

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS ATOS OMISSIVOS DE SEUS AGENTES

Priscila Gomes Meira Vieira

RESUMO

O presente trabalho busca abordar a temática da responsabilidade civil do Estado em relação aos atos omissivos de seus agentes, enfrentando a divergência doutrinária acerca da natureza da responsabilidade a ser aplicada, se subjetiva ou objetiva. Para tanto, aponta-se os principais conceitos que envolvem a responsabilidade civil, a sua evolução, as teorias que a fundamentam e a análise do instituto da responsabilidade do Estado prevista pela Constituição Federal, enfrentando, ainda, a diferenciação entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo, abordando a adoção feita pelo ordenamento jurídico pátrio. Para alguns autores, o art. 37, § 6º, Constituição Federal trata de responsabilidade objetiva apenas para os casos comissivos, para outros, o dispositivo engloba tanto os atos comissivos como omissivos. Além disso, aborda-se a posição jurisprudencial pela análise de um caso concreto na responsabilização do Estado pela ausência de prestação da saúde, esta entendida como direito fundamental, quando sobrevier dano ao administrado. A importância do tema abordado é observada na relevância social destinada ao mesmo porque, se adotada a teoria objetiva, cabe ao administrado tão somente demonstrar o dano sofrido e o nexo causal entre a atividade exercida pelo ente estatal, entretanto, se adotada a teoria subjetiva, restará ao lesado o ônus de comprovação da falta do serviço como pressuposto à responsabilização do ente público.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Teoria subjetiva. Teoria objetiva. Atos omissivos.

INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil do Estado vem sendo regulado pelas

Constituições Federais que, ao passar dos anos, evoluíram de forma a positivar, na Carta Magna de 1988, a teoria da responsabilidade objetiva prevista pelo art. 37, § 6º.

Tal norma prevê a responsabilização do ente público quando o mesmo causar dano a outrem, sendo silente quanto à necessidade de comprovação de sua culpa, o que leva à interpretação da dispensa desta para que haja responsabilidade.

Dessa forma, o presente trabalho busca pesquisar, conhecer e analisar a possibilidade de imputação ao Estado de responsabilidade pela prática de ato omissivo de seus agentes quando, obrigados pelo ordenamento jurídico a uma prestação, deixam de fazê-la, causando um dano ao administrado, seja ele de natureza patrimonial ou psicológica.

Nessa perspectiva, através do estudo da doutrina, da jurisprudência e de casos concretos, a pesquisa aqui empreendida pretende verificar se é necessária a comprovação de culpa no ato omissivo do Estado, ou se, somente a ausência do ato ao qual estava obrigado, já seria, por si só, capaz de gerar a necessidade de reparação do dano sofrido por aquele que via no ato a consecução de um direito.

Logo, esse trabalho tem por base questionamentos acerca, por exemplo, do dano causado por má-prestação (ou ausência) de serviços como a segurança pública, a saúde pública, a educação, dentre tantos outros que afetam diretamente o dia-a-dia da sociedade.

Portanto, indaga-se se há a responsabilidade do Estado por ato omissivo e, se houver, até que ponto poderia o mesmo ser responsabilizado sem que houvesse uma “indústria de indenizações”.

1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA

- **Conceito**

O Direito presta-se a tutelar direitos, sejam eles difusos, como o direito ao meio ambiente sadio, ou individuais, como o direito fruto de uma relação entre partes específicas, onde as mesmas pactuam um contrato de compra e venda, por exemplo.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho:

[...] a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa [...]. Alguns desses deveres atingem a todos indistintamente, como no caso dos direitos absolutos; outros, nos direitos relativos, atingem a pessoa ou pessoas determinadas. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 1-2)

Uma das formas pelas quais se afigura essa proteção é a proibição de condutas comissivas ou omissivas ilícitas, capazes de ofender direito de outrem. Dessa forma, surgirá a responsabilidade civil, a qual tem a função de reparar o dano causado em virtude da prática de um ato ilícito, o qual é vedado pelo ordenamento jurídico.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves:

As obrigações derivadas dos “atos ilícitos” são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. A obrigação que, em consequência surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. (GONÇALVES, 2007, p. 2)

A responsabilidade civil ocorre, por exemplo, quando um plano de saúde, estando obrigado por uma relação contratual a custear uma cirurgia, negar-se a realizá-la, vindo o paciente a falecer. Ocorrerá, também, a responsabilidade pelo dano causado quando um motorista de ônibus colide com um veículo que trafega na rua, causando um dano ao proprietário deste.

