix de Oliveira que "a teoria da culpa administrativa, apesar do avanço, ainda exige muito da vítima que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização".[17] Logo, a problemática da teoria da falta do serviço ou da culpa administrativa, com idéia publicista - afastada dos entraves da teoria civilista sustentada na culpa *lato senso* (negligência, imperícia, imprudência e dolo) do agente público - subsistiu, em face da dificuldade da prova. Na grande maioria das vezes o administrado tem sérias dificuldades para provar a falta, deficiência ou atraso do serviço público. A própria condição hipossuficiente do cidadão em relação ao Estado, impunha mecanismos mais justos e eficazes na reparação do dano.

Sob esta perspectiva nasceu a teoria do risco - nas modalidades do risco administrativo e do risco integral - consubstanciada na chamada socialização do prejuízo, baseada no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Di Pietro com sua clareza peculiar esclarece que, se "os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer este equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando os recursos do erário público. Nessa teoria a culpa é substituída pelo nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente se o serviço tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular".[18] Deu-se, assim, ensejo a responsabilidade objetiva do Estado (responsabilidade sem culpa).

Rui Stoco resume que, na tentativa de resolver a questão da responsabilidade do Estado, surgiram as três teses: culpa administrativa[19];

---

[16] Ob. cit. p. 786.
[17] Ob. cit.. 52.
[18] Ob. Cit. p. 527.
[19] Cumpre salientar, consoante ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a culpa administrativa, não obstante seu caráter publicista, se sustenta na responsabilidade subjetiva e não objetiva, eis que vinculada ao elemento culpa.

risco administrativo e risco integral, todas elas descendentes do tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, mas com variações de fundamento e aplicação.[20]

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo, sustentada no risco que a atividade pública cria aos administrados (risco criado e risco da atividade), se baseia na obrigação do Estado de indenizar considerando o nexo de causalidade entre o fato e o dano sofrido pelo administrado, afastada a análise da culpa do agente ou da falta do serviço público (repartição dos ônus e encargos sociais). Basta a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a ação estatal. Ao Estado, resta a demonstração da culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou caso fortuito ou de força maior, para excluir sua responsabilidade (fatores de quebra do nexo causal). Outrossim, há a inversão do ônus da prova, impondo-se ao Estado a comprovação de uma das excludentes supramencionadas, sob pena de ficar obrigado a indenizar.

Já a teoria do risco integral é qualificada como modalidade extremada do risco (já superada), impondo ao Estado a obrigação de indenizar sempre que identificado o nexo de causalidade entre a ação estatal e o dano, afastada a possibilidade da Administração sequer provar alguma das excludentes de responsabilidade. “Se fosse admitida a teoria do risco integral em relação à Administração Pública, ficaria o Estado obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade, posto que estaria impedido de invocar as causas de exclusão do nexo causal, o que, a toda evidência, conduziria ao abuso e iniqüidade”.[21]

1.2. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO E SEU SUPORTE CONSTITUCIONAL

Consoante a narrada evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, verificou-se a falência da teoria subjetiva – seja sob a perspectiva da *falta do servidor*, como da *falta do serviço* - não servia mais de fundamento à responsabilidade estatal. Gustavo Tepedino, com o costumeiro brilhantismo, anota que “o desenvolvimento teórico da responsabilidade objetiva e a consagração nas Cartas constitucionais dos princípios da igualdade e da justiça distributiva permitiram a afirmação da teoria do risco aplicada à administração pública. Formulada através de vários matizes, notadamente mediante da teoria do risco integral, que não admite causas de exclusão, assumindo o erário todo e qualquer dano derivado da atividade estatal, e a teoria do risco administrativo, adotada pelo direito brasileiro, mitigada pela admissão de excludentes, a responsabilidade objetiva do Estado atende a conquistas políticas próprias do Estado contemporâneo”.[22] Citando a obra de Hely Lopes Meirelles – Direito Administrativo Brasileiro, p. 557 – sublinha que o *risco* e a *solidariedade social* foram os suportes da teoria objetiva, sustentada numa *justiça distributiva* e partilha de encargos, que mereceram acolhida dos

[20] Ob. cit. p. 502.
[21] CAVALIERI, ob. cit. p. 162/163.
[22] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro, editora Renovar, 1999, p. 187.

Estados modernos, dentre eles o Brasil que a consagrou pela primeira vez na Constituição Federal de 1946, no seu art. 194.[23]

Sérgio Cavalieri Filho noticia que após a consagração da responsabilidade objetiva na Carta constitucional (1946), de lá não mais foi retirada. Até mesmo sob o regime autoritário, nas Constituições de 1967 e 1969 (respectivamente, art. 105[24] e art. 107)[25] foi mantida, nos termos da Constituição de 1946.[26] Por derradeiro, vem estampada no § 6º[27] do art. 37 da Carta de 1988.

Inácio de Carvalho Neto, valendo-se da doutrina de Sérgio de Andréia Ferreira (*in* Direito Administrativo Didático, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 279), em interpretação da disposição constitucional vigente (art. 37, § 6º, CF/88), aduz que a responsabilidade do Estado é, portanto, objetiva, prescindindo da demonstração de culpa (teoria do risco). Alerta que o direito de regresso do Estado contra o agente causador do dano é que depende de dolo ou culpa deste. Foi adotada a teoria do risco.[28]

Acertadamente, o aludido doutrinador faz alusão às diferentes responsabilidades na relação jurídica entre 1) administrado e Estado e 2) agente e Estado. Esta, se dá subjetivamente, onde o Estado (administrador) haverá de provar a *culpa* do agente (servidor) para garantir a ação regressiva. Aquela, se dá, em regra[29], objetivamente, *independentemente da demonstração da culpa* do agente ou servidor, bastando a demonstração do nexo de causalidade entre a ação (ação estatal) e o dano, para imputar ao Estado a responsabilidade de indenizar (sem prejuízo de eventual demonstração pela Administração de uma das excludentes: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior).

A redação do parágrafo 6º do art. 37 da Carta Constitucional de 1988 apresenta duas novidades: 1) firma o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, tornando induvidosa a responsabilidade também das paraestatais cujos agentes causem danos a terceiros; 2) utiliza-se, pela primeira vez, do

---

[23] "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. P. único: Caberlhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

[24] "As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários nessa qualidade, causem a terceiros".

[25] "As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros".

[26] Ob. cit. p. 165.

[27] "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".

[28] NETO, Inacio de Carvalho. Responsabilidade do Estado por Atos de Seus Agentes. São Paulo, editora Atlas, 2000, p. 113.

