Nº 38 – Abril/Maio/Junho de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: UMA PROPOSTA DE RELEITURA DA TEORIA DA FAUTE DU SERVICE

Daniel Wunder Hachem

Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Diretor Acadêmico do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR (www.ninc.com.br). Vice-Líder do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humando da PUCPR. Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Membro do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo e da Asociación de Derecho Público del Mercosur. Advogado. E-mail: danielhachem@gmail.com. Site: www.danielhachem.com

1. Introdução

A responsabilidade civil do Estado, um dos temas mais clássicos do Direito Administrativo, é também assunto que comporta uma série de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. No Brasil, a questão do regime jurídico da responsabilidade estatal por omissão suscita uma acentuada polêmica, especialmente sobre o seu caráter objetivo ou subjetivo.

Este pequeno ensaio pretende analisar de maneira aprofundada uma teoria muito citada, mas pouco examinada de forma extensa no Brasil: a doutrina francesa da *faute du service*, geralmente designada como a teoria aplicável nos casos em que o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado. Objetiva-se, com isso, manifestar discordância de algumas premissas defendidas por significativa parcela da doutrina brasileira que, ao importar a teoria francesa, interpreta-a como modalidade de responsabilidade subjetiva e a considera aplicável aos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão no Direito brasileiro.

Como se verá, o critério adotado no Direito francês para distinguir a responsabilidade *pour faute* da responsabilidade *sans faute* não é a natureza comissiva ou omissiva da conduta estatal, até porque, a própria jurisprudência do

Conselho de Estado reconhece hipóteses de responsabilidade objetiva por omissão.[1] Após demonstrar que, por imposição da Constituição de 1988, todo e qualquer comportamento ineficiente do Estado brasileiro – seja comissivo ou omissivo – submete-se ao regime de responsabilização objetiva, busca-se identificar os elementos necessários para configurar a responsabilidade estatal por abstenção.

Pretende-se, portanto, responder aos seguintes questionamentos: no caso de atuação administrativa ineficiente, que cause dano aos cidadãos, qual deverá ser a teoria incidente e o regime jurídico aplicável? E quais requisitos são necessários para configurar a responsabilidade civil do Estado por omissão?

A análise do tema requer, antes de tudo, o exame da disciplina constitucional destinada ao tema. No ordenamento jurídico brasileiro, o dever estatal de reparar os danos causados por seus agentes é regulado pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal, que assim dispõe: "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". De pronto, já se pode perceber que ao menos em termos gerais a Lei Fundamental de 1988 estabelece um regime de responsabilidade objetiva entre a vítima do dano e a entidade pública (ou privada prestadora de serviço público), que não exige a comprovação de dolo ou culpa, e um sistema de responsabilidade subjetiva entre o Estado e seus agentes, que só responderão a uma pessoa jurídica estatal (ou que lhe faça as vezes) através da via regressiva, desde que demonstrado o dolo ou a culpa.

À luz do dispositivo supratranscrito, pode-se encontrar na doutrina e na jurisprudência brasileira zonas de convergência e de divergência interpretativas, de acordo com a situação de fato que estiver em apreço. A problemática que compete investigar concerne à omissão. Uma das correntes penderá para a aplicação do regime de responsabilidade subjetiva – cuja configuração demanda a comprovação, por parte da vítima, de culpa ou dolo do Estado – grande parte das vezes com base na teoria francesa da *faute du service*, incidente nos casos em que o serviço não tenha funcionado corretamente, não tenha funcionado em absoluto ou tenha funcionado atrasado. Outra sustentará o enquadramento da situação no sistema de responsabilidade objetiva – que prescinde da demonstração de culpa, bastando a indicação de nexo de causalidade entre a conduta estatal e o prejuízo sofrido – fundada, na maioria dos casos, na teoria do risco administrativo.

Para responder adequadamente a essas indagações, é imprescindível uma breve incursão nos fundamentos que renderam ensejo à teoria francesa da *faute du service*, cuja transposição para o Direito brasileiro muitas vezes não corresponde ao seu real sentido.

2. A construção jurisprudencial da teoria da *faute du service* na França e suas contribuições ao Direito Público

[1] *Arrêt Couitéas* (*Conseil d'État*, 30 de novembro de 1923). Cf.: LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 253.

A possibilidade de se imputar diretamente ao Estado um dever de reparar os danos causados em razão de sua ineficiência encontra-se intimamente conectada com a formulação de uma teoria da responsabilidade estatal autônoma em relação ao Direito Civil. Desde o momento em que se reconheceu a necessidade de se desenvolver regras próprias para regular o dever do Poder Público de ressarcir os prejuízos causados no exercício de suas atividades, o combate ao mau funcionamento da máquina estatal assumiu um papel protagonista. Daí a relevância de se estudar uma das principais teorias responsáveis pelo desenvolvimento desses princípios próprios de Direito Público em matéria de responsabilidade: a teoria da *faute du service*. A importância de investigar o tema reside no fato de que essa teoria é ainda utilizada por grande parte da doutrina brasileira para sustentar que a responsabilidade do Estado por omissão é objetiva.

Primeiramente, neste tópico, será empreendida uma análise das origens e transformações da mencionada teoria no Direito francês. Em seguida, no tópico 3, o objetivo será averiguar se é adequada a sua invocação no Direito brasileiro contemporâneo para defender o regime de responsabilidade subjetiva nos casos de danos gerados por omissões do Poder Público.

Antes, impõe-se breve alusão à multicitada decisão do Tribunal de Conflitos francês, cognominada *arrêt Blanco.* Não são poucas as referências da doutrina jusadministrativista a esse caso, julgado no dia 8 de fevereiro de 1873. Tratava-se de pleito indenizatório em razão do acidente experimentado por uma menina, Agnès Blanco, atropelada por uma vagonete da fábrica de tabaco em Bordeaux. Ao decidir a questão do conflito de competência entre a jurisdição judiciária e o contencioso administrativo, o Conselheiro David, em célebre passagem, tece as seguintes considerações:

> Considerando que a responsabilidade que pode incumbir ao Estado pelos danos causados aos particulares por fatos de pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida por princípios que são estabelecidos no Código Civil, para as relações entre particulares; Que essa responsabilidade não é nem geral, nem absoluta; Que ela tem suas regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados; Que, portanto (...) só a autoridade administrativa é competente para apreciá-la.[2]

O aresto apenas confirma aquilo que o Conselho de Estado já havia manifestado no caso *Rotschild*, quase vinte anos antes (1855).[3] As principais contribuições aportadas pelo famoso *arrêt Blanco* foram: (i) a declaração de inaplicabilidade do Código Civil às situações de responsabilidade estatal; (ii) a afirmação da especificidade da matéria no âmbito administrativo e da adaptabilidade

---

[2] Tradução livre. No original: "*Cons. que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés; Que, dès lors, (...) l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître*". LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 1.

[3] É a posição de LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif.** 3. ed. t. I. Paris: LGDJ, 1963. p. 609; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif.** 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 737; PAILLET, Michel. **La faute du service public en droit administratif français.** Paris : LGDJ, 1980, p. 22.

do regime jurídico da responsabilidade em razão do objetivo do serviço público; (iii) a atribuição de competência à jurisdição administrativa para apreciar tais casos.[4] É evidente, pois, a importância do julgado, visto que consagra de forma definitiva a necessidade de elaboração de regras próprias de Direito Administrativo para reger a responsabilidade do Estado[5] (embora sua efetiva originalidade seja questionada por autores como René Chapus).[6] O que não significa, contudo, que seja o aresto mais relevante em relação à criação de tais regras, especialmente no que tange à formulação da teoria da *faute du service.* Equivocam-se, assim, aqueles que associam de forma mecânica e acrítica tal teoria com o *arrêt Blanco*.

De fato, foi nessa conjuntura que despontou a chamada teoria da *faute du service public*, incidente em duas situações: **(a)** quando é plenamente possível identificar o agente público que causou o dano, tornando-se relevantíssima a distinção entre *faute de service* e *faute personnelle* para apurar se a responsabilização será direta (da pessoa jurídica estatal) ou indireta (da pessoa do agente); **(b)** nas hipóteses em que não há como se identificar o responsável pela conduta estatal que gerou o dano, caso em que a imputação da responsabilidade será feita diretamente ao "serviço" (leia-se: Administração Pública), sem perquirição da participação de qualquer agente.

(a) Esta primeira faceta da teoria da *faute du service* leva em conta a individualização do agente causador do dano. Em razão da prática de um comportamento danoso, avalia-se se a conduta foi ou não praticada *na qualidade de agente público,* é dizer, *no exercício da função administrativa*, hipótese que resulta na imputação direta do dano à entidade pública, ainda que seja possível identificar o funcionário responsável pela ocorrência do prejuízo.

Cinco meses após o julgamento do caso *Blanco*, o Tribunal de Conflitos proferiu outra decisão, de extraordinária importância para o tema da responsabilidade civil do Estado: o *arrêt Pelletier*, de 30 de julho de 1873. No julgado, traça-se uma distinção entre a *faute personnelle* (falta que pode ser separada das funções exercidas pelo funcionário) e a *faute de service* (falta não destacável das funções do agente público).[7] A distinção delineada pelo caso *Pelletier* traz uma importante contribuição em favor dos interesses da vítima, pois

---

[4] MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif.** 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 747.

[5] PAILLET, Michel. **La faute du service public en droit administratif français...** *Op. Cit.*, p. 22.