Nesses dois casos, houve um dano decorrente da prática de um ato vedado pelo ordenamento jurídico, seja em virtude de contrato (exemplo do plano de saúde), seja em virtude de lei (exemplo do motorista).

Entretanto, a responsabilidade civil se configura de maneira diferente nos casos citados. No primeiro deles, a responsabilidade é subjetiva, no segundo, a responsabilidade é objetiva. A diferença entre esses tipos de responsabilidade passará a ser analisada a seguir.

- **Diferenças entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva**

A responsabilidade civil subjetiva caracteriza-se, basicamente, pela presença da culpa do agente quando ocorrer um dano decorrente da prática do ato ilícito. Esse tipo de responsabilidade tem como requisitos: a) o nexo causal; b) o dano; c) a conduta.

O Código Civil adota a teoria clássica da culpa, qual seja a regra da responsabilidade civil subjetiva, estabelecendo seus pressupostos no art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

Portanto, para o artigo citado, é essencial à configuração do ato ilícito que o agente tenha, voluntariamente, agido de forma comissiva ou omissiva, negligente ou imprudente.

Afirma Cavalieri Filho:

O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17)

É o caso, por exemplo, daquele que, realizando uma obra em sua residência, imprudentemente deixa cair um tijolo em um carro estacionado na rua, amassando a lataria do veículo. Aqui, o agente praticou uma conduta comissiva e imprudente, o que caracteriza a culpa, causando um dano a outrem, o qual repercutirá em seu patrimônio, decorrente da conduta praticada, ou seja, havendo nexo de causalidade.

Ocorre que, pelos avanços tecnológicos e industriais trazidos pela modernidade, a teoria clássica não pode ser aplicada a todos os casos, quando não há como ser comprovada a culpa de um agente ou quando o exercício de uma atividade possa, por si só, pôr em risco a integridade de outros. É o que ensina Sérgio Cavalieri:

Por essa concepção, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não

podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. (CAVALIERI FILHO 2012, p. 18)

Surge, então, a responsabilidade civil objetiva, caracterizando-se pela ausência da necessidade de comprovação da culpa para que o ato ilícito esteja configurado, bastando, para tanto, a ocorrência do dano decorrente de uma conduta, ferindo direito de outrem.

É o que ocorre com o exemplo citado do motorista de ônibus que colide com outro veículo. Neste caso, o proprietário do veículo lesado tem direito à reparação dos danos causados independentemente de ter havido culpa do motorista, sendo indiferente a sua existência.

A lei prevê casos em que a culpa é dispensável para que haja a reparação do dano, como é previsto pelo art. 927, parágrafo único do Código Civil:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

A última parte do parágrafo único traz a teoria do risco como excludente da culpa para configuração da necessidade de reparar o dano. Para essa teoria, existem atividades que, por sua própria natureza, podem causar danos, não sendo necessária a presença de culpa em razão de o agente ter assumido o risco com a prática de sua atividade. É o caso do exemplo citado, o transportador.

Ensina Gonçalves sobre a teoria do risco:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como o “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem

indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (GONÇALVES, 2007, p. 22)

Entretanto, existem duas teorias que divergem da teoria do risco para tentar explicar a responsabilidade objetiva do Estado, são elas a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo, as quais serão analisadas a seguir.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ADMINISTRADOR

2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil estatal

O regime de responsabilidade jurídica do Estado nem sempre foi igual ao que se conhece hoje. Este regime sofreu influências, principalmente, do Direito Francês, evoluindo da teoria da irresponsabilidade à teoria da responsabilidade objetiva.