[29] Adiante será abordada a responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos. Contudo, a regra geral, bem como entendimento de parte da doutrina e jurisprudência pátria, defendem ser sempre objetiva a responsabilidade do Estado.

vocábulo *agente,* ou seja, aquela pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de uma função estatal.[30]

No que concerne à extensão da responsabilidade às pessoas jurídicas de direito privado, nada mais foi do que uma confirmação do que a doutrina especializada (Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello) já vinha defendendo, sob a justificativa de que era uma lógica elementar: *quem tem os bônus, deve suportar os ônus.* Esse entendimento, contudo, era polêmico, tanto na doutrina como na jurisprudência. Com advento da Constituição de 1988, estancou qualquer dúvida quanto à indigitada extensão da responsabilidade.[31]

Quanto ao vocábulo agente, também Sérgio Cavalieri Filho, com muita propriedade ensina que o exame desse dispositivo revela ter sido expurgado do texto constitucional o termo funcionário, que, no seu sentido técnico, é somente aquele que ocupa cargo público, sujeito ao regime estatutário. A nova redação, utilizando o vocábulo *agente,* deixa claro que a responsabilidade do Estado subsistirá ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura. Incluem-se nessa qualidade desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal.[32]

É oportuna, ainda, a análise quanto ao sentido do vocábulo *terceiro* constante no texto. Conforme supra referido, terceiro é aquele estranho à Administração Pública, alguém com o qual o Estado não possui vínculo jurídico. Por isso, o art. 37, § 6º, se restringe à responsabilidade extracontratual do Estado. A responsabilidade contratual regula-se pelas regras aplicáveis aos contratos administrativos, cujos sujeitos que contratam com o Estado não se tratam de terceiros, pois mantêm vínculo jurídico com a Administração.[33]

Portanto, a responsabilidade do Estado, insculpida no parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal vigente, é objetiva, fundamentada na teoria do risco administrativo (supra analisado), impondo à Administração o dever de indenizar os administrados por eventuais atos lesivos causados por seus agentes, no exercício da atividade estatal, independentemente de culpa, bastando a comprovação do nexo causal entre a ação e o dano. Facultando à Administração a prova de um dos fatores de exclusão do nexo de causalidade.[34]

---

[30] LAZZARINI, Álvaro. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 426.
[31] CAVALIERI, ob. cit. p. 171/172.
[32] Ob. cit. p. 166.
[33] CAVALIERI, ob. cit. 169.
[34] A teoria aplicada na identificação do nexo de causalidade é a teoria da Causalidade Adequada, que verifica a causa mais adequada à produção do evento danoso, onde nem todas as condições serão causas, mas somente a mais apropriada a produzir o dano. Defende-se que havendo concausas (concorrência de causas) na verificação da responsabilidade do Estado, deverão ser consideradas todas aquelas que adequada e eficientemente concorreram para o resultado, atenuando-se a responsabilidade da Administração Pública ou restringindo-a ao dano efetivamente causado pela atividade administrativa.

A controvérsia nasce no momento da individualização dos atos comissivos e atos omissivos dos agentes públicos, na busca de seus respectivos efeitos considerando a objetividade da norma constitucional, de sorte que alguns defendem ser subjetiva a responsabilidade do Estado, em relação aos atos omissivos de seus agentes.

2. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade subjetiva do Estado está ligada a *culpa administrativa,* que já foi abordada quando da análise da evolução histórica da responsabilidade civil estatal.

Restam, contudo, algumas considerações acerca da subjetividade consubstanciada no elemento culpa (*faute,* para os franceses), na identificação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, impulsionando a compreensão da caracterização da responsabilidade subjetiva estatal por atos omissivos de seus agentes.

A responsabilidade subjetiva do Estado consiste na obrigação deste de indenizar todo e qualquer ato danoso a terceiro, oriundo da culposa ou dolosa conduta de seus agentes. Verifica-se a responsabilidade subjetiva, portanto, quando identificada a culpa estatal. É a falta de serviço (*faute du service)*, fundada na não prestação do serviço, na sua prestação defeituosa ou na prestação tardia, especialmente sustentada na obrigação que tinha o Estado de prestar. Não prestando ou prestando mal (ou atrasado) impõe-se a responsabilização do Estado.

Veja-se que, não obstante o caráter publicista[35], apresenta-se imprescindível a demonstração da culpa, ou da falta do serviço, para a caracterização do dever de indenizar. E quando se fala em culpa (*lato sensu)*, vincula-se às modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, ou dolo, elementos alheios à responsabilidade objetiva que se aperfeiçoa *sem culpa* ou, mais corretamente, *independente de culpa.*

A controvérsia nasce da indagação quanto aos critérios a serem seguidos para se estabelecer com segurança se a atuação do Estado (por seus agentes) deve ser considerada objetiva ou subjetivamente. Rui Stocco conclui que o Estado tanto poderá responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal – se a atividade da qual decorreu o gravame for lícita – como pela teoria subjetiva da culpa – se a atividade foi ilícita ou em virtude de uma *faute du service.*[36]

Para Celso Antônio, a aplicação da teoria subjetiva, analisado o caso concreto, consubstancia-se na omissão do Estado – exteriorizada no não

[35] O caráter publicista traduz-se, ao contrário da noção civilista, na culpa anônima e não individual do agente causador do dano.
[36] STOCCO, ob. cit. p. 504.

funcionamento, funcionamento ineficiente ou tardio do serviço.[37] Justifica que, se o Estado não agiu, não poderá ser responsável pelo dano. Para sua responsabilização haverá de ser demonstrada a culpa de sua conduta, provando-se que o não agir foi a causa do dano. Outrossim, a prova inequívoca de que, naquele caso, estava obrigado (dever legal) a agir e evitar o evento lesivo.[38]

Contrariando a doutrina de Celso Antônio, há defensores da teoria objetiva também aos atos omissivos do Estado, entendendo caracterizada a responsabilidade estatal tão-somente com o nexo de causalidade entre o dano e o serviço prestado ou deixado de prestar pelo Estado. Se assim for, afasta-se toda e qualquer possibilidade de sobrevivência da teoria subjetiva, consagrando-se definitivamente a teoria objetiva insculpida na Carta constitucional.