[6] O autor, em sua tese, assevera que nada lhe parece menos certo do que o suposto abandono da jurisprudência anterior que se costuma enxergar nesse julgado. Em sua opinião, o aresto se situa rigorosamente na linha da jurisprudência que lhe antecedeu. CHAPUS, René. **Responsabilité publique et responsabilité privée :** les influences des jurisprudences administrative et judiciaire. Paris: LGDJ, 1954, p. 86.

[7] No caso, um jornal que Pelletier pretendia publicar foi apreendido por uma autoridade militar, por conta de uma lei proclamando estado de sítio durante um período conturbado, a qual transferiu a tais autoridades certos poderes de polícia ordinária exercidos pelas autoridades civis. O ato de apreensão dos jornais, praticado pelo general Ladmirault, constituiu uma *faute de service*, por consubstanciar uma medida de alta polícia administrativa por ele praticada na condição de representante do Estado, de sorte que afora tal ato não haveria imputação de nenhum fato pessoal ao agente, capaz de ensejar a sua responsabilidade pessoal. Sobre o caso, conferir: DUPEYROUX, Henri. **Faute Personnelle et Faute du Service Public:** étude jurisprudentielle sur les responsabilités de l'Administration et de ses agents. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1922, p. 42-62.

muitas vezes os erros cometidos pelos agentes públicos engendram consequências tão graves que a sua reparação se torna materialmente impossível de ser suportada por eles próprios, em razão de sua insolvabilidade.[8] Ademais, o agente atua conforme o interesse público ditado pela Administração, como um simples mandatário, de modo que a *faute de service* (com a responsabilidade recaindo sobre a máquina administrativa) torna-se a regra, e a *faute personnelle* (cuja consequência consiste na responsabilização particular do agente, apreciada pela jurisdição ordinária) passa a ser a exceção.[9]

No julgamento do caso *Laumonnier-Carriol*, levado a efeito em 5 de maio de 1877 pelo Tribunal de Conflitos, Lafferrière explica a distinção entre *faute personnelle* e *faute de service* nos seguintes termos: se o ato danoso é impessoal, se ele revela um administrador, um mandatário do Estado, mais ou menos sujeito a erro, e não o homem com suas fragilidades, paixões e imprudências, o ato mantém-se administrativo e não pode ser submetido à apreciação da jurisdição ordinária, mas sim à jurisdição administrativa; se, ao contrário, a personalidade do agente se revela pelas faltas de direito comum, por uma via de fato, uma imprudência, então a falta é imputável à pessoa do funcionário, e não à função, e o ato, perdendo sua natureza administrativa, abre ensejo à competência da jurisdição ordinária.[10]

Quais seriam, então, as hipóteses de *faute personnelle*, imputável à pessoa do agente público? Jacqueline Morand-Deviller sistematiza três situações distintas:[11] (i) *falta praticada fora do serviço e desprovida de qualquer nexo com ele*: comportamento praticado na ordem privada, que reclama responsabilização unicamente pessoal;[12] (ii) *falta cometida fora do serviço, mas ligada a ele por um nexo causal*: conduta praticada fora do exercício da função pública, mas ligada de alguma forma ao serviço, suscitando assim acumulação de responsabilidades;[13] (iii) *falta cometida no exercício do serviço, mas passível de separação*: comportamentos graves, marcados pela violência e brutalidade inadmissíveis, por fatos que revelam uma intenção de causar danos e uma malevolência deliberada.[14] Observe-se que em tais situações, não se trata do descumprimento do dever de eficiência por parte do Estado, mas de manifestações exclusivamente pessoais do agente.

---

[8] Marcel Waline explica o raciocínio da seguinte forma: toda vítima de um dano ocasionado no exercício de uma atividade administrativa tem em face de si, em princípio, dois responsáveis: o agente que é o autor pessoal da falta e a entidade pública representada por esse agente. A responsabilização própria do agente pode ser prejudicial à vítima, uma vez que em geral tem-se o risco de o servidor não ostentar condições financeiras de suportar o valor do ressarcimento. Ademais, há casos em que não seria justo responsabilizá-lo, pois sua conduta foi praticada única e exclusivamente em razão do exercício da função pública e em nome da pessoa jurídica por ele representada. WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif.** 8. ed. Paris: Sirey, 1959, p. 650.

[9] SAN'ANDREA, N. **De la faute de service et de sés conséquences.** Paris : A. Pedone, 1905, p. 13-18.

[10] WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 656.

[11] MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.,* p. 741-742.

[12] *v. g.*, incêndio voluntário provocado por um bombeiro, fora do serviço – aresto *Sociétés d'Assurances Lês Mutuelles Réunies*, *Conseil d'État*, 13 de maio de 1991.

[13] *v. g.*, vigilante que, em razão de uma festa local, bebe mais do que o de costume e, errando de bar em bar, entra em conflito com um consumidor e lesiona o cidadão que tentava desarmá-lo – caso *Bernard, Conseil d'État*, 14 de outubro de 1954.

[14] *v. g.,* policiais à paisana, alegando o cometimento de supostas infrações ao Código de Trânsito, batem violentamente em um motorista causando-lhe lesões graves – julgado *Bulteau, Cour de Cassation Criminale*, 24 de janeiro de 1974.

Da distinção entre *faute personnelle* e *faute du service*, exsurge outra questão da mais elevada significação para a teoria da responsabilidade civil do Estado: a cumulação das responsabilidades. Para tanto, cumpre perquirir, ainda que brevemente, a evolução jurisprudencial do *Conseil d'État* acerca do tema.

O já referido caso *Pelletier* (*Tribunal de Conflits*, 30 de julho de 1873) foi o primeiro julgado que distinguiu a falta pessoal da falta do serviço. Nesse momento, tais modalidades de falta eram compreendidas de forma excludente: ou tratava-se de falta pessoal, ou de falta de serviço. No primeiro caso, o processo seria necessariamente submetido à apreciação da jurisdição ordinária, ao passo que no segundo a análise da situação seria de competência do contencioso administrativo. Não se admitia cumulação de faltas, nem de responsabilidades.

Num segundo momento, ilustrado pelo *arrêt Anguet* (*Conseil d'État*, 3 de fevereiro de 1911), passou-se a reconhecer a possibilidade de acumular as duas modalidades de falta.[15] Decidiu o Conselho do Estado que havia no caso uma cumulação de *faute du service* (mau funcionamento do serviço, que encerrou o expediente antes do horário legal) e *faute personnelle* (tratamento violento a que se submeteu o indivíduo por conta de condutas pessoais de agentes do correio), que permitiria à vítima optar por acionar os agentes perante a jurisdição comum, ou o Estado perante a jurisdição administrativa (escolha mais favorável, em virtude da solvabilidade do Estado).[16]

Posteriormente, a partir do caso *Lemonnier* (*Conseil d'État*, 26 de julho de 1918), à cumulação de faltas foi associada a acumulação de responsabilidades. Embora se tratasse, em princípio, de hipótese de falta pessoal, entendeu-se que se ela decorreu das condições criadas pelo serviço e não pode ser dele separada, deverá ser consumida pela *faute de service*. A falta pessoal ensejará, assim, a responsabilidade da entidade pública. O entendimento foi estendido, no *arrêt Demoiselle Mimeur* (*Conseil d´État*, 18 de novembro de 1949), às hipóteses de *faltas cometidas fora do serviço, mas ligadas a ele por um nexo causal*. É o caso de acidentes causados por condutores de automóveis públicos, cometidos fora do serviço, ao utilizá-los para fins pessoais. A responsabilidade recairá sobre a entidade, e não sobre o funcionário.

Por fim, nos julgados *Laruelle* e *Delville* (*Conseil d'État*, 28 de julho de 1951) admitiu-se a possibilidade de propositura de ação regressiva do agente público em face do Estado, e do Estado em face do agente, nas situações de acumulação de faltas e de responsabilidades.[17]

---

[15] Na situação, a porta principal da agência de correio foi fechada alguns minutos antes do horário regulamentar de encerramento das atividades. O senhor Anguet, que estava dentro da agência, sem ter podido concluir suas operações no guichê seguiu para a saída reservada aos funcionários e, ao ser encontrado na área de acesso proibido ao público, acabou sendo expulso de forma brutal pelos agentes do correio, fato que ensejou a fratura de sua perna.

[16] VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif.** t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992. p. 556.

[17] No caso *Delville*, ocorreu um acidente envolvendo um caminhão militar, em razão da soma de dois fatores concomitantes: embriaguez do motorista (*faute personnelle*) e defeito nos freios do veículo (*faute de service*). O motorista foi pessoalmente condenado pela justiça comum, e voltou-se contra o Estado mediante ação de regresso, logrando êxito na divisão da condenação pela metade, por ter entendido o Conselho de Estado que parcela da culpa e da consequente responsabilidade derivou da falha da máquina administrativa. Na situação referente ao *arrêt Laruelle* tratava-se também

Com supedâneo em tais ilações é possível concluir que no direito francês costuma-se avaliar concomitantemente a conduta imputável ao Estado e o comportamento atribuível ao agente público. *É disso que se trata a importância, em tal sistema, da teoria da* faute du service *e da distinção entre* faute de service *com a* faute personnelle: (i) havendo a ocorrência de ambas, há uma cumulação de responsabilidades, e a possibilidade de a Administração manejar ação regressiva em face do agente, ou de o agente empregar a mesma medida em face do Poder Público; (ii) configurando-se somente a *faute personnelle*, condena-se apenas o agente responsável; (iii) caracterizando-se apenas a *faute de service*, a responsabilidade recairá unicamente sobre a Administração.

