

O ESTADO E SUA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

Francisco das Chagas da Silva¹ – FVJ
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça² – UNIFOR/UNICATÓLICA

RESUMO

O objetivo deste trabalho é abordar as peculiaridades da responsabilidade do Estado no direito brasileiro quando este é omissivo em suas garantias junto aos indivíduos, sendo que inserimos nos estudos a correlação entre o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito Civil, o que proporcionou uma análise desta responsabilidade nas diversas esferas da ciência do Direito. O tema é bastante rico, e com alguns fatores consolidados, pois o Brasil passou por uma evolução no que diz respeito a este tema, vindo a tratar tanto em sua legislação de ramo público como no ramo privado. O método de pesquisa é o bibliográfico, valendo-se dos ensinamentos doutrinários de direito constitucional, direito civil e direito administrativo. Esta análise, que gravita em torno da atuação do Estado na prestação de serviços aos administrados, com foco quando o serviço que é obrigatório chega a ser falho ou até mesmo omissivo. Nesse sentido, a revisão literária acerca da omissão do Estado nas suas obrigações será indispensável ao desenvolvimento da abordagem proposta.

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Constituição.

ABSTRACT

The purpose of this study is to address the peculiarities of the State's responsibility in Brazilian law when it is silent on its guarantees with individuals, and we have included in the studies the correlation between Constitutional Law, Administrative Law and Civil Law, which provided a Analysis of this responsibility in the various spheres of law science. The theme is quite rich, and with some consolidated factors, since Brazil underwent an evolution in this respect, dealing both in its public sector legislation and in the private sector. The research method is the bibliographical one, using the doctrinal teachings of constitutional law, civil law and administrative law. This analysis, which revolves around the State's performance in the provision of services to the administrations, focusing when the service that is mandatory becomes faulty or even omission. In this sense, a literary revision of the State's omission in its obligations will be indispensable to the development of the proposed approach.

Keywords: Responsibility. State. Constitution.

¹ Graduação em Direito pelo Centro Universitário Católica de Quixadá – Unicatólica; Advogado; Pós-graduação lato sensu em Direito e Processos Constitucionais pelo Centro Universitário Católica de Quixadá – Unicatólica; Pós-graduando lato sensu em Gestão Pública Municipal pela Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB; Docente do Curso de Direito da Faculdade do Vale do Jaguaribe – FVJ.

² Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1976), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1988), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004) e pós-doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (2011). Atualmente é professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional - Mestrado e Doutorado - e professora dos cursos de graduação em Direito e Pós-graduação lato sensu (Escola do Direito) da Universidade de Fortaleza. Coordenadora e professora titular do curso de Direito da Centro Universitário Católica de Quixadá - Unicatólica, e professora aposentada da Universidade Estadual do Ceará. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Tributário.

1 INTRODUÇÃO

A evolução do Estado proporcionou um aparecimento de responsabilidade antes ignorada. Ao passar pelas diversas fases o próprio ente pôde aprimorar sua capacidade de responsabilização, originando uma obrigação do Poder Público para com outrem que venha a ser afetado por algum ato comissivo ou omissivo estatal, vindo a ser denominado de responsabilidade patrimonial extracontratual.

A base para a construção da responsabilidade do Estado passa pelo fato de que ele que impõe suas regras, seus parâmetros, sendo um autor regulador dos relacionamentos entre Estado e indivíduo, o segundo, ou seja, o indivíduo não define o que pode, o que recebe, tudo é definido e regimentado pelo Estado, nesta seara se faz necessário uma proteção ao administrado, uma garantia, uma segurança para que este (administrado) não fique totalmente a mercê do Estado regulador (MARINELA, 2013).

A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é entendida como uma obrigação que incumbe ao ente reparar de forma econômica os danos lesivos que foram causados através de comissão ou omissão, através de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, dentro da esfera jurídica (MELLO, 2008, p. 977).

O Estado em sua função imperativa impõe à sociedade sua atuação, não podendo esta afastar-se dos serviços prestados por ele (Estado), muitas vezes indo em desencontro à vontade do indivíduo. Com isso, aqueles que são administrados são quase que obrigados a suportarem a presença e atuação do ente, assim, é preciso mediante o amplo poder dado ao Estado, que este seja responsabilizado por seus atos, sendo uma “garantia” para o indivíduo (MARINELA, 2013).

