

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
POR OMISSÃO

Joana Carolina Lins Pereira *

1. Introdução. Decisões antagônicas dos tribunais acerca da responsabilidade civil do Estado. Principais controvérsias.

Aegrégia Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar determinado litígio acerca da responsabilidade civil do Estado, assim decidiu¹:

“2. Ao receber o menor estudante, deixado no estabelecimento de ensino da rede oficial para as atividades de aprendizado, a entidade pública se investe no dever de preservar a sua integridade física, havendo de empregar, através dos mestres e demais servidores, a mais diligente vigilância para evitar qualquer consequência lesiva, que possa resultar do convívio escolar.

E responde, no plano reparatório, se, durante a permanência no interior da unidade de ensino, o aluno vem, por efeito de inconsiderada atitude de colega, a sofrer violência física, restando-se lesionado de forma irreversível.”² (AC nº 40.147/1, rel. Des. Arthur de Godoy, v.u., julg. 24.10.84)

O mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, através de sua egrégia Sexta Turma, decidiu, ao julgar caso bastante semelhante, em sentido diametralmente oposto. Confira-se o seguinte excerto, extraído do acórdão³:

“O recurso visa à reforma da sentença que julgou improcedente ação proposta por professora que teve a perda de um olho atingido por pedra arremessada por aluno, durante a saída dos estudantes da escola rural do bairro Ponte Alta. Entendendo que a Administração foi omissa, a apelante insiste na indenização que teria apoio no 107 da carta revogada.

(...)

O fato não pode ser atribuído a qualquer funcionário. Fosse o autor funcionário ou servidor, a responsabilidade seria até independente da apuração de culpa, ou simplesmente objetiva.

Contudo, na questão vertente, cuida-se de fato absolutamente imprevisível. Ninguém espera que uma desavença entre menores impúberes possa gerar dano igual ao sofrido pela apelante.

¹ In FEDERIGHI, Wanderley José: *Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais*. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 1994, p. 300-1.

² No caso, o aluno teve perda total da visão do lado esquerdo.

³ In FEDERIGHI, Wanderley José. Ob. cit., p. 301-2.

Em suma, os envolvidos nada têm a ver com o Estado.

(...)

Posto isto, negam provimento ao recurso para que subsista a sentença apelada por seus próprios e bem deduzidos fundamentos.” (AC nº 119.087/1, rel. Des. Alexandre Loureiro, v.u., julg. 14.12.89)

Buscamos demonstrar, através da transcrição dos arestos, os quais revelam posições antagônicas dentro de um mesmo Tribunal, o quão tormentosa e controversa tem sido a temática da responsabilidade civil do Estado, mormente no que concerne aos casos de conduta omissa do mesmo.

As questões de responsabilização civil do Estado encontram-se longe de atingir uma solução unânime. Ora se considera a omissão do Estado como *causa* do dano, a ensejar a responsabilização deste; ora se a considera como simples *condição* do resultado, não interferindo na “cadeia causal” causadora do dano ao particular. Outro aspecto a merecer atenção, do exame das decisões pretorianas, é que, não raro, os tribunais julgam estar aplicando a teoria objetiva da responsabilidade, quando, na verdade, estão a aplicar a teoria subjetiva⁴.

Devemos salientar, de início, não constituir nossa pretensão, em absoluto, formular uma doutrina geral, válida para todos casos. As demandas que envolvem o tema da responsabilidade civil – seja entre Estado e particular, seja apenas entre particulares – comportam soluções específicas, tendo em vista as distintas nuances que os elementos *causa*, *dano* e *nexo de causalidade* podem conferir a cada situação.

Nosso objetivo, destarte, prende-se ao exame dos aspectos genéricos da extensão da responsabilidade do Estado por conduta omissa, analisando quais as teorias a serem aplicadas quanto (a) à natureza da responsabilidade, (b) ao nexo causal. Cumpre frisar – reiteramos – que nem a fixação de linhas gerais acerca da responsabilidade civil do Estado afastará as divergências encontráveis em nossos pretórios. O fato causador do dano, as circunstâncias que o cercaram e a natureza do dano sofrido sempre exigirão soluções casuísticas, precedidas de exaustiva dilação probatória.

Não podemos nos furtar de, inicialmente, fazermos um breve incursão no histórico da evolução da doutrina e jurisprudência quanto ao tema da responsabilidade civil do Estado. Mencionado capítulo de nosso trabalho, longe de constituir mera curiosidade histórica, fornecerá os subsídios necessários à compreensão da dimensão atual da responsabilidade do Estado, para ambas as situações de atos comissivos e omissivos.

Superada a fase histórica, passaremos a discorrer, propriamente, quanto à responsabilidade civil do Estado por conduta omissa.