O ordenamento jurídico brasileiro, nesse particular, separou expressamente na Constituição esses dois domínios, imputando ao Estado somente a responsabilidade decorrente de falta atribuível ao serviço. O artigo 37, § 6º da Constituição Federal foi claro ao pôr em relevo tão somente o dever de reparação dos danos causados pelos agentes, *nessa qualidade*, isto é, no exercício das competências que lhes forem conferidas pela ordem jurídica. A *falta pessoal*, quando totalmente desvinculada do exercício da função administrativa, é regida pelo Direito Privado, não ostentando qualquer relação com o Direito Administrativo. Se a *falta pessoal* houver sido cometida, por outro lado, durante o serviço, ou mesmo fora dele, mas a ele ligada por um vínculo de causalidade, sua relevância jurídica dirá respeito apenas à procedência da ação regressiva que deve ser manejada pelo Estado em face do agente.

(b) O segundo aspecto referente à teoria da *faute du service* diz respeito às situações em que é impossível ou inútil buscar identificar o autor do prejuízo causado. São as hipóteses em que é a má organização do serviço ou o seu funcionamento defeituoso – em outras palavras, ineficiente – que gera o dano, sem que se alegue a menor falta ou culpa sequer de um agente.[18] A causa do dano é a própria máquina administrativa, sendo prescindível ou inviável a individualização de um agente, bastando a referência a uma falta anônima do serviço.

Sob tal dimensão, a *faute du service* proporciona uma lógica para a responsabilidade do Estado inquestionavelmente distinta daquela proveniente do Direito Civil: a partir do momento em que não se exige nem mesmo a ocorrência de uma falta pessoal cometida por um agente, a própria noção de culpa torna-se secundária, passando a predominar a noção de "dano por funcionamento do serviço público".[19] Nesse passo, a questão que se apresenta é saber se a ineficiência do serviço, em cada caso, pode provocar a responsabilização estatal.

Paul Duez foi o autor de uma das formulações mais utilizadas para responder a questão. A teoria da *faute du service* reclamará incidência, consoante o jurista,

---

do condutor de um veículo militar que experimentou um acidente, desta feita em razão de seu comportamento pessoal que acabou por induzir um terceiro em erro. O Estado, após ter sido condenado pela jurisdição administrativa, propôs ação de regresso em face do agente, que foi condenado a reembolsar os cofres públicos.

[18] TEISSIER, Georges. **La responsabilité de la puissance publique.** Paris: Paul Dupont, 1906**,** p. 49.

[19] TEISSIER, Georges. **La responsabilité de la puissance publique...** *Op. Cit.***,** p. 51.

sempre que o serviço funcionar mal, não funcionar ou funcionar atrasado.[20] Em cada situação, a extensão da responsabilidade irá depender, segundo Maurice Hauriou, da diligência média dos serviços avaliada em concreto.[21]

Alinhavadas tais considerações, não é difícil concluir que, de fato, a teoria da *faute du service* proporcionou notável avanço no que diz respeito à repressão das atividades estatais ineficientes e danosas. Isso não quer significar, contudo, que a importância de tal teoria justificaria a sua aplicação contemporânea em todo e qualquer ordenamento jurídico, nas hipóteses de descumprimento estatal ao dever de eficiência. A configuração jurídica do instituto da responsabilização estatal depende da conformação que o ordenamento jurídico em questão lhe conferir, o que impõe a necessidade de se analisar quais são os princípios e regras que regem a matéria em cada Estado e momento histórico definido.

3. O caráter objetivo da responsabilidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro e a irrelevância da perquirição de culpa

Observada a racionalidade que inspira a teoria da *faute du service* no Direito francês, importa verificar se procede a sua invocação no Brasil para sustentar que a responsabilidade estatal por omissão é subjetiva.

Tamanha é a conexão entre a teoria da *faute du service* e a ideia de ineficiência do Estado passível de provocar danos ao cidadão, que significativa parcela da mais abalizada doutrina brasileira, considerando-a como modalidade de responsabilidade subjetiva, aponta a sua aplicabilidade ainda nos dias atuais, nos casos de omissão estatal.[22] Sustentam tais autores a posição de que "a responsabilidade por (...) *faute du service* (...) é responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo)" e "quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade *subjetiva*".[23]

Parece, todavia, haver outra interpretação possível, que se apresenta mais apropriada. Pede-se vênia para manifestar discordância em relação ao entendimento antes mencionado. As considerações tecidas a seguir têm por escopo demonstrar que a adoção da responsabilidade subjetiva no direito brasileiro, nos casos de responsabilidade civil do Estado por descumprimento do dever de eficiência nas situações omissivas (serviço não funcionou ou funcionou atrasado), não procede por pelo menos quatro motivos: **(a)** a teoria da *faute du service* não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva; **(b)** o critério para distinguir a

---

[20] DUEZ, Paul. **La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat).** 2. ed. Paris: Dalloz 1938, p. 21 e ss.

[21] HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits.** t. I. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1929, p. 539.

[22] Sustentam tradicionalmente essa posição, entre outros, alguns dos mais ilustres administrativistas paulistas: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 486-487; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 986-989 e 996-1001; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 654-656; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

[23] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 987 e 996-997.

responsabilidade *pour faute* (por falta) da responsabilidade *sans faute* (sem falta) no direito francês não é a natureza omissiva da conduta; **(c)** na França admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado por omissão; **(d)** os contornos da responsabilidade estatal dependem do regime jurídico administrativo de cada ordenamento, e a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva.

(a) O primeiro argumento tendente a afastar a interpretação acima esposada consiste na impossibilidade de se associar diretamente *faute du service* com responsabilidade subjetiva. Antes de tudo, importa questionar: qual o significado de *faute*?

A doutrina francesa, não raras vezes apoiada na formulação do civilista Marcel Planiol, explica o significado da noção de *faute* como *um descumprimento de uma obrigação preexistente.*[24] Incorre-se em falta (*faute*) quando não se comporta como deveria: "quando a ação ou abstenção de agir são conducentes a justificar uma repreensão".[25] Os autores, ao explicarem a significação da locução, não fazem alusão às tradicionais modalidades de culpa (negligência, imprudência e imperícia); pelo contrário, referem-se ao fato objetivo de inobservância de um dever juridicamente imposto. *Faute du service*, portanto, significa um comportamento faltoso, violador de uma obrigação predeterminada pelo Direito positivo. Por essa razão, Jacqueline Morand-Deviller aduz que a expressão *faute de service* é medíocre e seria preferível aludir-se a "funcionamento defeituoso do serviço" (*fonctionnement défectueux du service*) ou a "falta cometida no exercício do serviço" (*faute commise dans l'exercice du service*).[26]

A grande problemática em relação à compreensão do sentido da expressão *faute du service* situa-se na dupla noção que a locução ostenta no Direito Administrativo francês. Laurent Richer, enfrentando de forma detida a questão, explica que a principal noção de *faute* no Direito Administrativo francês é a objetiva, acima explanada, que a compreende como o fato material de descumprimento de uma obrigação, desprovido de preocupações em relação a aspectos subjetivos. Em suas palavras: "a doutrina (...) considera que a *faute de service* só pode ser uma noção 'objetiva'. Segundo os autores, nenhum elemento subjetivo, nenhuma referência à intenção é concebível em matéria de *faute de service*".[27] Destarte, seria possível traduzir a palavra para o português como "falta", não no sentido de "ausência", mas na acepção de "infração", como se emprega comumente no Direito do Trabalho ao se falar em "falta grave" do trabalhador.

Essa tradução de *faute du service* entendida como "falta cometida no exercício do serviço" é a mais adequada, uma vez que a compreensão da expressão como "culpa" não resiste a uma análise mais aprofundada. A referência que alguns autores franceses fazem ao termo latino *culpa* (*in eligendo* e *in vigilando*) não

---

[24] CHAPUS, René. **Droit Administratif Général.** t. I. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 1190; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.,* p. 750.

[25] CHAPUS, René. **Droit Administratif Général...** *Op. Cit.,* p. 1190.

[26] MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.,* p. 756.

[27] Tradução livre. No original : "*la doctrine (...) considère que de faute de service ne peut être q'une notion « objective ». Selon les auteurs, aucun élément subjectif, acune référence à l'intention n'est concevable en matière de faute de service*". RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État.** Paris: Économica, 1978, p. 6 e 88.

permite dizer que *faute* signifique culpa. Tome-se como exemplo Marcel Waline. Inicialmente, o autor atesta a incorreção da expressão *responsabilité pour faute*, preferindo a terminologia *responsabilité conditionée par une faute*, por entender que "uma pessoa jurídica não é jamais responsável por sua própria *faute*. É um de seus agentes ou representantes que cometeu a *faute*, e é ela que condiciona a responsabilidade da pessoa jurídica".[28] Mais adiante, o autor alude às hipóteses de *culpa in vigilando* e *culpa in eligendo* do Direito civil, reputando-as como exigências absurdas.

Na redação de Waline, fica claro que a acepção da palavra *faute* não pode ser "culpa", sob pena de se admitir a insensata hipótese de que linhas atrás teria o autor afirmado que foi um dos agentes públicos que "cometeu a culpa". No mesmo influxo, outros autores como René Chapus e Michel Paillet utilizam a expressão "cometer uma *faute*"[29] ou "*faute* cometida".[30] Acresça-se o fato de alguns autores fazerem alusão a "*agents* (...) *coupables d'une faute*"[31]. Qual seria então a tradução da locução? "agentes culpáveis por uma culpa"? Logicamente que não: o sensato seria traduzir para "agentes culpáveis por uma falta".