Durante o período do absolutismo, o monarca era tratado como Deus, não padecendo, portanto, de erros cometidos pelos humanos normais, logo, marcaram esse período o uso de expressões como “o Estado sou eu” ou “o rei não erra”.

Não cometendo erros, não poderia o rei ser responsabilizado por atos de sua administração ou realizados por seus agentes. Se alguém fosse prejudicado pelo cometimento de ato ilícito, portanto, deveria responsabilizar o próprio funcionário do rei, vigorando a teoria da irresponsabilidade.

Com o advento da Revolução Francesa, o poder absolutista foi superado, submetendo-se o Estado às regras por ele criadas. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

A teoria da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947 e pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes. (MEIRELLES, 2011, p. 698)

Nasce, portanto, a teoria da responsabilidade subjetiva ou concepção

civilista, havendo a necessidade de comprovação da culpa *lato sensu* para gerar o dever de indenizar do Estado. Dessa forma, se restasse configurada a culpa do funcionário que praticou o ato, o Estado seria responsável pelo ressarcimento do dano.

Carvalho Filho aborda a diferenciação dos atos de gestão e de império para que restasse caracterizada a culpa do Estado na concepção civilista:

[...] procurava-se distinguir, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 545)

No final do século XIX, ainda dentro da concepção civilista, surgiu a teoria da falta do serviço ou da culpa anônima, que enseja a responsabilidade subjetiva quando se verificar que o serviço ao qual o Estado está obrigado a fornecer não é prestado, ou é prestado de maneira precária, ou, ainda, é prestado tardiamente.

Assim, configura-se a falta do serviço, por exemplo, quando um paciente, necessitando urgentemente de internação e cuidados médicos em virtude de moléstia grave, é internado em leito no corredor do hospital, falecendo em virtude da precariedade na prestação do serviço público.

A aplicação da teoria da falta do serviço marcou uma transição para a responsabilidade estatal na forma hoje aplicada, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ocorre a culpa do serviço ou falta de serviço quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Essa é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva. (MELLO, 2013, p. 1019)

A Constituição Federal de 1988 adota a responsabilidade civil objetiva para atos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, estabelecendo-a em seu art. 37, § 6º, *in verbis*:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

Gonçalves observa que:

[...] a teoria do risco, sem qualificações, conduz necessariamente à responsabilidade objetiva em sua plenitude, com a dispensa de qualquer pressuposto de falha do serviço, ou culpa anônima da administração, na verificação do evento danoso. (GONÇALVES, 2007, p. 185)

Assim, a responsabilidade civil, na sua última fase de evolução, prescinde da configuração da culpa para que o ente público seja responsabilizado pelo dano causado. De acordo com Cavalieri:

[...] Chegou-se a essa posição com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelo seu ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa. (CAVALIERI, 2012, p. 256)

Partilha do mesmo entendimento Hely Lopes Meirelles (2011, p. 698) que considera não ser possível a equiparação do Estado ao particular visto que aquele é revestido de poder e privilégios administrativos, enquanto este não tem autoridade ou prerrogativas públicas.

Não se afigura equânime, pois, que um único erário suporte os encargos do erro da administração pública, devendo ser dividido entre os demais, razões pelas quais a própria democracia estabelece a máxima “governo de todos e para todos”.

2.2 Teorias acerca da responsabilidade do estado

Como fundamento à responsabilidade objetiva, a doutrina concebe duas

teorias que procuram disciplinar a responsabilidade do Estado, são elas a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo.

A teoria do risco administrativo admite as de excludentes de ilicitude como forma de atenuar a indenização devida pelo ente público nos casos em que houver participação parcial da vítima no evento danoso ou para, até mesmo, julgá-lo irresponsável pelo evento ocorrido em virtude da participação total daquela para a ocorrência do dano.