A esfera de classificação quanto à responsabilidade civil no âmbito da construção do Estado Democrático de Direito é a medida necessária e essencial que tem como fim restabelecer o equilíbrio afetado pelo dano, com isso a responsabilidade vai além dos atos ilícitos, sendo um sistema de compensação como já dito acima, seja por omissão, seja por comissão, vindo a ser uma maneira ampla de reparação do Estado em sua atuação como pessoa jurídica de direito público (HUPFFER, 2012).

A norma jurídica constitucional em seu artigo 37, § 6º assegurou a responsabilidade do Estado como pessoa jurídica de direito público, bem como das prestadoras de serviços públicos, todos estes responderão pelos danos que seus agentes causarem a outrem, ou melhor, a terceiro, sendo que quando houver comprovação de erro pelo agente nos casos de dolo ou culpa o Estado tem a assegurado o direito de regresso (BRASIL, 1988).

É de se analisar que o Estado teve a preocupação de lançar em sua Carta Maior a obrigação de vir a responsabilizar-se por seus atos causados a outrem, sendo não uma faculdade, mas uma obrigação do ente público, que preste serviço de forma direta, ou seja, ele próprio, ou indireta, prestação feita por pessoa privada incumbida de múnus público.

O art. 43 do Código Civil de 2002 traçou a mesma linha da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que as “pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”, percebe-se que os reformadores do Código Civilista Brasileiro quase que transcreveram a ordem constitucional.

Diversas foram e são as teorias traçadas pelos estudiosos desta seara no direito pátrio, havendo uma verdadeira evolução, passando pela Teoria da irresponsabilidade, indo à Teoria subjetivistas, esta subdivide-se em teoria da culpa civilista, teoria da culpa administrativa, teoria da culpa anônima, teoria da culpa presumida, teoria da falta administrativa.

Ainda temos à Teoria objetivistas, que se divide em teoria do risco administrativo, teoria do risco integral e teoria do risco social.

A linha de pesquisa que nos adentraremos é a da conduta omissiva do Estado, ou seja, quando este ou aqueles que o representam são omissos, não efetuando, nem efetivando os direitos assegurados a coletividade. Alguns estudiosos vão lançar seus debates na responsabilidade por omissão como sendo objetiva, outros traçam uma linha de pensamento na responsabilidade por omissão como de cunho subjetivo.

Quando o Estado vier a causar danos aos particulares seja por ação ou por omissão, haverá uma distinção entre os danos comissivos e omissivos. Quando o fato administrativo comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não, assim, a responsabilidade objetiva do Estado acontecerá pelos pressupostos do fato administrativo, do dano e do nexa causal.

Ressaltamos que quando a conduta omissiva do Estado haverá a necessidade de diferenciar esta omissão, para analisar se há ou não, um fato gerador de responsabilidade civil do Estado, pois nem toda omissão é consecutivamente uma irresponsabilidade, ou melhor, um desleixo do ente em cumprir um dever legal, com isso nem sempre existe responsabilidade estatal. Só haverá reparação na esfera civil do Estado quando a ocorrência do dano for uma omissão do Estado, que de forma omissa não impediu tal fato, assim deverá reparar os prejuízos ocasionados (CARVALHO, 2011).

Em primeiro momento estaremos traçando e descrevendo o que a doutrina e a jurisprudência pátria já propôs sobre o tema em análise, fazendo um paralelo, ou seja, uma linha definidora sobre esta responsabilidade do Estado no âmbito da omissão, seja ela objetiva ou subjetiva, genérica ou específica.

É preciso ressaltar que quando o dano resultar da omissão específica do Estado, ou em outras palavras, quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento daquele evento, o ente (Estado) responde de maneira objetiva, como bem podemos exemplificar nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula (CAVALIERI, 1998).

Assim, não temos pretensão de esgotarmos o tema, mas de aprofundarmos e darmos nossa contribuição para entendê-lo melhor e abrirmos novos horizontes para a sua aplicação no mundo jurídico.

2 RESULTADO E DISCUSSÃO

Quando se fala em responsabilidade civil do Estado, logo remete-se as garantias asseguradas por este, bem como as ações que proporcionam a não violação dos direitos fundamentais dos administrados.