Não se pode negar, contudo, que a jurisprudência francesa lança mão, por vezes, de outra noção de *faute,* reputada como "marginal" por Laurent Richer.[32] Cuida-se das hipóteses em que se leva em conta a intenção de causar danos e a vontade de cometer um ato ilícito. Em algumas situações – e não todas, destaque-se – a jurisprudência francesa requeria a presença da noção culpável de *faute* para que a responsabilidade restasse configurada. A tendência, no entanto, foi no sentido de cada vez mais afastar tal exigência. É apenas nesse caso eventual, marginal, que segundo o autor "*la faute du service est une «* culpa *»*".[33] Em suas conclusões, o jurista afirma que ainda somos assombrados pela velha concepção punitiva de responsabilidade, como se a Administração pudesse ser culpável (*coupable*) e pudesse ser punida. Para ele, tal noção utilizada pela jurisprudência só poderia ser defendida se toda *faute de service* suscitasse uma sanção disciplinar ou uma responsabilidade pessoal para o agente, o que não é caso.[34]

Nessa toada, não faz sentido tentar imputar culpa à Administração, mas tão somente perquirir o descumprimento objetivo de um dever de agir. Miguel S. Marienhoff, em aprofundada monografia acerca do tema específico da responsabilidade estatal por omissão, relembra que a abstenção sancionável, ensejadora de responsabilidade, é aquela que deriva do descumprimento de um determinado dever jurídico. Se a espécie de responsabilidade sob exame leva em conta essencialmente o descumprimento da obrigação por parte do Estado,

---

[28] WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif**... *Op. Cit.,* p. 707.

[29] Tradução livre. No original: "*commettre de faute*" CHAPUS, René. **Droit Administratif Géneral...** *Op. Cit.,* p. 1189.

[30] Tradução livre. No original: "faute commise". PAILLET, Michel. **La faute du service public en droit administratif français...** *Op. Cit.,* p. 35.

[31] MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.,* p. 755.

[32] RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État...** *Op. Cit.,* p. 88.

[33] RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État...** *Op. Cit.,* p. 4.

[34] RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État...** *Op. Cit.,* p. 171.

prescinde-se da ideia de culpa e tem-se, por conseguinte, uma responsabilidade de natureza objetiva.[35] É também a posição de Romeu Felipe Bacellar Filho, que inclui a falta do serviço na modalidade objetiva de responsabilização, pois "em face do dever de eficiência imposto ao Poder Público, prescinde-se de qualquer perquirição de culpa, ainda que especial".[36]

A Administração não tem vontade ou consciência, quem a tem é o agente. E se a *faute du service* independe da individualização do agente, não se pode perquirir "culpa" da máquina estatal, mas sim o cometimento de uma conduta contrária ao juridicamente exigido.

Conforme explicam Georges Vedel e Pierre Devolvé, a *faute du service* consiste na falta imputável a um ou mais agentes públicos, que não pode ser separada do exercício da função pública, isto é, não pode ser atribuída com exclusividade à pessoa do agente. Os autores sublinham, com acentuada ênfase, que

> Contrariamente ao que escrevem algumas vezes, a *faute de service* não se caracteriza por seu caráter impessoal e anônimo. Como a Administração não possui existência física, suas faltas são sempre faltas dos indivíduos e é tão somente por uma operação jurídica que se lhes imputa ao serviço. Quanto ao caráter pretensamente anônimo da *faute de service*, ele não é necessário. Há faltas de serviço cujos autores não se conhece, e outras cujos autores são conhecidos. A verdade é que, nos casos de falta do serviço, a vítima pode dirigir-se contra a Administração sem ter de designar nominativamente o agente que cometeu a falta e cuja personalidade não interessa quando ele não for acionado pessoalmente.[37]

Nesse exato sentido, Marcel Waline esclarece que em matéria de responsabilidade estatal, não se pode levar em conta a personalidade da entidade pública, pois essa age sempre, necessariamente, por intermédio de um agente humano. A pessoa jurídica não possui, metafisicamente, vontade própria. Na realidade, é a vontade dos agentes públicos que é imputada à pessoa jurídica, de sorte que sempre será um ou mais agentes que praticaram a conduta que se imputa à pessoa estatal. Quando se fala que o Estado cometeu uma falta, foi, em verdade, um de seus agentes que a cometeu. "Por consequência", conclui o administrativista francês, "não há responsabilidade da pessoa administrativa decorrente de fatos pessoais, nem de sua falta; pois uma pessoa jurídica não comete faltas; são as pessoas físicas que a representam que cometem as faltas".[38] É também o

---

[35] MARIENHOFF, Miguel S. **Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 67.

[36] 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: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 308.

[37] VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif.** t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992, p. 581.

[38] Tradução livre. No original: "*Par conséquant, il n'y a pas de responsabilité de la personne administrative de son fait personnel, ni de sa faute ; car une personne morale ne commet pas de faute ; ce sont les personnes physiques qui la représentent, qui commetent les fautes*". WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif**... *Op. Cit.,* p. 648.

entendimento de René Chapus, segundo o qual "uma pessoa jurídica (que é uma abstração) não poderia nem querer, nem agir, nem cometer uma falta".[39]

A toda evidência, tais considerações já haviam sido tecidas por Léon Duguit, em 1913. Consoante o ilustre jurista francês, na doutrina tradicional do Direito privado a noção de responsabilidade implica sempre a ideia de *faute*, pressupondo a existência de uma pessoa dotada de uma vontade consciente. Havendo a violação consciente de uma regra, recai sobre o titular da vontade a responsabilidade. No entanto, o administrativista ressaltava, já naquela época, que a "responsabilidade do Estado não está ligada de forma alguma à ideia de culpa", de sorte que a referência à *faute* do Estado e dos serviços públicos só se explica pela influência persistente das ideias civilistas.[40]

Adotando tal raciocínio, torna-se sem sentido falar de "culpa da Administração" ou "culpa do serviço". Só podem incorrer em culpa ou dolo pessoas físicas, dotadas de subjetividade, pois ambos são elementos subjetivos. Se nos casos de *faute du service* não se perquire quem foi o agente responsável pela prática do dano, é incompreensível pretender avaliar se houve culpa ou dolo da pessoa jurídica. Basta constatar que houve o descumprimento de uma obrigação imposta pelo ordenamento jurídico. Pois bem. Se de acordo com essa teoria a análise da conduta do agente é prescindível para configurar a responsabilidade do Estado perante a vítima (embora seja necessária para permitir a posterior ação de regresso da Administração em face do agente), também será despiciendo o exame da negligência, imprudência ou imperícia do representante do Estado responsável pelo dano. E afastando-se a conduta do agente da análise, fica impossível avaliar a "culpa" da Administração.

Assim, a *faute du service* pode ser compreendida – e nessa esteira situa-se, como visto, a vastíssima maioria da bibliografia francesa – como *todo descumprimento de obrigações do serviço*. Ela pode consistir, como ressaltam Georges Vedel e Pierre Devolvé, tanto numa ação como numa abstenção.[41] Diante de tais afirmações, extraídas da própria bibliografia francesa, como seria possível sustentar que a teoria do *faute du service* deve ser aplicada apenas nos casos de omissão, e que ela pressupõe a comprovação de culpa da Administração?

(b) Um segundo e substancioso fator que demonstra a impropriedade de se referir à teoria da *faute du service* nos casos de omissão estatal no Direito brasileiro está no fato de que este não é o critério empregado na França para diferenciar as hipóteses de responsabilidade *pour faute* (por falta) e de responsabilidade *sans faute* (sem falta). A teoria da *faute du service* não foi elaborada para aplicar-se às hipóteses de comportamento omissivo. Ela tem outro objeto: identificar as hipóteses em que a Administração deve ser compelida a indenizar o cidadão, sozinha (quando não houver falta pessoal, que seja possível separar da própria atividade administrativa) ou em solidariedade com o agente (nos casos de cumulação entre *faute de service* e *faute personnelle*).

---

[39] Tradução livre. No original : "*une personne morale (qui est une abstraction) ne saurait ni vouloir, ni agir, ni commettre de faute*". CHAPUS, René. **Droit Administratif Général...** *Op. Cit.,* p. 1189.

[40] DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public.** Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 231. A palavra *faute* foi traduzida por "culpa" pelo fato de autor estar se referindo à noção civilista de *faute*, esta sim ligada à ideia de culpa.

[41] VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**... *Op. Cit.*, p. 581.

A sistemática francesa da responsabilidade civil do Estado, é preciso que fique claro, não se funda na dicotomia responsabilidade subjetiva *vs.* responsabilidade objetiva. Uma investigação atenta nas diversas obras que tratam especificamente do tema revela tal conclusão de forma inequívoca. A grande questão sobre a qual se funda tal sistemática reside na necessidade ou não da ocorrência de uma *falta* (e não culpa), compreendida como o descumprimento de uma obrigação jurídica. As confusões acerca da teoria francesa da responsabilidade estatal repousam sobre a equivocada tentativa de se promover uma leitura do ordenamento francês com as lentes do sistema jurídico brasileiro. Como a tradição local no tema da responsabilidade funda-se no binômio responsabilidade subjetiva *vs.* responsabilidade objetiva, torna-se muitas vezes difícil desvincular-se desse paradigma alicerçado na necessidade ou não de culpa, para compreender adequadamente a noção de *faute* do Direito francês. Não se pode, pois, associar automaticamente *responsabilité pour faute* à responsabilidade subjetiva, muito menos restringi-la aos casos de omissão, em que pese a *responsabilité sans faute* seja sempre uma responsabilidade objetiva.