Ensina Hely Lopes Meirelles:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. [...]

O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946. (MEIRELLES, 2011, p. 699)

Defende a teoria do risco integral, diferentemente, a não admissão de excludentes de ilicitude para minoração ou inexistência da responsabilidade estatal. Ou seja, independentemente da participação ou não da vítima para a ocorrência do evento danoso, o Estado sempre será responsabilizado. Aduz Carvalho Filho (2012, p. 547): “Já no risco integral, a responsabilidade sequer depende do nexos causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima”.

No Brasil, a teoria adotada é a do risco administrativo, posto que o Estado não pode nem deve suportar o pagamento de indenizações quando a vítima concorrer total ou parcialmente para a ocorrência do dano. Esse é o entendimento que se infere do texto constitucional em seu art. 37, § 6º, conforme ensina Cavalieri:

O exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. A expressão seus agentes, nessa qualidade, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral [...]. (CAVALIERI, 2012, p. 260)

Entretanto, há casos em que, por exercer uma atividade de risco, onde a

prestação do serviço deve prestar-se de forma perfeita, o Estado submete-se à teoria do risco integral, não interessando a participação da vítima, sendo inadmissível a excludente de ilicitude. São os casos, por exemplo, da posse e guarda de materiais radioativos, a posse e uso de armas exclusivas das forças armadas e a posse e prisão de terroristas. Nestes casos, mesmo a culpa exclusiva da vítima não impede a responsabilização do Estado na ocorrência de um dano.

Por fim, o autor Carvalho Filho aborda a existência de uma terceira teoria, qual seja a do risco social, não coadunando, entretanto, com a sua aceção:

Em tempos atuais, tem-se desenvolvido a teoria do risco social, segundo a qual o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos – sempre com o intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação pelo dano sofrido. A referida teoria, no fundo, constitui mero aspecto específico da teoria do risco integral, sendo que para alguns autores é para onde se encaminha a responsabilidade civil do Estado: seria este responsável mesmo se os danos não lhe forem imputáveis. Em nosso entender, porém, tal caráter genérico da responsabilidade poderia provocar grande insegurança e graves agressões ao erário, prejudicando em última análise os próprios contribuintes. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 547)

Aduz o autor, ainda, que a responsabilidade objetiva baseia-se na justiça social na medida em que busca atenuar as dificuldades geradas ao indivíduo em razão de condutas estatais.

• **ANÁLISE DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Como anteriormente citado, o art. 37, § 6º da Constituição Federal normatiza a responsabilidade civil objetiva do Estado para os atos que seus agentes, nessa qualidade, cometam.

A doutrina, regra geral, é unânime ao afirmar que as condutas comissivas praticadas pelos entes estatais deverão seguir a regra da responsabilidade objetiva, ou seja, para que haja a responsabilização destes, é desnecessária a comprovação de culpa.

Entretanto, há divergência doutrinária e jurisprudencial no que se referem

às condutas omissivas do Estado, alguns defendendo a responsabilização objetiva e outros a subjetiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que, em relação aos atos omissivos, a responsabilidade será sempre subjetiva visto que seria impossível responsabilizar o Estado por atos praticados por terceiros, assim, só deveria estar obrigado a reparar o dano por omissão se houvesse descumprido norma legal que lhe foi imposta, agindo, portanto, com culpa, caracterizada pela imprudência, negligência ou imperícia, ou com dolo (2013, p. 1029).

Aduz Bandeira de Mello:

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre a ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-lo do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. [...] Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível. (MELLO, 2013, p. 1029)

Ressalta a ausência de especificidade da expressão “padrão legal exigível”, afirmando que o padrão de eficiência do serviço prestado pelo Estado deve levar em conta o meio social, o estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época (2013, p. 1030).

Dessa forma, para Bandeira de Mello, a análise do que seria omissão ou má prestação do serviço deve levar em consideração a capacidade do Estado de responder pela exigência legal de forma a não causar danos, apurando-se os fatores indicados acima.

