

A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DOS ANSEIOS SOCIAIS FRENTE À OMISSÃO ESTATAL

Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira*

RESUMO

O homem é um ser social, e, como tal, necessita coexistir com seus semelhantes. O convívio pacífico entre os homens só é possível com a interferência do Estado, ente dotado de uma capacidade administrativa e titular do *jus puniendi*. Porém, é possível que a Administração Pública cause danos aos administrados ao atuar, ficando obrigada a ressarcir o particular. Há duas modalidades de responsabilização civil, a subjetiva, que necessita da prova de culpa do agente para ser caracterizada, e a objetiva, a qual somente é preciso que se demonstre o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado. A Constituição Brasileira adota a teoria do risco administrativo, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado, mas a doutrina entra em conflito na discussão de danos provenientes da omissão estatal. Seria a conduta omissiva do Estado também alvo da responsabilidade objetiva? Parte da doutrina entende que seria subjetiva, mas haveria uma inversão do ônus da prova, sendo o Estado presumidamente culpado por tais danos. Outra vertente entende que a responsabilidade é objetiva, devendo haver uma omissão específica estatal para que seja configurada a possibilidade de ressarcimento. A Jurisprudência tende à objetivação da responsabilidade do Estado, que se faz necessária, ao passo que existe um enorme desrespeito aos preceitos constitucionais existentes em nosso ordenamento. Faz-se necessário que o Estado se volte para sua finalidade, prevista desde tempos remotos pelos filósofos antigos: buscar o bem social.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Omissão estatal. Jurisprudência. Preceitos constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

O homem tem sua vida regida pelo Estado a que se liga, devendo abrir mão de certos direitos. Tal regência se faz necessária para que as pessoas possam viver de forma pacífica, sem que entrem em um estado de natureza de todos contra todos.

Porém, é possível que o Estado, esse administrador da vida pública e garantidor da paz, cause danos provenientes de suas ações ou omissões, e que, por isso, tenha que se submeter às regras de reparação de danos. É notório, todavia, que a Administração Pública está em um patamar de superioridade em relação ao simples particular e que, nos casos em que originar danos a este,

* Acadêmico do 10º Semestre do Centro Universitário UniChristus.

deverá, em respeito ao princípio da isonomia, ser tratada de forma desigual para que se iguale a quem sofreu o dano.

O objetivo deste artigo é analisar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais existentes no âmbito da responsabilidade civil do Estado por seus atos, com ênfase nos danos resultantes de sua omissão. Serão trabalhadas as teorias doutrinárias existentes e o pensamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, levando em consideração a realidade social brasileira.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O homem é um ser social, e não é possível que se desenvolva fora da sociedade. Segundo Paulo Nader, “É na sociedade que o homem encontra o ambiente propício ao seu desenvolvimento”(NADER, 2008, p. 24). Nesse sentido, vê-se que o ser humano não existe para desenvolver-se isoladamente, mas sim para coexistir com seus similares de forma a aprimorar suas capacidades e perpetuar sua espécie. É com o auxílio de seus iguais que os homens conseguem trabalhar nas ideias que surgem em suas mentes, e, dessa forma, colaborar entre si para coexistir com a natureza que os cerca e até dominá-la.

Porém, a ideia da vida em sociedade, de forma ordenada e pacífica, não é alcançável se não há um ente capaz de controlar os ânimos e as ambições do ser humano. Há a necessidade de algo superior que limite a liberdade dos homens e evite que condutas arbitrárias sejam praticadas por estes, de modo a prejudicar a coletividade e o exercício dos direitos de cada indivíduo. Surge então, ao longo do tempo, tal figura, denominada Estado, que tem a função precípua de harmonizar os homens existentes naquele determinado ambiente de forma a melhorar sua convivência e aprimorar suas habilidades conjuntas.