A afirmação é de fácil comprovação. Nos vários exemplos de responsabilidade estatal por *faute du service*, os autores não fazem menção alguma às ideias de negligência, imprudência e imperícia. Cite-se o caso ventilado por Richer, de inobservância do princípio da adaptabilidade (ou mutabilidade) do serviço público: se um hospital público deve proporcionar ao enfermo cuidados em conformidade com os recursos tecnológicos atuais da ciência, ao causar-lhe um dano por ter deixado de adaptar seus equipamentos dentro de um prazo razoável estaria cometendo uma *faute*. Referência alguma é feita à necessidade de comprovação de negligência ou imprudência do Estado.[42]

Se a teoria da *faute du service* aplica-se tanto às condutas comissivas quanto às omissivas,[43] por que razão seria justificável a sua aplicação, no Direito brasileiro, apenas nas omissivas? Se a teoria deve ser aplicada quando o serviço funcionou mal, não funcionou ou funcionou atrasado, por que no Brasil dever-se-ia empregá-la apenas nos dois últimos casos (que configuram hipóteses de omissão)?[44] As três situações revelam o descumprimento ao mesmo dever de agir: o princípio da eficiência. Logo, a consequência jurídica desse descumprimento deve ser a mesma, submetendo o Estado a um regime uniforme de responsabilidade.

Portanto, no Direito francês há diversas situações que estão sujeitas ao regime de responsabilidade objetiva (*sans faute*) independentemente de terem decorrido de ação ou omissão. Ou seja: *o critério para distinguir responsabilidade subjetiva e objetiva no direito francês, não é, seguramente, o fato de o dano ter decorrido de ação ou omissão do Estado*. O que se leva em conta para diferenciar o regime de responsabilidade do Estado – subjetivo ou objetivo – é a natureza da atividade, e não o excesso ou inoperância da Administração.

---

[42] RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État...** *Op. Cit.,* p. 37.

[43] WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 741; VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**... *Op. Cit.*, p. 581.

[44] É o que sustenta a corrente da responsabilidade subjetiva, como dá notícia DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**... *Op. Cit.,* p. 654.

(c) Outro argumento parece ser decisivo para suplantar completamente a exigência de comprovação de culpa nos casos de omissão: *tanto a doutrina quanto a jurisprudência francesas reconhecem expressamente a existência de hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado por omissão*. Em capítulo destinado à *responsabilité sans faute* com fundamento na teoria da igualdade dos cidadãos perante os ônus sociais, Georges Vedel e Pierre Devolvé oferecem como exemplo os casos de "abstenção não faltosa" (*abstention non fautive*) da Administração.[45] O argumento vale também para os que traduzem *faute* por "culpa": no Direito francês admite-se a responsabilidade do Estado por "abstenção não culposa".

Na jurisprudência do Conselho do Estado, reclama referência o caso *Couitéas* (*Conseil d'État*, 30 de novembro de 1923). O senhor Couitéas havia comprado um terreno na Tunísia sobre o qual estavam instaladas tribos indígenas, e para lograr imitir-se na posse conseguiu uma decisão judicial determinando a expulsão das famílias. Na oportunidade, a Administração utilizou a sua prerrogativa de negar auxílio policial à execução de uma decisão judicial em razão do risco de perturbar a ordem pública e o interesse da coletividade. Embora a omissão traduzisse o exercício de uma prerrogativa amparada pelo ordenamento jurídico, desprovida de caráter faltoso ou culposo, o Estado foi condenado a indenizar o titular do título executivo, por ele ter suportado um sacrifício demasiadamente pesado em razão do interesse público.[46]

Ora, *se o próprio Direito francês, tanto na seara doutrinária quanto na jurisprudencial, admite explicitamente a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, qual seria a justificativa para negar tal possibilidade no Direito brasileiro, utilizando paradoxalmente uma teoria francesa*?

(d) Ainda que se opte por aplicar a construção teórica francesa, não se pode olvidar que o próprio *arrêt Blanco*, ao determinar que a responsabilidade civil do Estado deveria reger-se por princípios próprios, distintas daquelas previstas no Código Civil, afirmou de forma contundente que: (i) essa responsabilidade "não é nem geral, nem absoluta" – portanto não pode descurar das especificidades de cada Estado, cultura, história e ordenamento jurídico, aplicando-se igualmente em todos os países e momentos históricos;[47] (ii) tal responsabilidade submete-se a "regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados" – logo, as regras que orientam o sistema de responsabilidade sujeitam-se ao regime jurídico administrativo, devendo conciliar as prerrogativas estatais e os direitos dos cidadãos, tal como estatuídos pelo direito positivo.

Portanto, só se pode pretender a recepção, no Brasil, de teorias da responsabilidade civil desenvolvidas na França caso haja compatibilidade com o regime jurídico administrativo brasileiro. E é justamente outra teoria aplicada no Direito francês que se acomoda mais adequadamente ao conjunto de princípios e regras que regem a Administração Pública pátria. Sendo assim, importa esclarecer

---

45 VEDEL, Georges ; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**... *Op. Cit.*, p. 491.

46 LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**... *Op. Cit*., p. 253.

47 A relatividade do regime de responsabilidade do Estado é acentuada por Waline: WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif...** *Op. Cit*., p. 709.

alguns aspectos da responsabilidade objetiva (*sans faute*) na França, que podem iluminar a construção de uma nova compreensão da responsabilidade objetiva do Estado no Direito brasileiro, por ação ou omissão, adaptada à nossa realidade normativa.

A reticência de parcela da doutrina em reconhecer a responsabilidade por omissão como uma hipótese de responsabilização objetiva deriva do fato de que, no Direito brasileiro, costuma-se fazer menção unicamente à *teoria do risco* para explicar a responsabilidade objetiva, olvidando-se de outra hipótese largamente difundida no Direito francês, mais recentemente: a *teoria* (ou princípio) *da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.* Em geral, os cursos e manuais contemporâneos subdividem a *responsabilité sans faute* nesses dois fundamentos: (i) *teoria do risco*, aplicável às situações em que a Administração desenvolve, em nome do interesse geral, atividades de risco excepcional; ou (ii) *teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos*, segundo a qual, se uma atividade administrativa que é efetuada para beneficiar a todos ensejar danos particulares sobre determinados indivíduos, o equilíbrio normal é rompido e o princípio da isonomia resta ferido, de sorte que tal antijuridicidade deve ser reparada.[48]

Também distintamente do que se sustenta no Brasil, a abrangência da *teoria do risco* é mais restrita no Direito francês. Somente as atividades que envolverem efetivamente um risco excepcional gozarão do regime de responsabilidade objetiva com fulcro na *teoria do risco*, tais como: danos causados a terceiros por conta de trabalhos públicos; bens e métodos perigosos e risco de vizinhança; risco na colaboração ocasional com o serviço público; riscos profissionais.[49] Por sua vez, a *teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos* é igualmente limitada a determinadas hipóteses, tais como: responsabilidade decorrente de atos legislativos, de convenções internacionais, de regulamentos e de decisões administrativas regulares.[50] Essa teoria, que na maior parte das vezes recebe referências no Direito brasileiro como o fundamento da responsabilidade civil do Estado, consubstancia no Direito francês uma teoria autônoma da responsabilidade objetiva do Poder Público, distinta da teoria do risco.

O princípio da igualdade dos cidadãos em face dos ônus sociais é reconhecido mesmo sem previsão expressa, por constituir desdobramento do princípio geral de igualdade. Para Jacqueline Morand-Deviller, os princípios fundamentais da equidade e da solidariedade inspiram o regime da responsabilidade objetiva: se é preciso aceitar que o bom funcionamento dos serviços públicos e a utilização de prerrogativas do Poder público impõem aos cidadãos certos ônus, ainda que a Administração não pratique nenhuma falta, seria desigual os cidadãos lesados não poderem postular a reparação.[51] No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello, conquanto não extraia do princípio as mesmas consequências que aqui se pretende, reconhece-o como fundamento da responsabilidade estatal, voltado a garantir uma distribuição equânime dos ônus oriundos de atos ou efeitos danosos,

48 VEDEL, Georges ; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**... *Op. Cit.*, p. 579.
49 MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.,* p. 764-772.
50 CHAPUS, René. **Droit Administratif Géneral...** *Op. Cit.,* p. 1255-1270.
51 MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.,* p. 765.

evitando que alguns suportem prejuízos causados por comportamentos praticados no interesse de todos.[52]

Parece ser essa a melhor teoria para fundamentar a opção do constituinte brasileiro na generalidade dos casos (se for adotada uma concepção bem mais alargada do que aquela presente do Direito francês):[53] o princípio da igualdade na distribuição dos encargos sociais – em relação ao qual não paira qualquer dúvida na doutrina francesa quanto ao seu enquadramento nas hipóteses de responsabilidade objetiva (*sans faute*). A opção por essa teoria, e não pela teoria do risco, explica-se porque nem toda atividade estatal pressupõe assunção efetiva de riscos. Não se pode colocar no mesmo patamar o desenvolvimento de atividades nucleares (artigo 21, XXIII, "c" da CF) com a expedição de decretos regulamentares, embora ambas as situações possam ensejar a responsabilização objetiva do Estado, se de tais atos decorrerem danos específicos aos cidadãos. Ambos são casos de responsabilidade objetiva por ação; no entanto, naquele efetivamente aplica-se a teoria do risco; nesse, a teoria da igualdade diante dos ônus sociais.

Na omissão, o fundamento deve ser também o princípio da igualdade. Se a Constituição de 1988 previu em seus princípios fundamentais, os objetivos de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (artigo 3º, I) e "reduzir as desigualdades sociais" (artigo 3º, III), significa que vigoram no topo do ordenamento jurídico pátrio, de forma inequívoca, os princípios da equidade e da solidariedade. Logo, se a responsabilidade civil do Estado deve ser interpretada à luz do regime jurídico administrativo[54] e "na exata medida entre os direitos do Estado e os direitos do administrado" (*arrêt Blanco*), seja nos casos de ação, seja nos casos de omissão, impõe-se a adoção do sistema de responsabilidade objetiva.