Logo, em casos de omissão estatal no fornecimento de medicamentos, por exemplo, não se pode desconsiderar a possibilidade do Estado fornecer a droga sem desfalque no orçamento de outros serviços aos quais é obrigado, a sua disponibilidade no mercado, a sua relevância para o tratamento, dentre outros.

Entendimento diverso é expresso por José dos Santos Carvalho Filho ao

tratar sobre as omissões genéricas do ente administrador:

Ouvem-se, de quando em vez, algumas vozes que se levantam para sustentar a responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas a ele imputadas. Tais vozes se tornam mais usuais na medida em que se revela a ineficiência do Poder Público para atender a certas demandas sociais. A solução, porém, não pode ter ranços de passionalismo, mas, ao contrário, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica. Não há dúvida de que o Estado é omisso no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carências nos setores da educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção à maternidade e à infância, previdência social, enfim em todos os direitos sociais (previstos, aliás, no art. 6º da CF). Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes. É que tantas artimanhas comete o Poder Público na administração do interesse público, que a sociedade começa a indignar-se e impacientar-se com as referidas lacunas. É compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita. Deve, pois, separar-se o sentimento emocional das soluções jurídicas: são estas que o Direito contempla. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 563)

Ocorre que, seguindo-se o posicionamento acima referido, a ofensa a princípios constitucionais e garantias fundamentais seria inevitável. Os direitos sociais referidos pelo autor e positivados pela Constituição Federal como garantias fundamentais inerentes a todos os seres humanos seriam letra morta da lei se inexistisse mecanismo apto a efetivá-los, seja por meio da obrigação de prestá-los imputada ao Estado, seja por meio da reparação que deve advir quando ocorra omissão do Poder Público.

A obrigação do Estado de reparar o dano que advenha de omissão não se subsume no mero apelo popular em razão de ineficiência do Estado, mas como perpetuação dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

Sergio Cavalieri Filho explica que a responsabilidade quanto às omissões genéricas é subjetiva, já para as omissões específicas, seria objetiva:

Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira

da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada de não impedimento do resultado. Nesse segundo caso, haverá responsabilidade objetiva do Estado. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 261)

Entendimento diverso é o adotado por Hely Lopes Meirelles, que entende ser objetiva a responsabilidade do Estado em casos comissivos ou omissivos:

[...] incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade. (MEIRELLES, 2011, p. 704)

Dá, portanto, interpretação doutrinária diversa ao art. 37, § 6º da Constituição Federal. Aqueles que adotam a tese da responsabilidade subjetiva em relação aos atos omissivos fundamentam sua posição na teoria francesa da *faute du service* ou falta do serviço, a qual será explanada a seguir.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA FAUTE DU SERVICE OU CULPA ANÔNIMA

Como relatado anteriormente, a teoria da falta do serviço marcou a transição histórica entre a teoria da responsabilidade subjetiva e a adoção da responsabilidade objetiva. Entretanto, para alguns autores, a falta do serviço ainda está presente para fundamentar a responsabilidade pelos atos omissos do ente público.

Assim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1031), a responsabilidade objetiva para os casos em que o serviço não funcionou levaria a absurdos visto que o Estado poderia ser responsabilizado pelas diversas situações,

como um “assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público [...]. A admitir-se a responsabilidade objetiva nessas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal!”

Admite-se, portanto, que para ser condenado a reparar o dano causado, o Estado deve ter agido com imprudência, negligência ou imperícia, permitindo, por omissão sua, que o dano viesse a ocorrer, seja porque permitiu que o resultado ocorresse (culpa), seja porque desejou a produção do resultado (dolo).