Este ente aparece, então, como um regulador da vida social, e, através do Direito, dita o que é lícito e o que é ilícito às pessoas que vivem sob sua jurisdição. Surge, então, uma noção de que os danos causados por violação a direitos deveriam ser reparados, como uma forma de punir aquele que adentrou na esfera jurídica de outrem atuando lesivamente, havendo uma tentativa de minimizar as consequências do ato do agente causador do dano. A responsabilidade civil aparece no momento em que é feita uma diferenciação entre

pena e a reparação. A pena seria aplicada quando houvesse uma violação a direitos públicos, de natureza mais gravosa, enquanto a reparação deveria ocorrer quando houvesse delito privado, entre particulares, cabendo àquele que cometeu o ilícito reparar os danos. Nessa linha de pensamento preleciona Carlos Roberto Gonçalves, “O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.” (GONÇALVES, 2010, p. 37)

Porém, tal ente que rege as relações humanas, dentro de cada órgão ou pessoa jurídica, é composto por estes mesmos seres que dele necessitam, apenas com o diferencial de serem caracterizados como agentes públicos, e, dessa forma, suscetíveis estão a cometer falhas na execução de seus atos administrativos, e, quando as cometem, surgirá a necessidade de resposta, pelo próprio Estado, por tais atos.

Merece o assunto, então, tratamento diferenciado pelos operadores do Direito, com atenções a ele voltadas, por alguns simples motivos: a necessária oposição de uma limitação ao poder Estatal, para que repare os danos que cause, não se permitindo a volta às raízes do absolutismo, e, ainda, a possibilidade de conhecimento sobre danos aos quais todos, sem exceção alguma, estão sob um risco em potencial de acometimento, ao passo que se elegeu o Estado como figura acolhedora e regente de um povo.

O tema, por ser de grande complexidade e, por óbvio, envolver interesses de grandes massas políticas, empresariais e do povo como um todo, não possui pacificação doutrinária ou jurisprudencial, conforme assevera Yussef Said Cahali:

Particularmente no direito brasileiro, aceito o princípio da responsabilidade civil do Estado, ainda não se definiram satisfatoriamente os exatos parâmetros que o determinam, enquanto a chamada responsabilidade objetiva se apresenta como um lençol amorfo sob o qual se acotovelam doutrinas nem sempre conciliáveis, como a da presunção absoluta ou relativa da culpa, do risco criado, do risco-proveito, do risco administrativo, do risco integral, da falha administrativa, da socialização do ano e sua degeneração em risco-seguro. (CAHALI, 2007, p. 17)

Nesse viés, nota-se a importância de se proceder a estudos aprofundados acerca da responsabilidade estatal, tema que, conforme se delineará

neste trabalho, continua a render discussões, além de doutrinárias, como aduz Cahali (2007), também nas universidades e nos tribunais.

Durante toda a história, houve períodos de diferentes entendimentos sobre qual deveria ser o grau de responsabilidade atribuído ao Estado pelos danos causados por seus agentes a terceiros. No início, havia uma ideia de irresponsabilidade estatal, na qual o Estado não responderia pelos danos que causasse. Com a evolução dos tempos, surgiram teorias que atribuíram diferentes meios e graus de reparação devidos pelo Estado a quem este causasse dano.

Em épocas nas quais reinava o absolutismo, a vontade do déspota é que importava. Os monarcas se consideravam acima de qualquer lei e a ideia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era um obstáculo à execução de seus serviços. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 253)

Conhecida é a frase de Laferrière, traduzida por Celso Antônio Bandeira de Mello : “O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”, ou seja, admitia-se que os seres que personalizavam os entes soberanos cometessem atos arbitrários, e, por tais fatos, não precisariam compensar os que sofressem dano (MELLO, 2013, p. 1017). Por não existir um regime legal específico que diferenciasse as relações da administração com o particular, aplicando-se a legislação civil em todos os casos indistintamente, era inconcebível que fosse atribuída ao Estado uma responsabilidade que o colocaria no mesmo nível do cidadão.

Porém, o supramencionado autor afirma que não existia uma completa desproteção dos administrados, pois havia casos isolados em que a lei poderia prever a responsabilização estatal, como quando houvesse alguma previsão legal para tanto, quando o Estado, gerindo bens de cunho privado, causasse danos a estes ou, ainda, quando era a coletividade o sujeito passivo do sinistro.

Naquela época, portanto, aquele que sofria o dano teria apenas ação contra o próprio funcionário que deu causa a ele, jamais contra o Estado. Se o funcionário fosse insolvente, a ação quase sempre seria inutilizada.

O Estado, dessa forma, durante boa parte de sua existência, absteve-se de reparar os danos a que dava causa, transferindo totalmente a responsabilidade aos seus funcionários.