Celso Antônio (defensor da teoria subjetiva, prestigiado por muitos adeptos, aí compreendida parcela considerável da jurisprudência pátria) insurge-se esclarecendo que é muito provável que a causa deste equívoco deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute.* Explica que seu significado na França é culpa. Todavia, no Brasil, como em alguns países, foi inadequadamente traduzida como "falta", o que traz a idéia de algo objetivo. Também atribui a circunstância de que, em inúmeros casos de responsabilidade por *faute du service*, necessariamente haverá de ser admitida uma "presunção de culpa", pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, diante da extrema dificuldade de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência (culposamente). Em face da presunção de culpa, há uma inversão do ônus da prova, desobrigando a vítima de comprová-la. Contudo, não elide o caráter subjetivo, pois se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fosse objetiva a responsabilidade[39], cujos excludentes restringem-se a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou força maior. "Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidades normais (culpa) *legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua ou atua insuficientemente* para deter o evento lesivo.[40] Portanto, se o elemento *culpa* é pressuposto da teoria da *falta de serviço*, inegavelmente a responsabilidade é subjetiva.

Outro ponto de fundamental importância se refere ao abrigo jurídico de ambas teorias – subjetiva e objetiva. Consabidamente a teoria objetiva está consagrada na Constituição Federal (art. 37, § 6º). Contudo, a teoria subjetiva,

[37] MELLO, ob. cit. p. 794/795.
[38] É o caso do policial que vendo a prática de um delito, podendo, não o evita, omitindo-se.
[39] MELLO, ob. cit. p. 786.
[40] MELLO, ob. cit. p. 787.

que esteve para muitos sustentada no art. 15 do Código Civil de 1916[41], hoje se encontra normativamente "desamparada", em face da edição do novo Código Civil brasileiro[42], que no seu art. 43[43] também definiu como objetiva a responsabilidade do Estado.

O suposto "desamparo" normativo não afasta a plausividade da tese subjetiva, que se sustenta na hipótese de verificação da omissão estatal não como causa (aquilo que efetivamente gera o resultado), mas como condição (aquilo que não ocorreu, mas se tivesse ocorrido teria evitado o resultado) do evento lesivo. Provada a falta de serviço, vinculada ao dever jurídico do Estado de agir, aí então se sustentaria a responsabilidade do Estado. A teoria subjetiva implica a demonstração da influência da omissão estatal no evento danoso, como condição para o resultado, pois eventual inércia, causa do resultado não é, a justificar que o Estado responda objetivamente pelo dano. E compreendendo a omissão como condição para o resultado, há de se demonstrar cabalmente que o Estado, não tivesse se omitido, teria efetivamente evitado o prejuízo a terceiro. Considerando, nessa análise, se podia agir, e estava obrigado a agir.

Nesse sentido, para essa teoria, a caracterização da responsabilidade objetiva se dá, tão-somente, nos atos comissivos do Estado, com atuação direta de seus agentes a ensejar o evento lesivo.

Depreende-se, assim, não estar superada a teoria subjetiva aplicável aos atos estatais omissivos, pois trata-se de teoria originariamente interpretativa (interpretação do conteúdo do dispositivo constitucional, considerando que o mesmo se refere aos atos comissivos do Estado, não abrangendo os atos omissivos que pressupõem conduta culposa) e teórica (especialmente vinculada à teoria da culpa – vinculada a ato ilícito – como elemento de inafastável análise nos atos omissivos estatais, sob a perspectiva da omissão como condição e não causa do dano).[44]

Conclui-se que a responsabilidade subjetiva do Estado está intimamente ligada ao elemento culpa, verificável na omissão (inércia) estatal em tomar determinadas providências (sob a perspectiva de sua não realização, realização ineficiente ou realização tardia) a evitar o dano. Em contrapartida, a

---

[41] O art. 15, em interpretação extensiva de seu conteúdo justificou para muitos a tese da responsabilidade subjetiva. Não obstante, taxativamente firmar como parâmetro da responsabilidade estatal a conduta culposa de seus funcionários, teve sensível ampliação interpretativa quando do advento da influência publicista que consagrou a teoria da culpa administrativa (culpa impessoal ou anônima).

[42] Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

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

[44] Celso Antônio argumenta que, quando o dano foi decorrência de uma omissão estatal, é de aplicar-se a teoria subjetiva, pois se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, somente será responsabilizado se estava obrigado a impedir o dano. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo será sempre oriunda de comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ato ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, consubstanciada na culpa ou dolo do agente causador do dano. Dolo e culpa são as modalidades da responsabilidade subjetiva.

responsabilidade objetiva do Estado consubstancia-se nos atos estatais comissivos (o Estado produz o evento danoso), prescindindo da prova da culpa, sob a perspectiva de que o Estado tem o dever de praticar atos em benefício da coletividade, obrigando-se a indenizar quando sua atuação[45] lesa bem jurídico de terceiro.

2.1. A OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO E A RAZOABILIDADE COMO ELEMENTO INTERPRETATIVO DA OMISSÃO.

Vimos que a responsabilidade civil do Estado poderá ser objetiva ou subjetiva.

De efeito, a responsabilidade estatal não se resume na aplicação irrestrita dos termos do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, cuja regra é da objetividade. A omissão[46] administrativa é entendida como fundamento da responsabilidade civil subjetiva, pois se refere a *faute du service* do direito francês, nas modalidade da não realização do serviço, no serviço deficiente ou no serviço tardio, consoante alhures referido, todos a ensejar uma investigação do elemento culpa na caracterização da responsabilidade estatal, com ou sem inversão do ônus da prova.

Sob este ângulo, exige-se uma perfeita visualização de cada caso concreto, atentos à chamada socialização dos riscos, mas não a ignorar princípios básicos que fundamentam a teoria da responsabilidade civil, cuja *culpa* – nas modalidades negligência, imprudência e imperícia, ou mesmo o dolo – subsiste como elemento identificável da responsabilidade, não obstante a teoria do risco cuja aplicação não é genérica, mas específica.

Guilherme Couto de Castro leciona que o art. 37, § 6º, da Carta Constitucional decorre da ação administrativa, e não da omissão não ligada a dever específico de agir. Se assim não fosse, implicaria cobertura, pelo Estado, de boa parte dos riscos inerentes à vida coletiva, o que resultaria na prevalência da teoria do risco integral, inadmissível na espécie. Observa o autor que o importante é balizar o fundamento maior da existência da imputação sem falha, no campo do risco administrativo, havendo duas possibilidades: 1) ou existe ato ilícito do ente público, e a indenização se justifica em razão da própria contrariedade à lei, 2) ou não existe, e então seu

---

[45] "fato inegável é a intervenção do Estado na sociedade de forma genérica, com o fito de regular e ditar as normas societárias, o que inquestionavelmente aumentou a probabilidade de lesão ao particular decorrente de condutas realizadas no desempenho das funções do Estado" (Josivaldo Féliz de Oliveira, ob. cit. p. 54/55).