Entretanto, há casos em que a simples falta do serviço não pode ser caracterizada pela sua difícil comprovação que, enquanto subjetiva, deve ser comprovada pelo lesado. Assim, admite o autor uma presunção de culpa na falta do serviço:

Outro fator que há de ter concorrido para robustecer esse engano é a circunstância de que na responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida uma presunção de culpa, pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente. (MELLO, 2013, p. 1020)

Coaduna com esse entendimento Sergio Cavalieri Filho:

Convém, ainda, registrar que em inúmeros casos de responsabilidade pela falta do serviço admite-se a presunção de culpa em face da extrema dificuldade, às vezes intransponível, de se demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, casos em que se transfere para o Estado o ônus de provar que o serviço funcionou regularmente, de forma normal e correta, sem o que não conseguirá elidir a presunção e afastar a sua responsabilidade. (CAVALIERI, 2012, p. 256)

Portanto, entende-se que, operando abaixo dos padrões legais, o Estado tem a sua culpa presumida na ocorrência de dano. Logo, resta saber quais são os padrões legais exigíveis para a prestação dos serviços à sociedade, é o que será analisado a seguir.

5 A RESPONSABILIDADE PELA AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DA SAÚDE

Ensina Paula Frassinetti Mattos acerca da responsabilidade civil como forma de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais:

A reflexão se dirige aos efeitos que os direitos fundamentais promovem nos deveres, suas respectivas balizas de sustentação, na convicção de que ao vigor da importância dos direitos fundamentais deve corresponder a grandeza de uma estrutura capaz de fazê-los valer, com a capacidade de impor o atendimento dos deveres fundamentais que lhe anteparam.

Como dever jurídico que é, a responsabilidade civil constitui elemento dessa estrutura, e participa do processo reestruturador, pelo que cabe revisá-la diante dessa nova perspectiva, atenta aos sinais que vêm sendo dados à necessidade do ajuste ordinatório da proteção dos direitos humanos, indicando mudanças paradigmáticas. (MATTOS, 2012, p. 68-69)

A Constituição Federal enumera vários direitos fundamentais que deverão ser velados pela sociedade em conjunto com o ente público. O direito fundamental à saúde situa-se no capítulo dos direitos sociais, art. 6º.

Ocorre que o Estado, por diversas vezes, em virtude das múltiplas obrigações que lhe são atribuídas, ou da falta de dinheiro público para despender gastos, ou, ainda, em razão de sua inércia, deixa de prestar adequadamente o serviço ao qual está obrigado, ou o presta de maneira inadequada ou tardia. Quando o faz em relação à saúde, as consequências podem ser as mais desastrosas visto que as situações são, muitas vezes, urgentes e graves.

Em virtude disso, a jurisprudência tem-se posicionado de forma a obrigar o Estado à prestação do serviço fundamental, responsabilizando-o quando a falta do serviço cause dano ao administrado.

O processo nº 1632961-28.2011.8.19.0004, em grau de recurso perante a 20ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, retrata a obrigação imposta ao Estado pelo Poder Judiciário no que se refere ao fornecimento de medicamentos e a reparação pelos danos causados em razão de sua omissão.

Trata-se de ação de fazer e indenizatória proposta por Georgina Figueira dos Santos em face do Estado do Rio de Janeiro como fito de obrigá-lo a realizar a transferência da paciente para que esta possa ser submetida à cirurgia

laparoscópica para retirada de cálculo ureteral tendo em vista que o hospital onde se encontra não realiza esse tipo de procedimento. Requer a autora, ainda, a condenação do Estado em danos morais em razão da demora para realização do procedimento e, a cada dia que passa, seu quadro é agravado e aumentam as chances de perda da função renal.

Foi concedida a medida liminar inicialmente em decisão interlocutória que admite a presença do risco da demora e de prova inequívoca dos fatos alegados.

Ao julgar a ação, o juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de São Gonçalo acolheu o pedido da autora e ratificou a decisão liminar proferida, condenando o réu ao pagamento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de indenização por danos morais.

Irresignado com a decisão prolatada, o Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso de Apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, requerendo a reforma da decisão proferida e alegando, no mérito, que a sua responsabilidade por ato omissivo é subjetiva e não restou comprovada a ocorrência de sua culpa.