A irresponsabilidade estatal era a negação de um direito. Se o Estado era aquele a quem incumbia a guarda do Direito, não haveria sentido em deixar desprotegido aquele que sofreria dano causado pelo próprio Estado.

No início do século XIX começou a haver um abrandamento da teoria da irresponsabilidade estatal, até o ponto em que fora deixada completamente de lado. Verificou-se inicialmente, conforme assevera Di Pietro, que os atos da administração poderiam ser praticados em relação vertical ou horizontal, vale dizer, com ou sem as prerrogativas inerentes ao Estado. Tais atos foram chamados de atos de gestão e atos de império, conforme explicação da autora:

Eram considerados atos de império os praticados com as prerrogativas e privilégios próprios da autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular, independentemente de autorização judicial; eram regidos por um direito especial derogatório do direito comum, porque não podiam ser praticados pelo particular, já que constituíam manifestação da soberania. Os atos de gestão eram os praticados pela Administração em situação de igualdade com o particular, por dizerem respeito à conservação e desenvolvimento do patrimônio público e à gestão de seus serviços. (DI PIETRO, 2011, p. 393-432)

Dessa forma, quando a Administração Pública praticava atos de gestão, em igualdade de condições com o particular, passaram a ser adotadas as regras civilistas ordinárias, respondendo o Estado por estes atos com a justificativa de que estes não colocavam em risco a soberania da nação, sendo passíveis tais atos a esse tipo de controle.

No Direito Francês, com adoção do sistema do contencioso administrativo, que consiste em a própria Administração Pública resolver litígios que a envolvam, houve o marco inicial do reconhecimento da responsabilidade estatal, que foi o aresto *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. O caso envolvia uma menina, chamada Agnès Blanco, que fora atropelada por veículo pertencente à Companhia Nacional de Manufatura do Fumo, e, por tal acontecimento, seu pai processou o Estado aduzindo que este seria responsável pelos danos que seus agentes causassem a terceiros. Decidiu-se no caso que a jurisdição competente era a administrativa por envolver interesses Estatais e, ainda, negou-se aplicabilidade ao descrito no Código Civil, lei que deveria reger relações de cunho privado, afastando sua aplicação ao caso. O litígio

é considerado como marco, pois nele foi possível a fixação da ideia de que a responsabilidade do Estado não era nem geral, nem absoluta, mas existia.

Em um momento mais avançado, nos idos já do século XX, as últimas duas nações que adotavam a teoria da irresponsabilidade estatal, os Estados Unidos e a Inglaterra consideraram a possibilidade da responsabilização do Estado por meio do *Federal Claims Act*, em 1946, e do *Crown Proceeding Act*, em 1947, respectivamente. (CAVALIERI FILO. p. 254)

A teoria de irresponsabilização estatal, portanto, já estava completamente superada, o que fez surgirem novas teorias, estas, agora, com intuito de explicar como deveria ser regulada a reparação dos danos, em que casos poderia ela existir, e quais elementos essenciais para sua configuração.

Com o reconhecimento de que o Estado poderia ser responsabilizado pelos danos que causasse, restou aferir em que situações e de que forma isso poderia acontecer. A teoria da culpa do Estado foi elevada pela doutrina de Paul Duez, que mencionava que o lesado não precisaria identificar o agente causador do dano, o que, por vezes, poderia ser dificultoso, bastando-lhe, portanto, provar que o serviço público não funcionou a contento, sendo denominado tal fato como culpa anônima ou falta do serviço, como leciona José dos Santos Carvalho Filho:

A falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o recolhimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 546)

Assim, houve uma evolução no sistema, que culminou na subdivisão das modalidades de responsabilidade civil, a que incide a necessidade de culpa do agente, conforme explicitado por Carvalho Filho, denominada subjetiva e a que se caracteriza pela ausência de culpa, conhecida como objetiva, ambas incidindo em situações próprias, havendo, no Estado Brasileiro, conforme será adiante exposto, clara objetivação da responsabilidade Estatal. Tal responsabilidade, além do elemento culpa mencionado, possui outros para que seja caracterizada, necessitando, em um caso ou outro, a averiguação de sua presença, motivo pelo qual debruça-se agora sobre o assunto.