[46] Álvaro Lazzarini (ob. cit. p. 427), valendo-se dos ensinamentos de Aguiar Dias (Da Responsabilidade Civil, v. I/152, 4ª, ed., 1960, Forense, Rio de Janeiro), observa que a omissão é negligência, o esquecimento das regras do proceder, no desenvolvimento da atividade. Refere que, na linguagem técnico-jurídica, omissão é a inexistência. É um ato negativo ou ausência do fato.

fundamento está na razoável repartição do gravame pela coletividade, dentro de padrões civilizatórios que devem ser buscados.[47]

Não bastará, então, para configurar-se a responsabilização estatal, a simples relação entre a ausência do serviço (omissão) e o dano sofrido.

Inexistindo obrigação legal de evitar ou impedir um certo evento danoso (cogitável quando houver possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria absurdo imputar ao Estado responsabilidade por dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada. Cumpre que haja algo mais, isto é, negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou dolo, como intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo.[48]

Guilherme Couto de Castro cita um exemplo bastante esclarecedor, referindo-se a ação indenizatória em razão de prejuízos sofridos em virtude de chuvas torrenciais, inundando vários cantos da cidade. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (na Apelação Cível n. 2.446/95, 5ª Câmara Cível, 14.11.1995, rel. Des. Marcus Faver) julgou improcedente o pedido, entendendo que quando os danos decorrem de fatos da natureza, não basta a simples alegação genérica da *falta de serviço* (falta de serviço adequado a impedir o resultado). Impõem-se a demonstração da culpa do Poder Público pertinente, v.g., a falta de limpeza dos bueiros, falta de canalização de águas pluviais, não-conservação das galerias etc.[49]

Admitindo-se a teoria objetiva (independente de culpa), implicaria na simples demonstração do nexo de causalidade entre o dano sofrido por cidadãos em decorrência da inundação, e o evento da natureza, sem se perquirir se o Estado agiu diligentemente na obstrução do resultado. Seria admitir que o Estado responde mesmo não sendo o causador do dano.[50]

A questão é tormentosa. Ainda valendo-se dos ensinamentos de Guilherme Couto de Castro, que aborda a questão de forma especial, tem-se que para optar-se pela teoria subjetiva nos atos omissivos do Estado, há de se verificar como se exteriorizou no caso concreto a omissão estatal: se genérica ou específica. Somente haverá responsabilidade subjetiva do Estado quando diante de omissão genérica, inexistindo dever individualizado de agir. Quando ocorrente a omissão específica, vinculada ao dever individualizado de agir, isto é, *quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do evento danoso*[51]*,* responde o Estado objetivamente, bastando a identificação do nexo de causalidade, restando, tão-somente, a prova de uma das excludentes de

---

[47] CASTRO, Guilherme Couto de. Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, ed. Forense, 2000, p. 62/63.
[48] MELLO, ob. cit. p. 795.
[49] CASTRO, ob. cit. p. 61.
[50] Aos defensores da teoria objetiva, restaria ao Estado, no exemplo supramencionado, provar que o evento danoso decorreu de força maior, com seu caráter de inevitabilidade, que também excluiria a responsabilidade estatal. Contudo, caberia ao Estado provar que foi diligente, ou, em uma palavra, não houve falta de serviço.
[51] CAVALIERI, ob. cit. p. 169.

responsabilidade civil (caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro) para afastar a responsabilidade estatal.

Já para Celso Antônio de Mello, para a caracterização da responsabilidade subjetiva do Estado por ato omissivo, necessário haja incorrido o Estado em ilicitude, por não ter impedido o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível. Mas reconhece que não há, a princípio, exatidão quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Há de se apurar em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, considerando as possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o resultado.[52]

A respeitável doutrina do administrativista parece um tanto vaga numa imensidão de situações, impondo-se parâmetros relativamente concretos e precisos para aferição da responsabilidade estatal, por esta ou aquela teoria.

Tentando justificar o chamado padrão exigível à situação posta, Celso Antônio estabelece como parâmetro a *expectativa comum da sociedade,* bem assim o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço tido como insuficiente, inadequado ou a não realização do serviço (a omissão propriamente dita).[53] Para o autor, se identificado no caso concreto que o Estado não podia agir, não lhe sendo possível impedir o resultado, não poderá ser responsabilizado. Na hipótese, o Estado não seria o autor do dano. Não se poderá dizer que o causou, mas sua omissão foi *condição* do dano.

E aí reside um ponto obscuro na teoria, ou mesmo iníquo – considerando a idéia de socialização do prejuízo –, pois em casos como suicídio ou homicídio de presidiário, lesão sofrida por estudante menor na escola pública, danos decorrentes da atividade hospitalar, guarda de materiais radioativos etc., seria muito difícil ou mesmo impossível para a vítima provar que os agentes responsáveis pelo dano podiam impedir o resultado. Ou inverte-se o ônus da prova e exige-se do Estado a prova de que não pôde evitar o resultado danoso, não obstante sua atuação diligente e prudente, ou poderá ser o retorno à primitiva dificuldade de prova na responsabilização do Estado.

Celso Antônio argumenta que em determinadas circunstâncias (casuística) haverá a possibilidade de inversão do ônus da prova[54], sem que se afaste do elemento culpa, em que se sustenta a teoria subjetiva.

---

[52] MELLO, ob. cit. p. 795.

[53] O autor cita como exemplo: se o Poder Público despoja os internos de certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida, não pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum ou alguns detentos a respeito dos quais se omitiu na adoção de igual cautela. Ob. cit. p. 796. Oportuno salientar que sob a perspectiva da teoria de Guilherme Castro – omissão específica –, o Estado responderia objetivamente neste mesmo caso, por ter obrigação direta e imediata (dever individualizado de agir) de impedir o resultado suicídio, eis que detém a guarda dos detentos, responsabilizando-se por suas respectivas seguranças.

[54] Com efeito, em inúmeras situações de "falta de serviço", é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou

Pela tese da *omissão específica*[55], antes mencionada, o Estado responderia nesses casos objetivamente em face do dever *individualizado de agir.* As duas teses se aproximam, todavia, se sustentam em diferentes fundamentos jurídicos – a primeira, na teoria subjetiva; enquanto a segunda, pela teoria objetiva. Ambas, contudo, a imputar ao Estado o ônus da prova.

Para Maria Zanella Di Pietro, em sintonia com que defende Celso Antônio Bandeira de Mello, a omissão estatal deverá reger-se pela teoria subjetiva, sempre que relacionada a motivo de força maior ou ato de terceiro.