Na segurança dada aos administrados e com a evolução nesta área foi que de maneira importante houve a fundição entre o direito civilista e o direito administrativista, tudo com a seguridade da interdisciplinaridade, havendo um “*link*” que une estes dois ramos, que é o Direito Constitucional.

O professor Felipe Peixoto Braga Netto (2012, p. 20) vai dizer sobre o relacionamento da responsabilidade civil do Estado com diversos ramos, que tem como fito uma maior experiência jurídica, sendo que esta não é uma realidade isolada, outros ramos estão sendo interligados para um melhor serviço ao cidadão.

Hoje, na experiência jurídica, poucos temas autorizam abordagens unilaterais. Não é razoável – numa sociedade complexa e veloz – que o intérprete se feche em seus estreitos ramos de conhecimento e se recuse a dialogar com outras formas de abordar o problema. Na responsabilidade civil do Estado essa necessidade é ainda mais clara. Seria inadmissível tratar do tema analisando apenas o direito civil, como seria inadequado estudá-lo apenas com as lentes do direito administrativo – desconhecendo as profundas e imensas mudanças por que tem passado o direito civil. O direito

constitucional, por certo, deve permear o debate, sinalizando as opções valorativas possíveis e desejáveis.

É preciso analisar esta responsabilidade, que não se limita apenas ao Direito Civil, nem ao Direito Administrativo, mas que com uma visão ampliada, e com a óptica do Estado que garante e assegura o bem-estar de seus governados.

2.1 O Estado Brasileiro e sua evolução no âmbito da responsabilidade

No Brasil desde logo houve a aceitação da tese da responsabilidade do Poder Público, sendo um princípio geral e fundamental de Direito, mesmo sem a existência de dispositivo legal (CAVALIERI, 2012, p. 258). Nesta linha vejamos o que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 648) diz:

A teoria da irresponsabilidade do Estado não foi acolhida pelo direito brasileiro; mesmo não havendo normas legais expressas, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram aquela orientação.

Em um primeiro momento, ou seja, nas duas primeiras Constituições Brasileiras (1824 e 1891) não havia disposições sobre a responsabilidade do Estado, havia sim uma previsão para a responsabilidade do funcionário, quando este tivesse atitudes abusivas ou omissas no exercício de suas funções (DI PIETRO, 2011, p. 648). Depois, veio o Código de 1916 onde observou-se que foi adotada a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, sendo que o artigo 15 da referida lei dizia:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.

Ainda na evolução desta responsabilidade por parte do Estado Brasileiro, a Constituição de 1934 tratou da responsabilidade solidária entre o ente e o funcionário. Já a Constituição de 1946 veio a adotar a responsabilidade objetiva, sendo repetida na Constituição de 1967, também se mantendo na de 1969, e com a Carta Cidadã de 1988 a previsão foi estabelecida no artigo 37, § 6º, conforme já transcrevemos acima.

O novo Código Civil de 2002, diferente do antigo Código (1916) não repetiu o artigo 15, porém não elencou as pessoas jurídicas de direito privado prestadores de serviço público, sendo um verdadeiro atraso, pois o artigo 43 apenas mencionou as pessoas jurídicas de direito público interno (DI PIETRO, 2011, p. 649). O Professor Cavalieri Filho comentando a teoria do risco administrativo adotada pelo Estado Brasileiro na Constituição de 1988 faz a seguinte anotação:

O exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos danos que os 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, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo objetivamente.

Esse entendimento se faz necessário pelo fato de que só existe a mencionada responsabilidade quando há uma ligação, ou melhor, uma atuação do Estado através de seu agente que esteja a serviço da Administração Pública, seja este servidor público ou um terceiro que esteja desempenhando atividade pública. Assim, o agente público para que haja a responsabilidade do Estado deve estar atuando a seu serviço, caso contrário os atos praticados a outrem serão na esfera da vida privada.