3 OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina e a jurisprudência comumente costumam elencar elementos que compõe a responsabilidade civil. Tem-se como conceito de elemento a unidade ou item componente de um todo que se pode separar ou conceber separada deste, mediante análise. Assim, são considerados elementos da responsabilidade civil, necessários à sua concepção: a ação ou omissão, a culpa, o dano, e, logicamente, o nexo de causalidade, que serão analisados adiante.

Primeiramente, tem-se que deverá haver por parte do agente causador do dano um ato comissivo ou omissivo contrário à ordem jurídica. A conduta humana é ato volitivo, ou seja, que decorre do livre arbítrio. Fazer referida afirmação não é o mesmo que dizer que o agente quer o resultado danoso, como poderia ser pensado à priori.

Assim, observa-se que atua o agente com culpa, em regra, esta tida em sentido lato, abrangendo condutas denominadas culposas em sentido estrito, que se subdividem em imprudentes, negligentes e imperitas, e dolosas, conforme se explicará adiante.

A culpa, segundo elemento que agora se analisa, não possui definição dada pela lei, inobstante seja fundamental para o embasamento da responsabilização de determinado agente, na maioria dos casos, posto que, conforme assevera parte da doutrina (STOCO, 2007, p. 131), a culpa passou a ser elemento acidental da responsabilidade civil com a evolução dos tempos.

O que se quer aduzir é que a responsabilidade civil, com a evolução jurisprudencial, doutrinária e até legal em certos pontos, no que pertine à ideia de culpa, passou por mudanças ao observar-se que existiam partes mais fracas na relações jurídicas formadas, necessitando-se de uma aplicação da denominada isonomia material, ou seja, o tratamento desigual a ser dado àqueles que, em certas situações, possuem certa disparidade de armas. Exemplo clássico é o do Código de Defesa do Consumidor, que adota como regra a ideia da responsabilidade civil independente de culpa do agente causador do dano. Porém, inobstante a clara evolução ocorrida, ainda se trata, em geral, a culpa como elemento essencial à responsabilidade civil.

O terceiro elemento, o dano, é tido como pressuposto central da responsabilidade civil. Consiste em uma violação ao patrimônio, à honra, aos direitos da personalidade da vítima. Tecendo comentários sobre este elemento, aduz Arnaldo Rizzardo que o dano consiste em um comportamento contrário ao jurídico mas que não emana de forma necessária de algum desrespeito à lei, sendo possível, então, que, mesmo não havendo infração, nasça o dever de indenizar. (RIZZARDO, 2007, p. 15)

Destarte, sendo violado algum direito da vítima, como os supramencionados, poderá surgir por parte do agente um dever imposto pelo ordenamento jurídico de reparar, de fazer com que a situação volte ao *status quo ante*, vale dizer, como se nunca houvesse ocorrido o referido ato danoso, embora tal obrigação, por vezes, seja impossível ou muito dificultosa, como nos casos de danos estéticos e danos de cunho exclusivamente moral.

O quarto e último elemento da responsabilidade civil, o nexo de causalidade, é entendido como o liame entre os demais elementos já tratados. A conduta praticada pelo agente deverá ser aquela capaz de causar o dano em sua esfera patrimonial ou moral, perfazendo uma relação de causa e efeito. Explicita Cavalieri que consiste em um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano, sendo, portanto, elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49)

Conforme já explanado, a culpa é elemento que nem sempre estará presente na responsabilidade civil, sendo considerado por muitos como accidental. A responsabilidade poderá, portanto, ser objetiva ou subjetiva. Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, responsabilidade subjetiva é “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto” (MELLO, 2013, p. 1019). Essa é uma concepção clássica da responsabilidade civil, e, por tal, a vítima que sofreu a lesão obterá a sua reparação somente no caso de conseguir provar que o agente agiu mediante culpa. Deverá haver também um dano e um nexo causal, o qual liga a conduta comissiva ou omissiva ao fato resultante do dano, visto que o resultado só é imputável a quem lhe deu causa.