A força maior, ainda que excludente de responsabilidade, poderá ensejar a responsabilização do Estado quando identificável concomitantemente – concorrendo para o resultando – a omissão do Poder Público na realização de um serviço. Como exemplo, as chuvas que provocam enchentes, comprovado que o Estado não realizou determinados serviços de limpeza de bueiros e rios, que teriam sido suficientes para evitar o resultado danoso.

Relativo aos atos de terceiros, cita danos causados por multidões, ou por delinqüentes, em que o Estado somente responderá se ficar provada sua omissão.[56]

Em síntese, a responsabilidade do Estado por omissão se sustenta na *teoria da falta de serviço,* não se perquirindo sobre quem tenha sido o agente causador do dano – culpa anônima. Somado a isso, há de se verificar se estava ou não o Estado obrigado a agir. Relaciona-se a *1) fato da natureza a cuja lesividade o Poder Público não obstou, embora devesse fazê-lo; 2) a comportamento material de terceiros cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo.*[57]

O problema se traduz na difícil tarefa de se optar pela teoria subjetiva ou pela teoria objetiva. A teoria subjetiva, em tese, contraria a regra constitucional (§ 6º, art. 37, CF/88) e infraconstitucional (art. 43, CC, Lei n. 10.406/2002), contudo, é coerente com a perspectiva de que se o Estado não agiu, não pode ser o causador do dano, salvo demonstrado que tinha o dever legal de agir. Se, ignorando a obrigação de impedir o resultado, se omite e o resultado ocorre, então sua conduta é ilícita. Se é ilícita, a teoria aplicável é a subjetiva, donde impõe-se a verificação do elemento culpa. Se a culpa é pressuposto, exige-se que a vítima prove que o serviço não funcionou, funcionou mal ou com atraso. Pelo que, afasta-se da objetividade insculpida no dispositivo constitucional e no novo Código Civil brasileiro.

---

até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. Razoável que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova. Ob. cit. p. 797.

[55] Guilherme Couto de Castro cita como exemplo a morte de detento na delegacia, por outro colega de cela. Adotado o conceito de culpa, muitas vezes não a teria o Estado, seguidos os padrões medianos de segurança, repentino o homicídio, praticado por outros presos, sem que nada pudessem fazer os carcereiros. Contudo, existe conduta específica a cargo da Administração – velar pela incolumidade do recluso –, daí o fardo de reparar o prejuízo. Ob. cit. p. 62.

[56] DI PIETRO, ob. cit. p. 531.

[57] MELLO, ob. cit. p. 799.

Por muito tempo, como já mencionado, admitiu-se a responsabilidade subjetiva nos atos omissivos em face do respaldo legislativo insculpido no art. 15[58] do Código Civil de 1916. Isto porque a segunda parte do dispositivo fazia referência expressa a *proceder de modo contrário a direito* ou *faltando a dever prescrito por lei.* Tal disposição sustentava a consideração da subjetividade da conduta do agente a serviço do Estado, justificando a tese da teoria subjetiva aos atos omissivos onde a vítima devia provar que o Estado não agiu quando devia e podia agir, ou que o serviço foi ineficiente ou tardio.

O saudoso J. M. Carvalho Santos resumia em três condições para perfectibilização da responsabilidade do ente público: 1) que o representante pratique o ato nessa qualidade, isto é, no exercício de uma função pública, e não em seu caráter individual de pessoa privada, pois nessa qualidade ele não possui uma entidade autônoma, nem pode ser destacado da pessoa que representa. Subsiste apenas a pessoa jurídica; é ela que age, a sua vontade é que atua, embora por meio de representante; 2) que o ato cause dano a alguém; 3) que o ato seja injusto, ou por omissão de um dever prescrito em lei ou por violação do direito.[59]

Denota-se o caráter subjetivo da conduta estatal, que somente seria responsabilizada (somado a outros pressupostos), caso provado o ato injusto, ou omissão de um dever legal ou ainda violação a direito. Parece inequívoca a necessidade da prova do agir culposo do agente, o que respaldava a teoria subjetiva nos atos omissivos, porque o não agir (ou agir insuficientemente ou tardiamente) do Estado não pode ser considerado causa direta do resultado, mas condição para que o mesmo ocorresse. Sendo condição impunha-se a comprovação de que se ele tivesse agido o resultado teria sido evitado e que, fundamentalmente, tinha o dever de agir.

Inacio de Carvalho Neto, citando a obra de Odoné Serrano Júnior (Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais), observa que “a conduta omissiva tem natureza normativa. Do nada, nada surge. Assim, a omissão tem relevância para o Direito quando importa na inobservância de um dever de agir. Atribui-se sua responsabilidade pela não prática de um certo ato que deveria realizar.”[60]

O mesmo autor cita o exemplo de um afogamento, em razão de uma enchente na via pública provocada por obstrução das galerias de águas pluviais, imputando-se ao Município a responsabilidade pelo comprovado mau funcionamento do serviço de limpeza das galerias. Exigiu-se a comprovação do mau funcionamento do escoamento de águas.

Indaga-se: seria possível responsabilizar o Estado pela *falta de serviço* na modalidade *mau funcionamento,* sem a devida prova de que efetivamente

---

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

[59] SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. Rio de Janeiro, ed. Freitas Bastos, 1974, p. 354.

[60] CARVALHO NETO, ob. cit. p. 125/126.

houve falha na limpeza das galerias? O mau funcionamento do serviço foi a causa direta do dano, ou condição para o dano (na medida em que, se tivesse sido eficiente o serviço, eventualmente não teria ocorrido enchente na via pública)? Será razoável imputar ao Estado a responsabilidade pela enchente, presumindo o mau funcionamento do escoamento de água, sob a perspectiva da socialização do prejuízo? O caso concreto autoriza a inversão do ônus da prova?