Entretanto, o acórdão proferido pela 20ª Câmara Cível, em apreciação da Apelação, admitiu o recurso interposto para julgar-lhe parcialmente procedente apenas para reduzir o valor do *quantum* indenizatório para R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

Entende a relatora do caso, Des. Marília de Castro Neves Vieira (p. 123), que os transtornos pelos quais a autora passou não se limitam a meros aborrecimentos do cotidiano, afirmando a o caráter de responsabilidade civil objetiva do Estado em razão da teoria do risco administrativo, *in verbis*:

Ademais, verifica-se que todos os transtornos experimentados pela autora, em relação ao atendimento recebido, em especial por se tratar de pessoa idosa, tendo ficado por mais de 20 dias internada aguardando a intervenção cirúrgica de que necessitava, o que somente ocorreu com o deferimento da liminar para que o Estado providenciasse a transferência para outro hospital, transcendem aos meros aborrecimentos, configurando dano moral, por ofensa aos chamados direitos da personalidade, o que merece reparo.

Ressalte-se que a responsabilidade, no caso, é objetiva, pela teoria do risco administrativo (art. 37, §6º, da CF), e não subjetiva, como

pretende fazer crer o recorrente, pois a autora já se encontrava internada no Hospital Estadual Azevedo Lima, Niterói, em situação que há nítida omissão específica, pois o Estado está na posição de garantidor. (TJ-RJ; Apelação cível nº 1632961-28.2011.8.19.0004; Vigésima Câmara Cível; Rel. Des. de Castro Neves Vieira; Julg. 27/1/2013; DJERJ 09/12/2013)

A situação em apreço demonstra que a obrigação imposta ao Estado de transferência da paciente para a realização da cirurgia foi medida por demais acertada visto que, se tomada decisão diversa, o dano ocasionado à saúde da paciente poderia ser irreversível.

Além disso, também se torna coerente, com a aplicação da responsabilidade objetiva, a fixação de reparação dos danos causados à paciente em virtude da demora no tratamento a que deveria ser submetida, situação que se mostra ainda mais grave em virtude da idade avançada desta.

De acordo com a desembargadora relatora, a responsabilidade objetiva prevista pelo art. 37, § 6º, CF dispensa a necessidade de comprovação de culpa para que haja a obrigação de indenizar. Entretanto, no caso em riste, verifica-se um dos requisitos para a ocorrência da falta do serviço, qual seja a demora, por parte do Estado, no cumprimento da obrigação.

Outro julgado, desta vez do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, também admite que a responsabilidade do Estado em relação aos seus atos omissivos seja objetiva tendo em vista a interpretação do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Segue assim ementado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATO OMISSIVO. RISCO ADMINISTRATIVO. MORTE POR INFECÇÃO CONTRAÍDA EM HOSPITAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES DO NEXO DE CAUSALIDADE OU ETIOLÓGICO. DANOS MORAIS. AFRONTA À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DECORRENTE DA PERDA DE ENTE QUERIDO. COMPENSAÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS. INDENIZAÇÃO. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. CONTRIBUIÇÃO PARA A ECONOMIA FAMILIAR. PRESUNÇÃO. PENSÃO. PARÂMETROS JURISPRUDENCIAIS. ADEQUAÇÃO EM RAZÃO DA CULTURA DE PRECEDENTES. - Na espécie, os recorridos, pai e filha, buscaram a responsabilização civil do Estado do Ceará ao argumento de que a esposa/mãe falecera em razão da infecção hospitalar contraída no âmbito do Hospital César Cals. A sentença impugnada julgou procedente o pedido e condenou o mencionado ente à compensação, por danos morais, no valor de R\$ 100.000,00