Tal concepção é abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil, em seu artigo 927, cuja primeira parte diz: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Porém, o desenvolvimento industrial e o crescimento populacional geraram situações diante das quais o conceito tradicional de culpa deveria ser repensado. Ideias importantes vieram da Itália, Bélgica e, principalmente, da França. Os cientistas desenvolveram o raciocínio da responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na teoria do risco. Tal teoria também foi adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. Observe-se o dito no parágrafo único do art. 927 do referido dispositivo:

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, 2002)

Essa modalidade de responsabilidade civil tem uma tendência de ganhar cada vez mais espaço no ordenamento, principalmente nos casos em que se trata de lides nas quais há um lado bem mais forte do que o outro em lados opostos, como é o caso de conflitos entre o Estado e o particular. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, parágrafo 6º, dispõe:

§ 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 Federal, 1988)

O dispositivo acima foi tido como inovador, em termos de consideração da responsabilidade estatal, pois houve uma modificação em relação à Constituição anterior, tendo sido substituído o termo “funcionários” por “agentes”, o que deu uma visão mais ampla ao rol dos agentes causadores do dano, aí inclusas as empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades privadas, quando no exercício de serviços públicos e por danos causados pela execução de tal serviço. (GONÇALVES, 2010, p. 214)

Evidencia-se, também nesse dispositivo, que a Constituição Federal adotou expressamente a teoria do risco administrativo. Tal teoria fundamenta a responsabilização objetiva do Estado com o argumento de que este gera risco para seus administrados ao exercer suas atividades em prol do bem comum. Argumenta-se, portanto, que como há uma beneficiação dos administrados em

decorrência do trabalho da administração pública, eles deverão responder conjuntamente também pelos ônus provenientes dessas atividades, e, como o Estado representa todos, deve ele suportar tais ônus independentemente de culpa de seus agentes. É importante frisar que aqui não se refere à chamada teoria do risco integral, pela qual todo e qualquer dano deverá ser suportado pelo Estado.

Sobre o tema, de relevante importância para o presente estudo, é imperioso ressaltar que a teoria do risco integral, seria, portanto, uma forma extremada de atribuir uma responsabilidade pelos riscos da atividade exercida pelo ente estatal. Inobstante alguns ressaltem que haveria apenas uma variação semântica entre o risco administrativo e o risco integral, tal premissa não pode ser tomada como verdadeira. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 257)

Esclarecendo este ponto, decidiu em recente julgado a Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Vera Lúcia Lima:

A Constituição de 1988, no §6º de seu art. 37, adota a teoria do risco administrativo, segundo a qual, havendo relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano, responde a Administração pelo mesmo. A responsabilidade objetiva do Estado na culpa anônima da Administração não se estende às cegas a ponto de admitir o risco integral, já que o dano sofrido deve ser devidamente demonstrado. A responsabilização do ente público exige, para fins de indenização individualizada, a comprovação do efetivo prejuízo causado a outrem decorrente da violação de um dever jurídico. Sem a configuração do dano não há que se falar em responsabilidade civil. (Processo: 0015630-20.2006.4.02.5101; Relator(a): DES. FED. VERA LÚCIA LIMA; Julgamento: 14/12/2011; Órgão Julgador: Oitava Turma; Publicação: DEJF 10/02/2012, p. 88.)

Em suma, o referido dispositivo constitucional adotou a modalidade objetiva da responsabilidade civil e nota-se que sua *ratio legis* tem um intuito de dar máxima proteção àquele que sofreu o dano. Porém, há uma indagação fundamental que ainda é bastante discutida na doutrina e na jurisprudência. Indaga Cavalieri: “A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, refere só à conduta comissiva do Estado ou também à omissiva?” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 266) A partir de agora serão analisados os danos provenientes da omissão estatal.

4 DANOS RESULTANTES DA OMISSÃO ESTATAL: RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU SUBJETIVA?

O tema apresenta conflitos doutrinários. Entre os cientistas, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a modalidade é subjetiva, enquanto Sergio Cavalieri Filho discorda expressamente dos argumentos defendidos pelo administrativista e entende ser a responsabilidade objetiva. Porém, segundo Rui Stoco, há convergência em um ponto nos pensamentos: “Convergimos, contudo, num ponto: a omissão traduz o que se chama de *faute du service*, quando o Poder Público devia agir e não agiu; agiu mal ou tardiamente.” (STOCO, 2007, p. 1058)