Se o cidadão perde um rim por conta da ausência de vaga em hospital público, por que razão ele terá de provar a culpa do Estado? E se não houver culpa? E se o prefeito municipal e o governador do Estado tiverem aplicado toda a receita destinada à saúde, cumprindo rigorosamente a Lei Orçamentária? Não há culpa, em nenhuma de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), e ao mesmo tempo há o descumprimento ao princípio constitucional da eficiência administrativa (o serviço público de saúde não funcionou). Nesse caso, não se verifica uma situação de menoscabo ao princípio da isonomia perante os encargos públicos? Por que razão esse único cidadão deve suportar sozinho o ônus da falta de serviço público, sem que haja uma socialização da reparação dos prejuízos por ele experimentados?

Além disso, o artigo 37, § 6º da CF, que traduz o fundamento normativo da responsabilidade civil do Estado, não faz qualquer distinção entre comportamentos omissivos e comissivos: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito

---

52 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 991.

53 Para René Chapus, o princípio da igualdade perante os encargos sociais não constitui nem o fundamento da responsabilidade civil do Estado em geral, nem da responsabilidade objetiva genericamente considerada. Ele embasa tão somente as hipóteses em que o cidadão vê-se obrigado a suportar um ônus particular em nome do interesse público (*intérêt général*). CHAPUS, René. **Droit Administratif Géneral...** *Op. Cit.,* p. 1253.

54 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos**. Interesse Público,** nº 6, Porto Alegre: Notadez, abr./jun. 2000, p. 15.

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". Desse comando se depreende um regime uniforme de responsabilização, seja para excessos, seja para inoperâncias da Administração. É essa a interpretação de Romeu Felipe Bacellar Filho, que em estudo específico sobre o tema afirma: "se a Constituição Federal, em sua posição sobranceira, adota a responsabilização objetiva, não há como desconsiderar o mandamento constitucional mesmo na hipótese de omissão".[55]

O texto constitucional requer a comprovação de dolo ou culpa tão somente no caso da ação regressiva em face do agente. Mas na relação vítima-Estado, a responsabilidade objetiva é medida que se impõe.

Tais questões reclamam a determinação, de forma precisa, de quais são os elementos necessários à configuração da responsabilidade objetiva do Estado por atuação ineficiente.

4. Requisitos configuradores da responsabilidade objetiva do Estado por omissão

Da imersão acima empreendida nas teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, notadamente aquelas desenvolvidas na França, pôde-se inferir que no ordenamento jurídico brasileiro o Estado encontra-se submetido a uma sistemática homogênea de responsabilização decorrente de comportamento ineficiente, seja comissivo (mau funcionamento) ou omissivo (não funcionamento ou funcionamento tardio): a responsabilidade objetiva. Isto posto, faz-se imprescindível, neste momento, verificar quais os elementos que compõem esse mecanismo de apuração da responsabilidade extraído do sistema jurídico, aplicando-o ao tema da tutela dos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública.

São três os requisitos necessários para que se configure a responsabilidade por violação ao princípio da eficiência: **(a)** *descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou cumprimento precário (ação) por parte do Estado ou de quem lhe faça as vezes*; **(b)** *ocorrência de dano individual ou coletivo*; **(c)** *nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido.*

(a) *Descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou cumprimento precário (ação) por parte do Estado ou de quem lhe faça as vezes*. Um comportamento ineficiente poderá ser comissivo ou omissivo. Se a ação praticada é diferente daquela prevista legalmente, haverá então o descumprimento comissivo da norma, não omissivo. Conforme observa Emerson Gabardo, "a ação ineficiente não implica a existência da necessária inércia característica da omissão. Nem todo ato ineficiente é realizado por omissão. E nem toda abstenção de cumprimento do dever é caso de ineficiência".[56]

---

[55] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil do Estado por omissão. **Revista argentina del régimen de la administración pública**, v. 326, Buenos Aires: RAP, 2006, p. 52.

[56] GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Orgs.). **Direito Público Moderno.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 284-285.

Conforme sustentado em outro estudo,[57] o Estado será ineficiente quando seu comportamento for: (i) *omisso*, por descumprir um dever de agir estatuído para a Administração Pública; (ii) *moroso*, por desrespeitar o dever de celeridade; (iii) *exacerbadamente formalista*, por obstaculizar uma atuação ágil e fluida, marcada pela simplicidade e objetividade; (iv) *perdulário*, por ignorar o dever de otimização dos recursos para o alcance dos melhores resultados; (v) *improdutivo*, por violar o dever de realização dos objetivos previstos pela lei para o atingimento efetivo do interesse público. Na primeira hipótese, trata-se de omissão, ao passo que nas demais, a ineficiência constituirá uma ação. Por ação ou omissão, a conduta ineficiente acarreta responsabilidade objetiva.

Em relação aos danos causados por ação, este primeiro elemento – (a) o comportamento ineficiente – restará configurado quando o Estado (ou quem lhe faça as vezes) deixar de atender a algum dos desdobramentos do princípio da eficiência administrativa.[58] Tratando-se de omissão, é necessário que haja o descumprimento de um dever específico, concreto, imposto pelo ordenamento jurídico ao Estado.

Em matéria de direitos sociais, esse elemento restará configurado quando a Administração Pública *violar o direito fundamental à tutela administrativa efetiva*. Conforme se propôs no presente estudo, desse direito decorrem outros quadro: (i) o direito ao devido processo administrativo; (ii) o direito à regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais; (iii) o direito ao serviço público adequado; (iv) o direito à implementação de políticas públicas. Como se viu, cada um desses desdobramentos impõe deveres específicos ao Poder Público, alguns ligados à dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais sociais, outros relacionados à perspectiva *objetiva* de tais direitos. O descumprimento de qualquer dever exposto nos apartados precedentes faz com que esse primeiro requisito esteja configurado. Não necessariamente nascerá a obrigação de indenizar, já que há outros dois requisitos que precisam estar presentes.

A doutrina espanhola costuma afirmar que para se configurar uma *inação juridicamente relevante*, são necessários dois elementos: (i) um material – a constatação, no mundo dos fatos, de uma situação de passividade ou inércia da Administração; e (ii) um formal – a infração de um dever legal ou constitucional de agir, que torna antijurídica a omissão material.[59] Se não há dever legal ou constitucional de agir (elemento formal), não há omissão e por consequência não há responsabilidade. Isso ocorre não porque da conduta omissiva não possam surgir efeitos jurídicos de forma direta, mas porque nesse caso a inação é irrelevante sob o ponto de vista do Direito.

Saliente-se que nem sempre a omissão implicará o descumprimento do dever de obstar uma ação externa. Celso Antônio Bandeira de Mello parece

---

[57] GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil do Estado:** desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 283.

[58] Sobre o conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa, previsto no art. 37, *caput* da Constituição brasileira de 1988, ver, por todos: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

[59] GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración.** 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 62.

manifestar entendimento diverso. Ao tratar dos danos que podem ser gerados por conta da *omissão* do Estado, o autor refere-se apenas a duas hipóteses, ambas ligadas ao dever de obstar um elemento externo. Expõe o jurista: "os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são os seguintes: 1. *fato da natureza* a cuja lesividade o Poder Público não obstou, embora *devesse fazê-lo*. (...) 2. *comportamento material de terceiros* cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo".[60]

Por outro lado, há autores como Weida Zancaner que sustentam que "pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano".[61] Adere-se aqui ao pensamento da autora. Há situações em que o dever de ação é distinto do dever de impedir ato de terceiro ou fato exterior. É o caso, exemplificado por Emerson Gabardo, de omissão do Estado em cumprir um mandamento constitucional concreto, como o dever de promover a revisão geral anual dos servidores públicos (artigo 37, X da CF[62]).[63] O próprio descumprimento do ente em promulgar a lei revisando a remuneração dos servidores públicos se configura como a causa danosa, ocasionadora de um prejuízo indenizável. O mesmo ocorre em relação ao dever de prestação de serviços públicos para a realização do direito fundamental à educação, por exemplo (artigo 6º e 205 da CF)[64]: a ausência da prestação do serviço por inexistência de vaga em escola pública constitui, por si só, a omissão causadora do dano. Portanto, para configurar-se uma omissão apta a originar um dano indenizável não é necessário que se trate do descumprimento de um dever estatal de impedir um evento externo.

(b) *Ocorrência de dano individual ou coletivo.* Para que se configure o dever de indenizar, é necessário que tenha sido produzido um dano concreto, individual ou coletivo, de natureza material ou moral.

Em matéria de responsabilidade pública por ação, é irrelevante a licitude ou ilicitude da conduta estatal, pois embora no caso de atos lícitos sejam exigidos os requisitos da especialidade e da anormalidade do dano (ausência do dever jurídico de suportar), o fato de a conduta estar em conformidade com a lei não é fator suficiente para afastar o dever de indenizar.[65] O que ocorre é que quando se trata de

---

[60] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. cit.*, p. 1033-1034.

[61] ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 62.

[62] Constituição da República Federativa do Brasil (1988): "**Art. 37.** (...) **X -** a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices".

[63] GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé... *Op. Cit.*, p. 280.