No decorrer da exposição, examinaremos, além da posição da doutrina, os caminhos escolhidos pela jurisprudência (aspecto este de fundamental importância, por demonstrar, como já vimos, a riqueza e natureza controversa da temática enfocada).

⁴ Conforme oportuna observação de Manoel Caetano Ferreira Filho, in “Da Responsabilidade Civil do Estado”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 25, n. 100, out./dez 1988, p. 334-5.

2. Evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado

O estudo da responsabilidade civil do Estado impescinde de uma análise, ainda que breve, de sua evolução histórica, desde os períodos do “*The King can do no wrong*” aos dias atuais, onde prevalecem os sistemas jurídicos cujo regime de responsabilidade estatal é baseada no risco administrativo.

2.1. Da irresponsabilidade do Estado

A assertiva “*The King can do no wrong*”, a que nos referimos ainda há pouco, marca o período da irresponsabilidade civil do Estado. Fundava-se o entendimento na idéia de que este, por representar o Direito, não cometeria erros.

Os administrados, no entanto, não ficavam sob total desamparo. Poderiam, no caso de culpa ou dolo do agente do Poder Público, acionar tal agente, a quem caberia o pagamento da indenização. Dita solução, como é de se esperar, não convinha, posto que, com freqüência, o agente causador do dano era insolável, incapaz de reparar o prejuízo⁵.

2.2. Teoria da responsabilidade subjetiva com base na culpa civilista

A teoria da irresponsabilidade estatal, pelo visto, não poderia subsistir. Conforme exposto no item precedente, o funcionário causador do dano, não raro, não possuía condições de reparar o prejuízo, razão pela qual se fez sentir a necessidade de responsabilizar o Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causassem a terceiros.

O julgamento pioneiro, de que temos notícia, no qual resultou proclamada a responsabilidade civil do Estado, foi proferido na França, em 1873. Trata-se do julgamento conhecido como “Caso Blanco”, que teve lugar no Tribunal de Conflitos daquele país.

Em princípio, tomaram-se do Direito Civil os elementos para instituição da responsabilidade do Estado. As noções de dano, nexos de causalidade e culpa, emprestadas da doutrina civilista, passaram a constituir fundamento para a responsabilização do Poder Público. Nosso Código Civil de 1916, inclusive, dispondo acerca de matéria estranha ao Direito Privado, traz, ainda, em seu artigo 15, a seguinte previsão:

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

O dispositivo susotranscrito exprime bem a doutrina civilista da responsabilidade baseada na culpa. A reparação, de acordo com o preceito,

⁵ Insta salientar que, no Brasil, jamais imperou a irresponsabilidade total do Estado. Entendiam nossos pretórios que este último (o Estado) era solidariamente responsável, com o servidor faltoso, pela reparação do dano.

somente seria cabível quando o funcionário agisse culposamente (“de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei”). O ônus da prova, destarte, era incumbência da vítima, a quem cumpria, inclusive, individualizar o servidor faltoso. O fundamento da responsabilidade estatal, conforme bem sintetizado por Manoel Caetano Ferreira Filho⁶, era a culpa pessoal, individual, dos funcionários.

Fazia-se, ainda, na época, a distinção entre atos de império e atos de gestão. Aqueles, de que constituem exemplos a expedição de um decreto de desapropriação pelo Poder Executivo e a edição de uma lei pelo Poder Legislativo, porque praticados com fundamento na soberania estatal, não ensejariam responsabilidade no caso de dano a terceiro.

2.3. Teoria da responsabilidade subjetiva com base na culpa publicista (a “faute du service” dos franceses)

A jurisprudência, mais uma vez evoluindo à frente da legislação, e percebendo que os contornos da responsabilidade civil estatal não poderiam ser os mesmos da existente no Direito Privado, passou a adotar a teoria da responsabilidade civil, não mais baseada na culpa civilista, mas na culpa publicista.

Mencionada teoria substituiu a culpa pessoal do agente pela culpa do serviço público. Elaborada na França, pelo Conselho de Estado, baseia a responsabilidade no funcionamento irregular do serviço público, independentemente de identificação do funcionário faltoso. É a teoria da *faute du service*.

A “culpa” do serviço público (*faute du service*) poderia restar caracterizada de três maneiras: mau funcionamento do serviço, não funcionamento ou tardio funcionamento.

2.4. Teoria da responsabilidade objetiva

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado dispensa a demonstração de culpa, já que tem por fundamento o risco administrativo. Consagrou-se em nosso ordenamento desde a Constituição de 1946, estando prevista na atual Carta Magna em seu artigo 37, § 6º.

Baseia-se no risco que a atividade administrativa produz em relação aos administrados, de modo que, havendo um dano, é suficiente que a vítima comprove o prejuízo e o nexo de causalidade, prescindindo da caracterização de culpa. De acordo com a mencionada teoria, inclusive, o dano pode até ser consequência de uma atividade lícita do Estado.