Os defensores da modalidade subjetiva seguem a linha de que, ao passo que o serviço prestado pelo Estado possa não funcionar, ou funcionar tardiamente, não seria ele que causaria o dano, pois não agiu para isso. Não tendo agido, só caberia responsabilizá-lo se este tinha a obrigação de impedir a ocorrência do dano. Daí, conclui-se que a responsabilização da Administração Pública deverá ser sempre por seus comportamentos ilícitos, e, por tais atos, deve-se haver necessariamente negligência, imprudência ou imperícia, as quais são subdivisões da culpa em *stricto sensu*, ou então deverá haver um propósito deliberado de violar a norma, ou seja, o dolo. Como é sabido, culpa e dolo são justamente os elementos caracterizadores da responsabilidade subjetiva. Ensina com propriedade Celso Antônio Bandeira de Mello: “É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los.” (MELLO, 2013, p. 1031)

No desenvolver de tal raciocínio surge então a ideia seguinte: se o Estado deve buscar dar à coletividade o bem comum através de seus serviços e então alguém sofre dano proveniente de assaltos, enchentes ou algo que o valha e essa pessoa lesada resolve usar o argumento de que o serviço público não funcionou. O que aconteceria se a responsabilidade estatal nesses casos fosse objetiva? Seria então o Estado considerado um segurador universal, o que é impraticável. Pondera-se que seria cabível a responsabilização da Administração Pública em caso de policiais inertes diante de situação de perigo ou então de bombeiros que não trazem consigo material para apagar um incêndio, mas sem culpa, não há como cogitar tal responsabilidade.

Surge, então, a ideia da culpa presumida, a qual não deve ser confundida com responsabilidade objetiva. A diferenciação é possível no momento no qual se verifica que, quando há culpa presumida, o Poder Público deverá provar que em sua conduta não houve omissão dolosa ou culposa, enquanto que na responsabilidade objetiva, independente disso, deverá responder. Dessa forma, admite-se que, em casos em que haja falta de serviço do Estado, é possível que este seja presumidamente culpado, pois há uma extrema fragilidade do administrado em tais situações, sendo muito difícil a ele conseguir juntar provas de que o Estado realmente é culpado por tal evento ocorrido em virtude do mau funcionamento do serviço. Então, para o referido autor, a solução mais cabível seria a inversão do ônus da prova, em qualquer que seja a situação de falta de serviço. (MELLO, 2013, p. 1031-1032)

Nota-se, então, que se utilizou argumentos lógicos que partiram da origem do possível ato danoso estatal, até evidenciar-se a necessidade da existência da culpa pela presença de seus elementos caracterizadores. Tal método tem uma tendência de ser superado, entre outros fatores, por seu significativo teor de neutralidade axiológica, ao não verificar a realidade brasileira de danos causados pela Administração Pública.

O outro lado da doutrina vai de encontro diretamente aos defensores da responsabilidade subjetiva. Argumenta-se, aqui, que o sentido de ato ilícito não está preso à ideia de culpa, mas este seria somente a contrariedade entre a conduta praticada e o que a norma impõe. Nas palavras de Cavalieri Filho:

Por outro lado, o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no art. 186 do Código Civil. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 267)

Envereda-se, então, por um caminho oposto àquele seguido anteriormente por Bandeira de Mello. Caberá analisar, como ponto principal, as espécies de omissões praticadas pelo Estado, que podem ser genéricas ou específicas. Defende-se que a Administração Pública será responsável objetivamente somente nos casos em que for possível a verificação de omissão específica, pois a responsabilidade do Estado já é bem ampla, não sendo todo e qualquer prejuízo indenizável.

A omissão específica ocorre no momento em que o Estado, devendo agir em determinada ocasião para impedir certo evento, não o faz. Na omissão genérica, por outro lado, o Estado estaria deixando de exercer seu dever amplo de diligência para evitar resultados danosos.

Portanto, é preciso que se analise o caso concreto para saber se o fato gerador do dano foi resultante de conduta omissiva específica ou genérica do Estado.