Guilherme Couto de Castro levanta uma hipótese de relevante importância na resposta a tais indagações, fazendo referência à *razoabilidade* da aplicação da regra da socialização do prejuízo. Segundo o autor, "a falta do balizamento citado, tem repetido, no setor, um dos piores males ocorrentes em nosso País: a socialização dos prejuízos de camadas já privilegiadas, algumas vezes simultaneamente à privatização dos lucros. Em 22.04.1993, a 8ª Câmara do TJ-RJ[61] condenou o Município a arcar com ampla cobertura dos prejuízos sofridos pela proprietária de vasta mansão no Itanhangá. É que uma favela se instalara nas proximidades de sua casa, desvalorizando seu imóvel. A Câmara considerou relevante as sucessivas reclamações feitas pela autora contra a multiplicação dos barracos em sua vizinhança, salientando a negligência da edilidade". Concluiu o autor pelo equívoco da decisão. "O caso não é de responsabilidade objetiva, e nem soa razoável argumentar com a falta de diligência das autoridades, ao não impedirem o crescimento da favela. Primeiro, a multiplicação e o crescimento das favelas prejudicam todos os moradores da região e da própria cidade, e todos teriam direito à indenização. Depois, é sabido que a causa, no caso, reside no empobrecimento da população, como decorrente em meados da década de 80 (os barracos começaram em 1985 na região), e quase sempre impossível evitar as conseqüências. Não se invadiu propriedade particular, e a socialização dos prejuízos não deixa de ter seus aspectos irônicos: todos os contribuintes pagam, quando, pela lógica do acórdão, deveriam estar recebendo, especialmente os das regiões mais próximas; também pagam os próprios favelados, quando menos com impostos indiretos, e mais plausível é o investimento na melhoria da região ou transferência para melhor local."[62]

A relevância de tais indagações diz com a necessária observância do *princípio da razoabilidade* como elemento interpretativo da omissão administrativa. Não pode o Estado ser responsabilizado por todos os fatos do cotidiano coletivo na qualidade de garantidor universal. Impõe-se uma análise de cada caso concreto, atentos ao *bom senso* e *razoabilidade* na consideração da teoria da socialização do risco.

A responsabilidade subjetiva por atos omissivos é justamente um afastamento da análise objetiva da conduta estatal, primando por uma interpretação razoável e coerente com os eventos lesivos a terceiro, afastada da equivocada responsabilização do Estado por todos os fatos que venham a causar dano ao cidadão, sob um raciocínio pouco razoável de que o Estado deve estar presente e atuante em todos os momentos e situações de perigo ou iminência de dano. Bem assim, de que sua atuação será sempre considerada

[61] Ap. Cível n. 1.067/90.
[62] CASTRO, ob. cit. p. 63.

deficiente na ocorrência de dano a terceiro, independentemente da subjetividade do caso.

A responsabilidade subjetiva por omissão do Estado – independente da sua compreensão como condição e não causa – parece estar coerente com os fatos que a ensejam, sob a perspectiva fundamental da razoabilidade na consideração da regra da socialização do prejuízo (responsabilidade objetiva). Outrossim, tem na razoabilidade um *elemento interpretativo da omissão*, utilizando-se da proposição da omissão genérica e específica, na identificação do caráter em que deverá responder a Administração – se objetivamente ou subjetivamente, sempre atenta ao interesse público, norteada pelos princípios da igualdade e da solidariedade.

Logo, os atos omissivos do Estado não se restringem, tão-somente, a uma análise normativa (dever legal de agir), mas especialmente a uma análise interpretativa de cada caso concreto[63], oportunizando ao Estado afastar-se da rigorosa regra objetiva, com restritas possibilidades de exclusão da responsabilidade, para ingressar na seara da culpa, aumentando o campo de possibilidades de prova da sua conduta diligente a justificar sua irresponsabilidade em determinados casos[64] cuja repartição do prejuízo pela sociedade se apresenta injusto e insensato.

A jurisprudência pátria tem sido quase unânime em defender como subjetiva a responsabilidade do Estado por atos omissivos.

Em recente decisão de apelação cível, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo como relator o Juiz Alcides Vetorazzi, decidiu-se que, em acidente de trânsito sob alegação de drenagem deficiente em trevo, a responsabilidade é subjetiva, na modalidade de *culpa in omittendo.*[65]

---

[63] Vera Lúcia R. S. Jucovsky, *(in* Responsabilidade Civil do Estado pela Demora da Prestação Jurisdicional, ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 40), leciona que, antes de mais nada, impende analisar as modalidades de "faute de service" que, em realidade, parecem infindáveis, podendo decorrer de um ato jurídico manifesto materialmente quanto de uma omissão, a exemplo do funcionamento ruim do serviço ou de uma ausência de ação quando existia o dever de agir pela Administração. Por isso, nesses casos o juiz tem o poder maior para levar em consideração as circunstâncias que permeiam a hipótese *sub judice* para apreciar o direito no caso concreto.

[64] "Essa teoria não é talvez suficiente para prever todas as hipóteses de responsabilidade do Estado, mas sua aplicação deve ser casuística para não envolver a responsabilidade do Estado em todos os casos em que age dentro de sua finalidade própria. Assim, nem sempre se verificou essa responsabilidade, de acordo com a boa doutrina, quando há escassez de abastecimento de água, interrupção de energia elétrica, o mau calçamento de um estrada. Depende sempre das circunstâncias" (Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti, voto em Recurso Extraordinário n. 61387, 2ª Turma, do STF, 29.5.1968).

[65] "A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Donde não há cogitar, nesse caso de responsabilidade objetiva. Para configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados em acidente de trânsito, há de se verificar, na hipótese de conduta omissiva do Estado, se era de se esperar a atuação do Estado. Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço. Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute du service*. É dizer, não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente. Por isso, a responsabilidade na *faute du service* é subjetiva. Sabendo o ente público da deficiente drenagem da rodovia no trevo em questão e, quedando-

A 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, em apelação cível que discutia danos causados por buraco sobre a via, que a teoria aplicável era a subjetiva, exigindo a prova da culpa do Poder Público.[66]

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgando ação indenizatória por omissão de socorro em hospital público, entendeu que a responsabilidade era subjetiva, exigindo da vítima a prova da omissão ou falha do serviço.[67]

A Des. Ana Maria Duarte Amarante, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, relatora de apelação cível n. 20000150056560, tratando do mesmo tema, aduz que "em se tratando de omissão de um comportamento de agente público, do qual resulte dano, por não ter sido realizada determinada prestação dentre as que incumbe ao Estado realizar em prol da coletividade, fala-se na incidência da teoria da *faute du service,* e não em responsabilidade civil objetiva. 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. Portanto, se o serviço consiste em conduta de agentes públicos, esta deve ser comprovadamente culposa, violadora de um dever de evitar o resultado, fazendo-se mister demonstrar que o agente podia e devia agir para evitar o resultado e, ainda assim, não o fez".