[64] Constituição da República Federativa do Brasil (1988): "**Art. 6º**. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...) **Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

[65] A respeito dos requisitos para configuração da responsabilidade do Estado por atos lícitos no Direito brasileiro, ver: ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado:** matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar. São Paulo: Malheiros, 2010.

omissão, como dito anteriormente, ela será juridicamente relevante somente nas hipóteses em que a inatividade estatal configure descumprimento de um dever jurídico. Por isso, tratando-se de omissão, embora não se exija a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, será essencial a *antijuridicidade* da inércia para dar lugar à responsabilidade.

Em matéria de direitos fundamentais sociais, essa antijuridicidade se constatará, como antes se disse, nas situações em que forem violados os deveres da Administração em conferir uma tutela administrativa efetiva às pretensões jurídicas jusfundamentais consagradas no bloco de constitucionalidade. De conseguinte, os danos consistirão nos reflexos gerados pela agressão omissiva aos direitos fundamentais sociais. Considerando que a titularidade de tais direitos poderá ser individual ou transindividual, o dano gerado pela sua ofensa decorrente de omissões administrativas também poderá ostentar proporções individuais ou coletivas.

Assim, apenas para dar alguns exemplos já referidos ao longo deste capítulo, podem gerar responsabilidade do Estado os danos gerados pelo silêncio da Administração num processo administrativo reivindicatório de tutela de direitos sociais, pela omissão da autoridade competente em expedir ato normativo necessário ao exercício de uma pretensão jusfundamental, pela falha na prestação de um serviço público adequado (com ofensa a algum dos diversos princípios que integram esse conceito) ou pela inércia da formulação de uma política pública em uma área à qual a Constituição tenha conferido prioridade de ação estatal.

Ganha relevância nessa seara o estudo da responsabilidade do Estado por danos morais coletivos, oriundos do descumprimento da dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais sociais, com efeitos prejudiciais transindividuais. São hipóteses em que, por ter ocorrido inércia administrativa em atender às exigências metaindividuais dos direitos fundamentais sociais (*v.g.*, prestar serviço público adequado), condena-se o Estado por ter ocasionado danos morais coletivos. As indenizações são vertidas aos fundos de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), cujos recursos são destinados à reconstituição dos bens lesados. Cuida-se de uma forma de forçar a Administração a dirigir verbas para a satisfação de direitos fundamentais que foram hostilizados por sua omissão inconstitucional. A jurisprudência brasileira tem oscilado na aceitação da responsabilidade por omissão relativa a essa modalidade de danos – morais de caráter supraindividual – quando no polo passivo figura o Poder Público.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve sentença de primeiro grau que condenou o Estado-membro ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, sob o fundamento de que a entidade havia se omitido em fiscalizar a exploração da atividade educacional por diversos estabelecimentos da iniciativa privada, os quais expediram inúmeros diplomas irregulares. Consignou-se no voto do relator que “desse fato decorreram prejuízos de ordem moral a uma coletividade, que se viu impedida de continuar a vida acadêmica”. Na hipótese, houve violação da função de *proteção* do direito fundamental social à educação, que impunha à Administração o dever de impedir que outros particulares lesionassem

esse direito dos estudantes matriculados em escolas privadas.[66] Em outro julgado, o mesmo tribunal reformou uma decisão de primeira instância que havia condenado um Município ao pagamento de indenização por danos morais coletivos "em razão de sua inércia no combate ao mosquito transmissor da dengue". Nesse caso, entendeu a Corte de forma diversa, assinalando que a categoria "danos morais" é incompatível com a noção de transindividualidade, só podendo ter como vítima um sujeito individual.[67]

O Superior Tribunal de Justiça, em ação proposta pelo Ministério Público em face do Município de Senador Firmino, manteve o acórdão do tribunal *a quo* que havia condenado a Municipalidade ao pagamento de indenização por danos morais coletivos "decorrentes de frequentes interrupções no fornecimento de energia (...), culminando com a falta de eletricidade nos dias 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2002". Reconheceu-se que "esse evento causou, entre outros prejuízos materiais e morais, perecimento de gêneros alimentícios nos estabelecimentos comerciais e nas residências; danificação de equipamentos elétricos; suspensão do atendimento no hospital municipal; cancelamento de festa junina; risco de fuga dos presos da cadeia local; e sentimento de impotência diante de fornecedor que presta com exclusividade serviço considerado essencial".[68] Na hipótese, houve ofensa ao direito fundamental ao serviço público adequado, uma vez que as interrupções na prestação afrontaram o princípio da continuidade na prestação dos serviços. Em outros casos, no entanto, a mesma Corte entendeu inexistir a possibilidade de reconhecimento de danos morais de cunho transindividual, negando os pedidos de indenização.[69]

Por conta do já demonstrado duplo caráter da titularidade dos direitos fundamentais sociais – individual e transindividual – e da sua dupla dimensão – subjetiva e objetiva – a tutela administrativa efetiva impõe a admissibilidade da condenação por danos morais coletivos, sob pena de não se ter uma tutela *integral* desses direitos. Sendo transindividual a ofensa ao direito fundamental, por consequência será também transindividual a natureza do dano sofrido, exigindo que a indenização seja paga nos moldes da tutela coletiva.

(c) *Nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido.* Além dos dois requisitos antes mencionados, é necessária a comprovação de que o dano experimentado foi uma consequência da conduta estatal. Por exemplo, a falência de uma empresa que havia requerido a renovação de uma licença ambiental para explorar uma atividade econômica, sem ter seu pedido apreciado e deferido pela Administração dentro do prazo legalmente estabelecido, pode ser demonstrada

[66] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0702.05.228243-2/002. Relator Des. Silas Vieira. 3ª Câmara Cível. Julgamento em 24.09.2009. Publicação da súmula em 09.10.2009.

[67] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.05.242078-4/001. Relator Des. Eduardo Andrade. 1ª Câmara Cível. Julgamento em 12.04.2011. Publicação da súmula em 03.06.2011.

[68] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1197654/MG. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 01.03.2011. DJe 08.03.2012.

[69] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281/MG. Relator Min. Luiz Fux. Relator p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 02.05.2006. DJ 01.06.2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1305977/MG. Relator Min. Ari Pargendler. Primeira Turma. Julgado em 09.04.2013. DJe 16.04.2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1109905/PR. Relator Min. Hamilton Carvalhido. Primeira Turma. Julgado em 22.06.2010. DJe 03.08.2010.

como um efeito direto do silêncio administrativo, quando a impossibilidade de seguir explorando sua atividade, originada pela não resolução de seu requerimento administrativo, impedir os adimplementos de suas obrigações com seus credores.

Neste ponto, talvez, resida a principal causa da disputa teórica em relação à natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade civil do Estado: há, muitas vezes, uma confusão da doutrina entre duas categorias jurídicas distintas: o *nexo de causalidade* e a *culpa*. Quando se diz, por exemplo, que em razão do suposto caráter subjetivo da responsabilidade por omissão o Estado não tem o dever de indenizar o cidadão que sofreu um acidente causado por um evento irresistível da natureza, pois a despeito de ter-se omitido ele não tinha o dever de evitar o dano, o que em verdade se está afirmando é que *não havia nexo causal entre a abstenção e o prejuízo*. A causa eficiente do dano foi o fator externo e não a omissão estatal, porque não existia o dever jurídico de evitá-lo. A razão da não configuração de responsabilidade neste caso *não é a ausência de culpa, mas sim a inexistência de nexo de causalidade.*

Há que se separar, como em geral se faz no Direito Penal, os planos da antijuridicidade e da culpabilidade. A *antijuridicidade* se refere à contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico: descumprimento de uma prescrição normativa. A *culpabilidade* consiste na possibilidade de, naquela situação concreta, adotar-se uma conduta diversa: sendo possível, o comportamento será considerado reprovável perante o Direito e merecedor de uma sanção jurídica. O que está por trás da *antijuridicidade* é um confronto entre a conduta no mundo dos fatos e o comportamento descrito no enunciado normativo. Por sua vez, o que subjaz à *culpabilidade* e a possibilidade material de agir: sendo possível há culpa; não o sendo, não há culpa. Tratando-se de responsabilidade civil do Estado por omissão, é necessária a ocorrência de *antijuridicidade* – contrariedade ao sistema normativo – mas é irrelevante juridicamente a *culpabilidade* – existência de comportamento reprovável, por que no caso era possível adotar conduta diversa. Um exemplo pode ilustrar o que se está afirmando.

No Brasil a Constituição assegura aos servidores públicos o direito de greve, no art. 37, VII.[70] Embora seja necessária sua regulamentação legislativa, que até agora não foi promulgada, o Supremo Tribunal Federal definiu os limites para seu exercício, com caráter geral e abstrato, em alguns julgados, que disciplinam a matéria enquanto a lei específica não for aprovada.[71] Mas a mesma Constituição garante aos cidadãos o direito a um serviço público adequado (art. 175, parágrafo único, IV),[72] conforme já se disse. Nos casos em que os servidores de um hospital

[70] Constituição da República Federativa do Brasil (1988): "**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) **VII –** o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica".

[71] Acórdãos proferidos nos Mandados de Injunção n^{os} 670-ES, 708-DF e 712-DF. Uma análise sobre o conteúdo de tais decisões pode ser encontrada em: HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais:** uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 150-154.

[72] Constituição da República Federativa do Brasil (1988): "**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. **Parágrafo único.** A lei disporá sobre: (...) **IV -** a obrigação de manter serviço adequado."

público estiverem exercendo seu direito de greve dentro das especificações traçadas pela Corte Suprema, e que se produzam danos à saúde de determinados cidadãos porque não havia médicos suficientes para atendê-los – destaque-se: ainda que o limite mínimo exigido de permanência de servidores seja cumprido – haverá o dever de indenizar?