A jurisprudência brasileira tem entendido que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange tanto condutas comissivas quanto omissivas. Porém, no caso das condutas omissivas, a abstinência deverá ser causa direta e imediata do dano, ou seja, há uma necessidade de configuração de nexos causal ininterrupto. Analisar-se-á agora dois casos jurisprudenciais com situações parecidas, mas onde o ponto chave é o nexos causal. O primeiro resta contido no RE 495740 AgR/DF, com parte da ementa transcrita abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECCIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Processo: RE 495740 AgR; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgado em 15/04/2008; DJe 13/08/2009)

No caso exposto, a funcionária de um hospital em Planaltina-DF estava em período de gestação enquanto trabalhava no berçário do determinado ambiente. Aconteceu que tal funcionária foi acometida de um citomegalovírus durante esse período servindo no berçário, o que trouxe consequências graves e irreparáveis para seu feto. O Ministério Público, ao apreciar o provimento do recurso, afirma a existência de configuração do nexos causal ao visualizar que o Estado submeteu a funcionária à situação de contágio ao deixá-la em contato com urina e sangue de recém-nascidos, e que a ela não teria sido dada a opção de

mudança de setor. Além disso, afirma-se que o Estado agravou a situação por diversas vezes por não dar nenhum tipo de acompanhamento à funcionária, nem no momento de sua gravidez, nem em exame pré-natal obrigatório.

Ao votar, o Ministro Celso de Mello foi ao encontro dos argumentos utilizados pelo Ministério Público, e, a respeito do nexo de causalidade, proferiu:

As circunstâncias do presente caso evidenciam que o nexo de causalidade material restou plenamente configurado em face do comportamento omissivo em que incidiu o Poder Público, que se absteve de promover a transferência da mãe do menor Gustavo para outro setor do Hospital Regional de Planaltina, no qual não houvesse exposição da gestante, no desempenho de seu trabalho, a agentes infecciosos. (Processo: RE 495740 AgR; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgado em 15/04/2008; DJe 13/08/2009)

Portanto, pode-se observar que houve sim uma relação entre o dano ocorrido e a omissão estatal. O resultado então foi a negação do recurso interposto pelo Estado e o mantimento da decisão favorável à mãe. Verificou-se, aqui, a omissão específica da Administração Pública, com a consequente responsabilização objetiva do Estado.

Outro caso relevante foi o julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.689, Distrito Federal, também no Supremo Tribunal Federal, também de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Tratou-se o caso de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais em face do Distrito Federal por conta do falecimento de uma criança no Hospital Regional de Taguatinga. Na hipótese, a criança ficou quatro dias internada para o tratamento de Bronquiolite, vindo a óbito, contudo, por conta do atendimento falho que lhe fora prestado e da indisponibilidade de UTI pediátrica e de aparelhagem adequada (aparelho que permitisse a respiração artificial). Procedendo à análise do caso, o Ministro Relator assim proferiu a decisão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA. CARÁTER INFRINGENTE. INADMISSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO (MORTE) PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO. PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE, INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. Não se revelam cabíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente. A pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição. Vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de,

assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. - **Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do poder público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o " eventus damni " e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do poder público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.** Precedentes. **A omissão do poder público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros.** Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do poder público nas hipóteses em que o " eventus damni " ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - **Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do poder público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido.**(grifou-se) (Processo: AI-AgR-ED 734.689; Relator(a): MIN. CELSO DE MELLO; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento em 26.06.2012, DJE de 24/08/2012)

Tal precedente é de fundamental importância justamente por delimitar elementos que permitem o delineamento da responsabilidade objetiva do Poder Público. São eles: (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o evento danoso e o comportamento Estatal, seja ele comissivo ou omissivo, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva que possa ser imputada a agente público, que, agindo nessa condição, independente da licitude da ação, cause o dano, e (d) a inexistência das causas excludentes da responsabilidade.

O Ministro, então, observando os referidos critérios, dá interpretação diferenciada ao art. 37, §6º, da Constituição Federal, ao entendendo que é possível que o Estado indenize o particular que sofreu dano, mesmo decorrente de omissão do agente público. Isso pode ser comprovado quando da simples leitura do voto do Relator, que, de forma clara e precisa, explicita:

Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, **a responsabilidade civil objetiva do Poder Público**, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, **por ação ou por omissão** (CF, art. 37, §6º) (grifou-se). (Processo: AI-AgR-ED 734.689; Relator(a): MIN. CELSO

DE MELLO; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento em 26.06.2012, DJE de 24/08/2012)

Percebe-se, portanto, que a ideia adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello no concernente à responsabilidade civil subjetiva do Estado, vem, de fato, perdendo espaço para a ideia de que é independente o aferimento de culpa para que esta possa ser caracterizada. A Suprema Corte, em casos reiterados, vem defendendo o entendimento supramencionado.