Nesta linha vejamos o que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Brito relator no RE nº 363.423/SP disse sobre o policial militar que em dia de folga, veio a atingir sua companheira com uma arma da corporação, por ocasião de desentendimentos amorosos no relacionamento:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO CORPORAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORÇÃO. POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA. NESSA CONTEXTURA, NÃO HÁ FALAR EM RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

Voto do Relator: Não vislumbro, na espécie, o indispensável nexa da causalidade entre a conduta do policial e o dano sofrido pela mulher: ele não estava no exercício de sua atividade funcional, nem dessa condição se arvorou para agredir a mulher; não estava em missão policial, nem agia, em período de folga, em defesa da

sociedade. Sua conduta estava impregnada de sentimento pessoal: o sentimento que nutria pela mulher. Moveu-o exclusivamente a sua singularidade pessoal. Não praticou qualquer ato administrativo e, por estar a conduzir bem ou mal sua vida pessoal, seus interesses privados, seu deslize emocional, o desequilíbrio de sua conduta não autorizam impor-se ao Estado o dever de indenizar a vítima, sob o fundamento de estar patenteada a sua responsabilidade objetiva, e tão só porque sua profissão é de servidor público policial militar, tendo ele se utilizado de arma da corporação para agredir aquela com quem mantinha relacionamento amoroso. (*grifo nosso*)

Assim, verifica que conforme exposto não há que culpar o Estado na esfera da responsabilidade quando esta é decorrente de um fato ocasionado pela atuação de um agente público na sua vida privada, pois o que se leva em conta é se aquele servidor estava a serviço da coletividade, da sociedade, não sendo responsabilizado o Estado no âmbito da vivência pessoal do funcionário público.

2.2 O artigo 37, § 6º da CRFB/1988 e a possibilidade da responsabilidade do Estado por omissão

A regra expressa no ordenamento constitucional vigente é que a responsabilidade do Estado é objetiva, porém, há momentos em que o serviço é falho, ou seja, existe uma omissão do Estado na prestação deste serviço aos administrados, daí configuram-se as questões que embasam nosso estudo, pois neste caso haveria a possibilidade de responsabilizar o Estado? Ou, em virtude da responsabilidade ser objetiva não haveria tal aplicação para as condutas omissivas, sendo apenas as comissivas puníveis?

Nesta linha vejamos o que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 996) expõe:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Detectamos com este pensamento do professor Celso de Mello que só haverá responsabilidade do Estado por omissão quando não houve por parte do ente um cuidado

na prestação ou na possível prestação do serviço. A análise das palavras do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 518):

[...] quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

Nos dois pontos trazidos por doutrinadores renomados na seara do Direito Administrativo vemos que em comum não somente a omissão, o desleixo pelo Estado, mas quando este se omite de seu dever legal, ou seja, quando há uma falta de prestação ao administrado, onde na verdade deveria haver um serviço público perfeito, de qualidade, e este não é oferecido ao cidadão, vindo a sofrer dano por esta conduta omissa.

Ressalta-se que para a configuração que vincula ao Estado indenizar em caso de conduta omissiva, só existirá se presente os elementos que caracterizam a culpa (CARVALHO FILHO, 2011, p. 518). O Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Resp 721.439-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon expuseram a este respeito o seguinte entendimento:

ADMINISTRATIVO RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO QUEDA DE ENTULHOS EM RESIDÊNCIA LOCALIZADA À MARGEM DE RODOVIA.

A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima. **3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto.** 4. Recurso especial improvido. (*grifo nosso*)

Como no caso de omissão do Estado a responsabilidade é a subjetiva e não objetiva, pois não há a figura do agente público, assim trazemos o que leciona Di Pietro (2011, p. 655):

No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano.

É importante analisar que a omissão do Estado naquilo que era dever legal seu junto ao governado é uma maneira de responsabilizá-lo por condutas que venham a colocar em risco a sociedade, sendo uma garantia para o cidadão, garantia esta que reflete a conquista adquirida no âmbito do Estado Democrático de Direito, visto que este zela pelos direitos fundamentais, e cabe ao Estado no exercício de suas atividades respeitar todas as formas e maneiras que assegurem à dignidade da pessoa humana.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição feita verificamos que o Estado não deve se eximir de suas responsabilidades, ou seja, é compelido a dar aos seus administrados uma condição dignidade de tratamento, seja ela na esfera da educação, da segurança, da saúde, do bem estar, enfim, o Estado passa a ser o responsável para que a sociedade tenha garantido uma ordem plena.

Assim, é preciso que não somente os casos de condutas comissivas sejam tratadas no que se refere a responsabilidade do Estado, pois seria cômodo a ele apenas a responsabilidade objetiva, se faz necessário garantir que em caso de omissão, onde ele deveria ter agido mas ficou inerte que também seja responsabilizado, dando uma segurança a sociedade, pois o Estado tem como princípio prover todos os interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado – À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2012.