Se adotada a teoria subjetiva, a resposta seria não: não houve culpa da Administração, pois os servidores públicos estavam exercendo regularmente um direito constitucional. Não houve negligência, imprudência nem imperícia. Não se podia exigir da Administração uma conduta diversa, pois a ela não era dado tolher o direito de greve que estavam sendo regularmente exercidos. Se adotada a teoria objetiva, defendida neste estudo, responder-se-ia a questão apresentada de maneira afirmativa: haverá responsabilidade uma vez que, não obstante a inexistência de *culpabilidade* – exigibilidade de conduta diversa – houve *antijuridicidade* – descumprimento do dever de prestar um serviço público adequado. E, ademais, ocasionou-se um prejuízo derivado da omissão estatal, configurando o *nexo causal.* A antijuridicidade não está no respeito ao exercício do direito de greve, mas sim na ausência de prestação eficiente do serviço público de saúde. Existe, neste caso, um *nexo de causalidade* entre o mencionado descumprimento da Constituição e o dano à saúde dos cidadãos afetados pela violação da Lei Fundamental.

Afora os três requisitos – (a), (b) e (c) – já referidos, a doutrina, especialmente na Espanha e na Argentina, tem o hábito de adicionar um quarto requisito para a configuração da responsabilidade nos casos de omissão: (d) *a possibilidade material de agir.*[73] Para essa corrente, o Estado deve gozar de condições necessárias – financeiras, jurídicas, fáticas – para cumprir adequadamente o dever emanado do sistema normativo; do contrário, não poderá ser responsabilizado.

A inclusão desse elemento como necessário à configuração da responsabilidade significa retomar o elemento "culpa", encarando o regime de responsabilização como subjetivo. Isso porque, caso o Estado não tenha podido agir, não teve culpa em relação ao dano, e então estaria justificada a exoneração do seu dever de reparar o dano. Nessa linha, estar-se ia aceitando a "reserva do possível"[74] como causa exonerativa das obrigações do Estado: o dever de agir só se imporia quando as condições financeiras e fáticas permitissem a atuação estatal.

Aceitar esse requisito importaria admitir a responsabilidade subjetiva, já que objetivar a responsabilidade implica tornar irrelevante a existência de culpa ou dolo, ou seja, é desconsiderar se há negligência, imperícia ou imprudência na conduta. E levar em conta a *possibilidade material de agir* como um fator determinante significa analisar se, no caso de omissão, houve negligência (se o Estado poderia ter agido e não agiu, foi negligente).

---

[73] GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración.**.. *Op. Cit.*, p. 107; 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. p. 119; MORA ESPINOZA, Álvaro Enrique. **El deber de hacer de la Administración**: supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional. San José: IJSA, 2009. p. 72.

[74] Sobre o tema, ver PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira:** entre constitucionalismo e democracia. 2009. 277 fls. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Discorda-se, aqui, de tal exigência, seja como pressuposto para configurar a responsabilidade do Estado em casos de omissão, seja para utilizá-lo como excludente da responsabilidade, como parece ser a posição de Juarez Freitas[75] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.[76] Com o respeito devido aos doutrinadores, o entendimento não merece concordância, eis que acolhe a "reserva do possível" como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais. Seguindo tal raciocínio, poder-se-ia concluir que os direitos fundamentais devem ser realizados pelo Poder Público na medida do financeiramente possível, de sorte que, se não houver recursos disponíveis, justifica-se a violação de tais direitos pela omissão estatal. Ou seja: o Estado só estaria obrigado a atender as imposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais se isso não comprometesse em demasia os cofres públicos.

A ideia resultaria em admitir, por exemplo, que os hospitais públicos não estão sujeitos ao atendimento do direito fundamental à saúde – ignorando a literalidade dos artigos 6º e 195 da Constituição Federal – quando a demanda for excessiva, nem reparar os danos decorrentes dessa omissão. Olvida-se, com isso, do dever de diligência na realização otimizada e maximizada dos comandos constitucionais, desdobramento inequívoco do princípio constitucional da eficiência administrativa.[77] Assim, concorda-se com Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem a "reserva do possível" não pode encontrar acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, sequer como excludente ou atenuante da responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão.[78]

Entender de forma diversa conduziria à negação do caráter normativo do princípio constitucional da eficiência administrativa, o qual impõe ao Estado a obrigação de realizar fielmente o interesse público plasmado no Direito positivo, mormente no que tange à efetivação dos direitos fundamentais. A materialização de tais direitos através da atividade administrativa retrata exigência não apenas do princípio da eficiência (artigo 37, *caput*, CF), como também da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, prevista no artigo 5º, § 1º da CF. Esse dispositivo, combinado com o princípio da eficiência, tem por escopo obrigar a Administração Pública a promover com a máxima presteza os serviços necessários à satisfação das necessidades mais essenciais do cidadão, imprescindíveis para a concretização do princípio fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

O que é preciso esclarecer é que, de fato, a reserva do possível pode ser invocada como fator limitativo da tutela de direitos fundamentais sociais no que diz respeito aos *espaços não normatizados*. As prestações que já foram asseguradas expressamente pela Constituição, pelas leis ou por atos administrativos normativos (*v.g.*, Relação Nacional de Medicamentos), ou que não estejam expressamente previstas mas integrem o direito ao mínimo existencial, são prontamente exigíveis. É

---

[75] FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178.

[76] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**... *Op. Cit.,* p. 710.

[77] GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa... *Op. Cit.*, p. 255-256.

[78] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 243.

evidente que pode ocorrer de, no caso concreto, a Administração não ter recursos financeiros para fazer frente a essas pretensões jurídicas de contornos concretos expressamente asseguradas no sistema normativo. Em tais casos, pode ser que o ente administrativo, sob o ponto de vista fático, não tenha alternativa senão violar o direito. Esse fato não elide o seu dever de atender o direito fundamental e o respectivo dever de indenizar. Ele continua sendo *antijurídico*, embora não seja *culpável*.

Não cabe a crítica no sentido de que isso converteria o Estado em um "segurador universal". Afinal, não se está exigindo do Poder Público que ele proteja o cidadão contra toda e qualquer intempérie da vida, mantendo-o vivo, saudável e seguro cem por cento do tempo. O que se reclama é que o Estado *cumpra com as decisões políticas tomadas pelos representantes do povo a respeito da alocação de recursos públicos.* Quando se fala em pretensões jurídicas jusfundamentais que estão explicitas no texto constitucional, nas leis ou em atos administrativos normativos, já se saiu do plano da abstração. Nesse campo já houve deliberação democrática nos espaços políticos institucionais, de sorte que aquelas pretensões específicas claramente garantidas pelo ordenamento jurídico já representam a decisão que resultou do processo democrático. Em relação a esses direitos fundamentais em sentido estrito – posições jurídicas – o argumento da reserva do possível é inaceitável.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1305977/MG. Relator Min. Ari Pargendler. Primeira Turma. Julgado em 09.04.2013. DJe 16.04.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1109905/PR. Relator Min. Hamilton Carvalhido. Primeira Turma. Julgado em 22.06.2010. DJe 03.08.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1197654/MG. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 01.03.2011. DJe 08.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281/MG. Relator Min. Luiz Fux. Relator p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 02.05.2006. DJ 01.06.2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0702.05.228243-2/002. Relator Des. Silas Vieira. 3ª Câmara Cível. Julgamento em 24.09.2009. Publicação da súmula em 09.10.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.05.242078-4/001. Relator Des. Eduardo Andrade. 1ª Câmara Cível. Julgamento em 12.04.2011. Publicação da súmula em 03.06.2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidad civil del Estado por omisión. **Revista argentina del régimen de la administración pública**, v. 326, Buenos Aires: RAP, 2006.

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: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos**. Interesse Público,** nº 6, Porto Alegre: Notadez, abr./jun. 2000.

CHAPUS, René. **Droit Administratif Géneral.** t. I. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998.

CHAPUS, René. **Responsabilité publique et responsabilité privée:** les influences des jurisprudences administrative et judiciaire. Paris: LGDJ, 1954.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DUEZ, Paul. **La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat).** 2. ed. Paris: Dalloz, 1938.

DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public.** Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DUPEYROUX, Henri. **Faute Personnelle et Faute du Service Public:** étude jurisprudentielle sur les responsabilités de l'Administration et de ses agents. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1922.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional,** n. 12, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: Luciano Ferraz; Fabrício Motta (Orgs.). **Direito Público Moderno.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Orgs.). **Responsabilidade Civil do Estado:** desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 34, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais:** uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits.** t. I. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1929.

LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif.** 3. ed. t. I. Paris: LGDJ, 1963. p. 609.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.

MARIENHOFF, Miguel S. **Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif.** 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

MORA ESPINOZA, Álvaro Enrique. **El deber de hacer de la Administración:** supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional. San José: IJSA, 2009.

PAILLET, Michel. **La faute du service public en droit administratif français.** Paris: LGDJ, 1980.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira:** entre o constitucionalismo e democracia. 277 fls. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciencias Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración.** 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.

RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État.** Paris: Économica, 1978.

SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SAN'ANDREA, N. **De la faute de service et de sés conséquences.** Paris: A. Pedone, 1905.

TEISSIER, Georges. **La responsabilité de la puissance publique.** Paris: Paul Dupont, 1906.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif.** t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992.

WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif.** 8. ed. Paris: Sirey, 1959.

ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado:** matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar. São Paulo: Malheiros, 2010.

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:

HACHEM, Daniel Wunder. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: UMA PROPOSTA DE RELEITURA DA TEORIA DA FAUTE DU SERVICE. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 38, abril/maio/junho de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.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 Numbe*r), 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.