(cem mil reais) e, quanto à indenização por danos patrimoniais, ao pagamento de uma pensão no valor de 1 (um) salário mínimo até a idade de 70 (setenta) anos. - A expressão causarem, constante do § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, não se destina a significar uma conduta ativa, e, por consequência, a limitar a responsabilidade objetiva a tais comportamento. Na realidade, o indicado signo refere-se à relação de causalidade entre a conduta estatal, seja ela qual for, e o dano sofrido pela vítima. Noutras palavras, é de reconhecer-se a responsabilidade objetiva estatal também em face dos atos omissivos. Onde o legislador não distinguiu, não é dado ao intérprete fazê-lo. Doutrina. - O Brasil, efetivamente, não adota a teoria do risco integral, segundo a qual se proclama a responsabilidade do Estado em qualquer hipótese, não se admitindo a oposição da existência de causas excludentes do nexó etiológico. Na realidade, desde 1946, tem-se que, presente o instituto da responsabilidade estatal, vige a teoria do risco administrativo, cujo fundamento é a igualdade de todos perante os encargos públicos e admite aquelas objeções. Na espécie, no entanto, nada há que rompa tal relação causal. [...] (TJ-CE; Apelação cível nº 1669954200580600000; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Vera Lúcia Correia Lima; DJETJ 16/03/2010)

De acordo com a 4ª Câmara Cível do Tribunal de justiça do Estado do Ceará, o art. 37, § 6º da Constituição não fez ressalvas em relação às omissões estatais, logo, não haveriam de existir regulamentações distintas para atos comissivos e omissivos.

Dessa forma, houve por bem condenar o Estado do Ceará ao pagamento de indenização por danos morais e materiais à família da paciente que veio a óbito por ter contraído infecção hospitalar em um hospital público de responsabilidade do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde-se perceber, com o estudo aqui realizado, a presença de uma linha tênue em relação à natureza da responsabilidade civil do Estado quanto aos atos omissivos de seus agentes, ocasionando as divergências doutrinárias que puderam ser percebidas ao longo do trabalho.

Muitas vezes, como nos casos concretos aqui relatados, a responsabilidade objetiva e a falta do serviço (responsabilidade subjetiva) se

confundem.

Verificou-se, portanto, a necessidade de delineamento das barreiras do caso concreto, efetuando-se um estudo aprofundado do dano ocorrido, dos padrões exigíveis do Estado e da resposta esperada pela população em defesa dos direitos fundamentais para que possa ser definida, com mais acerto, a natureza jurídica da responsabilidade a ser aplicada.

Inegável é, entretanto, o papel essencial da responsabilidade do Estado como meio de proteção e efetivação dos direitos fundamentais positivados pela Carta Magna, seja comprovando a sua culpa ou não, desde que o administrado tenha meios efetivos de reparar o injusto dano a ele ocasionado.

CIVIL LIABILITY OF STATE IN RELATION TO THE OMISSIVE ACTS OF ITS AGENTS

ABSTRACT

The present article seeks to address the issue of civil liability of the State in respect of omissive acts of its agents. Therefore, the main concepts involving liability, its evolution, theories for the decision and the analysis of the State's responsibility provided by the Constitution are pointed out, facing also the distinction between the theory of integral risk and the theory of administrative risk, addressing the adoption made by the Brazilian legal system. For some authors, the art. 37, § 6 of the Federal Constitution comes to strict liability only for commissive cases, for others, the article encompasses both the commissive acts as omissive acts. The article also discusses the jurisprudence by examining a case in the accountability of the State by the lack of provision of public health, understood this as a fundamental right when the administered suffer damage. The importance of the issue addressed is observed in social relevance aimed at the same since, if adopted the objective theory, the administered need only to demonstrate the damage suffered and the causal link between the activity carried out by the state entity, however, if adopted a subjective theory, remain the victim the burden of proof of lack of service as a prerequisite for accountability of the public entity.

Keywords: State civil liability. Subjective theory. Objective theory. Omissive acts.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Apelação Cível nº 1669954200580600000**, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Fortaleza, CE, 16 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/>>. Acesso em: 8 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação cível nº 1632961-28.2011.8.19.0004**, da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ, 9 dez. 2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 8 nov. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade Civil: dever jurídico fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.