Pelo entendimento demonstrado nos casos em análise, vê-se claramente que o Pretório Excelso em relação aos eventuais danos causados pela violação dos direitos sociais, tanto por comissão como por omissão.

Diante do estudado, vê-se que é de importância singular que o operador do Direito se volte para tais casos. Defende-se a tendência atual da objetivação da responsabilidade estatal, mas afastando a ideia de segurador universal que este não deve ter em toda e qualquer situação genérica, devendo-se focar principalmente em situações que atinjam as coletividades. É mais condizente com a situação social do país que seja adotada a modalidade objetiva, de forma a preservar a Justiça a que almeja o Direito, visto que, no Brasil, os danos provenientes de atuações e também das omissões estatais são corriqueiros.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que, diante da má prestação dos serviços estatais e da condição social brasileira, é acertada a posição de parte da doutrina para que o Estado responda objetivamente pelos danos que cause, tanto na ação quanto na omissão, esta devendo ser específica. O clamor público exige que a Constituição seja seguida e seus ideais saiam de um mundo imaginário e sejam transfigurados no mundo atual, onde as pessoas lutam por melhorias. É preciso que se almeje, ou que pelo menos se tente alcançar as normas ditas “programáticas” da Constituição. Elas não estão lá sem razão alguma, estão para nortear o Estado de sua finalidade e mostrar o caminho que este deve seguir.

A Constituição deve ser interpretada em favor do destinatário a qual foi elaborada. Nossa Carta Magna atual tem, entre os títulos que recebe, o de “Constituição Cidadã”. É preciso que o Estado então rume ao bem comum de seus

cidadãos, daqueles que integram a sociedade. Interpretar o art. 37, 6º, da Constituição Federal de forma mais benéfica ao cidadão é preciso, principalmente na sociedade brasileira atual, que tanto sofre com os atos estatais. A responsabilização objetiva do Estado em todos seus atos se faz urgente, para que, então, o povo possa ver a Justiça em uma de suas formas mais claras.

THE STATE LIABILITY AS AN INSTRUMENT PROVIDER OF SOCIAL DESIRES FRONT AN OMISSIVE STATE.

ABSTRACT

Man is a social being, and, as such, needs to coexist with their equal ones. The peaceful coexistence among men is only possible with the interference of the State, which was gifted with an administrative capacity and it is owner of the punishment power. However, it is possible that the Public Administration itself causes the damage to their citizens when administering the act, getting obligated to reimburse the individuals. There are two types of civil liability, the subjective, that requires proof of fault of the agent in order to be characterized, and the **lens** objective, which only is necessary to demonstrate the causal link between the agent's conduct and the damage caused. The Brazilian Constitution adopts the administrative risk theory, which enshrines the objective responsibility of the State, but the doctrine conflicts in the discussion of damage cause from a State omission. Would the State omission also be a matter for objective responsibility? Part of the doctrine considers it would be subjective, but there would be a reversal of the burden of proof, the State would be presumably blamed for such damages. Another flank believes that the responsibility is objective, and there must be an specific state omission in order to be set the possibility of compensation. Jurisprudence tends to the objectification of State responsibility, which is necessary, while there is a huge disrespect of the constitutional provisions on the Brazilian state of law. It is necessary that the state turns to its initial purpose, planned since immemorial times by the ancient philosophers: seeking social good.

Keywords: Liability of the State. Failure state. Jurisprudence. Constitutional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.

BRASIL. Código Civil brasileiro. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **AI-AgR-ED 734.689**; Relator(a): MIN. CELSO DE MELLO; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento em 26.06.2012, DJE de 24/08/2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE 495740 AgR**; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgado em 15/04/2008; DJe 13/08/2009

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, **0015630-20.2006.4.02.5101**; Relator(a): DES. FED. VERA LÚCIA LIMA; Julgamento: 14/12/2011; Órgão Julgador: Oitava Turma; Publicação: DEJF 10/02/2012, p. 88.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade civil do Estado. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.