Maria Helena Diniz, com sua peculiar didática, relaciona vários casos de responsabilidade civil subjetiva da atuação do Estado, a saber: 1) omissão do Estado em debelar incêndio; 2) prevenir enchentes por não ter providenciado a canalização dos rios ou descurado na conservação dos esgotos, dando origem a inundações; 3) evitar acidentes por negligenciar na conservação de estradas e pontes; 4) falta de sinalização adequada; 5) evitar a obstrução da via pública por favela; 6) evitar depredação de estabelecimento comercial ou propriedade particular; 7) manter a ordem em certos tumultos; 8) evitar assassinato de detento; 9) omissão de serviços médicos; 10) negligenciar na conservação de grupo escolar acarretando dano a colegial[68] por queda.[69]

---

se inerte, age com culpa *in ommitendo* porque sua omissão passa a ser fator condicionante para causa do evento danoso praticado por terceiro." Ap. Cível n. 97.04.49137-9, 10.01.2001.

[66] "A responsabilidade por falta de serviço ou falha de serviço é subjetiva porque baseada na culpa, em comportamento ilícito omissivo de atuação insuficiente. A permanência de buraco sobre a via, após conserto da rede pluvial, configura falha de serviço, resultando no dever de ressarcir prejuízos desta resultantes." Ap. Cível n. 70.000625392, Rel Des. Jorge Luis Dall'agnol, 23.03.2000.

[67] "A Constituição Federal, art. 37, § 6º, contempla a responsabilidade objetiva apenas quando se trata de atos comissivos do agente do Estado, quando em serviço e nessa qualidade, mas não se aplica aos casos omissivos, porque estes reclamam comprovação de culpa, cujo ônus é do autor." Ap. Cív. n. 13151/98.

[68] Sérgio Cavalieri Filho, em sentido contrário, entende que quando o dano resulta da omissão específica do Estado, ou, em outras palavras, quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento, o Estado responde objetivamente, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula. Ob. cit. p. 169.

Todos os fatos consubstanciados na *falta anônima do serviço* (serviço que não funciona, funciona mal ou funciona atrasado, independente de quem seja o agente individual causador do dano), a responsabilizar o Estado, na identificação de sua conduta culposa (culpa *latu senso),* exteriorizada na omissão estatal – devia e podia agir para evitar o resultado e não age, cometendo ilícito ensejador da responsabilidade civil subjetiva.

Por derradeiro, cumpre reproduzir a síntese esboçada por Álvaro Lazzarini, referindo-se à doutrina de Celso Antônio de Mello (Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos Administrativos, RT, v. 552/14), refere que é comum encontrar-se tanto na doutrina preponderante quando na generalidade dos pronunciamentos judiciais, a afirmação de que, por força do art. 107 (atual § 6º do art. 37) do texto constitucional, a responsabilidade do Estado é objetiva, sem fazer acepção entre os atos comissivos e atos omissivos. Entretanto, impende convir que, se o dispositivo em pauta convida a tal inteligência, só o faz com relação aos danos causados pelos agentes públicos. Não com respeito aos danos que por eles não foram causados, como os provenientes de incêndio, de enchentes, de danos multidinários, de assaltos ou agressões que alguém sofra em vias e logradouros públicos, etc. Em casos tais o sinistro ou a violência lesiva são causados por um fator agente estranho ao Estado. A omissão do Estado em debelar o incêndio, em prevenir as enchentes, em conter a multidão, em obstar ao comportamento injurídico de terceiro, terá sido condição da ocorrência do dano, mas causa não foi e, assim, a responsabilidade do Estado é subjetiva.[70]

3. CRÍTICAS À TEORIA SUBJETIVA

A responsabilidade subjetiva do Estado, no caso de comportamento omissivo, não é, consabidamente, pacífico.

Defendem os opositores da teoria subjetiva, que o dispositivo constitucional que consagra a teoria objetiva, em nenhum momento restringiu aos atos comissivos a regra da objetividade na aferição da responsabilidade estatal. Ao contrário, estabelece de forma taxativa e genérica a responsabilização do Estado por atos de seus agentes que vierem a causar dano a terceiro. Gustavo Tepedino, criticando a teoria subjetiva, observa que "o argumento impressiona por sua argúcia, mas não colhe. Não é dado ao intérprete restringir o que o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando do legislador constituinte". "A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da Administração Pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade nesse campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dos quais se destaca o da isonomia e da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade o art. 15 do Código Civil, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional. Nem se objete que tal entendimento

[69] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo, ed. Saraiva, 2002, p. 547/548.
[70] LAZZARINI, ob. cit. p. 428/429.

levaria ao absurdo, configurando-se uma espécie de *panresponsabilização* do Estado diante de todos os danos sofridos pelos cidadãos, o que oneraria excessivamente o erário e suscitaria uma ruptura no sistema da responsabilidade civil. A rigor, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado comporta causas excludentes, que atuam, como acima já aludido, sobre o nexo causal entre o fato danoso (a ação administrativa) e o dano, de tal sorte a mitigar a responsabilização, sem que, para isso, seja preciso violar o texto constitucional e recorrer à responsabilidade aquiliana. Aliás, conforme já asseverou o Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade objetiva do Estado não importa reconhecimento da teoria do risco integral, admitindo-se, para excluí-la, a prova do comportamento doloso ou culposo da vítima". Oportuno anotar que a referência ao art. 15 do Código Civil de 1916 como revogado ou não recepcionado pela Carta Constitucional, resta prejudicado em face do novel diploma civilístico, onde foi firmada a responsabilidade objetiva estatal (art. 43), todavia, o que essencialmente TEPEDIDNO doutrina, é a incompatibilidade da teoria subjetiva com a Carta Constitucional que ao admitir causas excludentes da responsabilidade, mitigou a firmada independência do elemento culpa, sem, todavia, exigir sua verificação na responsabilização do ente público. Adiante, critica a exigência de prova da *falta de serviço,* como nas enchentes de vias públicas tragicamente corriqueiras nos centros urbanos brasileiros, devido a difícil constatação pericial, sobretudo após a verificação da calamidade. Entende que nesses casos é de se examinar se o evento era previsível e resistível, cingindo-se a investigação aos pressupostos da responsabilidade objetiva.[71]

O respeitável posicionamento esbarra em determinadas circunstâncias fáticas, como *v.g.,* a segurança pública. Admitindo-se que a omissão estatal também haverá de se nortear pela responsabilidade objetiva (independente de culpa), o Estado responderá sempre por todo e qualquer assalto, furto, e demais danos ao cidadão que se encontre na via pública, salvo se demonstrar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Seguida a teoria subjetiva, oportuniza-se ao Estado, por exemplo, provar que, não obstante o dever legal de agir, naquele caso não podia evitar o resultado em face das circunstâncias do caso concreto. Talvez, a solução mais razoável – utilização da razoabilidade como meio interpretativo da omissão estatal – seria admitir a inversão do ônus da prova, considerando as circunstâncias de cada caso concreto[72], do que onerar o Estado com a regra da objetividade insculpida no dispositivo constitucional.

Também insurge-se Álvaro Lazzarini, citando o posicionamento do administrativista Toshio Mukai (Responsabilidade solidária da Administração por atos ao meio ambiente, Conferência pronunciada no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental , 11 a 13 de novembro de 1987, Curitiba, PR, Surehma). Criticando os argumentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que considera a

[71] TEPEDINO, ob. cit. p. 191/193.

[72] Yussef Said Cahali (*in* Responsabilidade Civil do Estado, Malheiros Editores, p. 287) leciona que só o exame de situações concretas permite identificar se seria razoavelmente exigível a atuação estatal no sentido da execução da obra ou prestação do serviço devido, e cuja ausência ou insuficiência terá sido a causa do dano sofrido pelo administrado.

omissão como condição para o dano e não causa, defende a improcedência de tal raciocínio, de que o ato comissivo é causa, e o ato omissivo é condição do dano. Argumenta que as "obrigações em direito comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito". Assim, "causa nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação) é todo o fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer, ou não fazer)". Daí a conclusão de que a omissão ou o comportamento omissivo pode ser causa e não condição, ou, em outros termos, "o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é a causa e não simples condição do evento danoso. Portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave de representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa *in omitendo*) aparece; se não teve, isto é, se o dano ocorreu por omissão do funcionário, incapaz de ser caracterizado por causa daquele, tal omissão não gerará a responsabilidade civil do Estado". Portanto, verifica-se que o art. 107[73] da CF também contempla, além da responsabilidade por atos comissivos, aquela que decorra de atos omissivos.[74]

Rui Stocco, comentando o aludido posicionamento, resume admitindo que, se o *non facere* foi a causa eficiente do dano, a Administração deverá responder pelo resultado. Contudo, não há como negar que a omissão traduz o que se chama de *faute du service* – o Poder Público devia agir e não agiu; agiu mal ou tardiamente –; logo, a responsabilidade do Estado só poderá ser subjetiva.[75]

Yussef preleciona que a questão desloca-se para o âmbito da *exigibilidade* da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável; mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em sede de *exigibilidade* da obra não executada ou do serviço não prestado.[76]

Infere-se do posicionamento do mencionado doutrinador, que somente o caso concreto (circunstancial e contingente) irá definir ou nortear a decisão do julgador diante da controvérsia sobre qual teoria melhor define a responsabilidade do Estado nos atos omissivos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou clara a responsabilização civil do Estado, seja por atos comissivos ou omissivos de seus agentes. E isso é incontroverso. Contudo, a verificação do elemento culpa nos atos omissivos, ainda que negada ou ignorada por doutrinadores e julgadores, apresenta-se como mecanismos de equilíbrio, razoabilidade e bom senso na aplicação do direito.

---

[73] Observa-se que o autor se refere ao art. 107 da Constituição Federal de 1969, porque o Simpósio supracitado deu-se anterior à Constituição de 1988.
[74] LAZZARINI, ob. cit. p. 429.
[75] STOCCO, ob. cit. p. 573.
[76] YUSSEF, ob. cit. p. 286.

A responsabilidade civil se consubstancia, fundamentalmente, *no caso concreto*, combinado, por evidente, com as disposições normativas e teóricas sobre a matéria. Sob essa perspectiva – análise e consideração das circunstâncias de cada caso concreto – deve ser visualizada responsabilidade por atos omissivos do Estado.

Transcendendo a questão teórica da admissão da omissão como condição e não causa do evento lesivo, está a *razoabilidade* da teoria subjetiva como regra da responsabilidade por omissão estatal. Sem prejuízo da atenção ao princípio da socialização dos prejuízos, como suporte da responsabilidade objetiva aplicável ao atos comissivos, fundados na orientação constitucional, a teoria subjetiva alcança um maior grau de segurança e eqüidade na relação Administração e administrado quando em discussão os atos omissivos de seus agentes.

Isso porque quando o Estado não age, impõe-se a indiscutível demonstração dos motivos pelos quais não agiu, somada a prova de que tinha dever de agir no caso concreto. No momento em que se considera a conduta estatal na identificação do *dever legal de agir,* combinado com o *poder agir* considerando as circunstâncias de cada caso, discute-se a culpa, ou a subjetividade da conduta estatal. E se a culpa é elemento identificador da responsabilidade, esta é inequivocamente subjetiva, tendo como pressuposto o ato ilícito do agente público.

Ainda que superada a teoria do *risco integral,* consagrada a teoria do *risco administrativo*, atualmente estampada na Carta Constitucional, no parágrafo 6º do art. 37, bem assim na disposição do Código Civil Brasileiro, mais especificamente no art. 43 daquele diploma, sob inspiração nos princípios da solidariedade e igualdade, a teoria subjetiva nos atos omissivos, permite ao Estado demonstrar que a *falta de serviço* não foi causa, nem condição do evento danoso, porque sua conduta foi diligente, ou porque sua inércia se justificava em face das circunstâncias do caso. E não se fale em retorno à fase da teoria civilística, na medida em que a imposição da demonstração da culpa no ato omissivo não afasta a natureza pública da teoria, exteriorizada na *culpa anônima* da Administração.

Mas, para que se dê consistência à teoria subjetiva, necessário mecanismos de segurança na aplicabilidade da tese, sem onerar o Estado, e sem privar o administrado do ressarcimento pelos danos que venha a sofrer pela atividade omissiva estatal. Para tanto, conclusão inafastável, a utilização do sistema da *inversão do ônus da prova*, sempre que, considerando *o caso concreto*, se apresente difícil ou impossível a produção da prova pelo administrado, contudo, sem prejuízo da identificação do elemento culpa como justificador da responsabilidade, afastado, nesses casos, da *independência da culpa* inerente à teoria objetiva.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil.* V. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado.* 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do Estado por ato de seus agentes.* São Paulo: Atlas, 1999.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro.* 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional.* São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo.* 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco.* 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem.* 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil.* V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

OLIVEIRA, Josivaldo Félix. *A Responsabilidade do Estado por Ato Lícito.* São Paulo: Habeas, 1998.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo.* 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RIBEIRO, Julio Cesar Garcia. *A Previdência Social do Regime Geral na Constituição Brasileira.* São Paulo: LTR, 2001.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado.* 3. Ed. V I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista.* 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Roberto de Abreu e. *A Falta Contra a Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial* 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito.* 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PRETTO, Marcello. A Responsabilidade Civil Subjetiva por Omissão Estatal. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, julho/agosto/setembro de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-MARCELLO-PRETTO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.