Especificaremos, com mais minúcias, as distinções entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva com base na culpa publicista no item 3.2.3.

3. Responsabilidade por ato comissivo e omissivo

A teoria adotada quanto à responsabilidade civil do Estado por conduta omissa – cumpre de logo ressaltar – não é a mesma teoria aplicável à

⁶ Ob. cit., p. 326.

responsabilização por atos comissivos. Conforme adiante veremos, inclusive, o artigo 37, § 6º, da atual Constituição da República, é de aplicação restrita a este último caso, sendo incorreta a sua invocação nos casos de responsabilidade por omissão estatal.

3.1. O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Amplitude restrita aos atos praticados pelos agentes do Estado

Não é demais transcrever, para melhor compreensão do raciocínio, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, toante à responsabilidade civil do Estado:

“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” (grifamos).

Citado dispositivo, consoante voz unânime da doutrina e jurisprudência, consagra a responsabilidade civil *objetiva* do Estado. A vítima se encontra, por força do cânone constitucional, dispensada do ônus da prova da culpa da Administração, cabendo-lhe apenas comprovar o nexo causal entre o ato desta e o prejuízo sofrido.

Insta salientar, contudo, que o dispositivo somente se reporta aos danos causados *pelos agentes* das pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Não alcança as situações em que o dano tenha decorrido de atitude de terceiro ou de fatos provenientes de caso fortuito ou força maior.

Afirma-se, destarte, e com razão, que o artigo 37, § 6º, da atual Carta Política, não alcançaria as hipóteses de omissão estatal, tendo em vista que, nestes casos, o dano não decorre, propriamente, da atitude de um agente do Estado, *mas da atitude de um terceiro* (a omissão estatal apenas contribui para o resultado). A conduta omissa do Estado não é causadora (direta) do dano; este é decorrência de ato de terceiro. Por tal razão, é dizer, porque o dano à vítima não foi consequência (direta) da conduta omissa do agente estatal, inaplicável o multicitado dispositivo da Carta Magna.

Assim, porque inaplicável o artigo 37, § 6º, da CF/88, às hipóteses de omissão do Estado, incabível a teoria da responsabilidade objetiva, baseada no risco administrativo.

3.2. Fundamentos da responsabilidade civil por omissão do Estado

Dada a inaplicabilidade do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e, conseqüentemente, da teoria do risco administrativo, aos casos de responsabilidade civil por omissão do Estado, cumpre-nos perquirir qual teoria tem sido, em nossos pretórios, invocada.

3.2.1. A responsabilidade civil por omissão do Estado é subjetiva

Porque inaplicável o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, instituidor da responsabilidade objetiva, aos casos de omissão do Estado, depreende-se que a

responsabilização do mesmo somente poderá ser invocada se sua inação houver sido *culposa*. É dizer, a responsabilidade civil do Estado por conduta omissa é *subjetiva*.

Mencionado posicionamento já mereceu o referendo de nossos mais renomados administrativistas, a exemplo de Hely Lopes Meirelles⁷ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁸. É deste último, inclusive, a esclarecedora lição que passamos a reproduzir⁹:

“53. Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de 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 o evento lesivo” (grifos inexistentes no original).

A teoria não poderia ser a objetiva, destarte, porque esta admite responsabilização até mesmo quando o dano é decorrente de atuação lícita do Estado. Nos casos de omissão, o Estado não é o verdadeiro autor do dano (o qual decorre de atividade de terceiro); assim, somente poderá ser invocada a sua responsabilidade caso esteja obrigado a impedir que o dano ocorra, é dizer, no caso de ilegalidade da sua omissão.

Cumprir adiantar, inclusive, que não se poderá invocar a responsabilidade estatal quando haja “impossibilidade real de impedir o dano mediante atuação diligente do Estado”¹⁰. Vale dizer, como a responsabilização do Estado somente ocorre quando sua omissão caracteriza uma atitude ilícita, não haverá responsabilidade da Administração se a mesma houver utilizado suas possibilidades e seu aparato técnico no limite máximo e, ainda assim, não tiver sido capaz de impedir o dano¹¹.

A Administração somente poderá ser responsabilizada por aqueles danos que estava razoavelmente obrigada a impedir¹². A grande problemática está em que, não raro, os tribunais condenam a Administração, em virtude de omissão sua, por danos que não estava obrigada (sequer razoavelmente) a evitar. Transforma-se o Estado em verdadeira companhia de seguros.

⁷ *In Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 562.

⁸ *In Curso de Direito Administrativo*. 6ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 515-9.

⁹ Ob. cit., p. 515.

¹⁰ ABIB, Guadalupe Maria Jungers: “Responsabilidade Patrimonial do Estado por Danos Causados a Terceiros – Omissão no Serviço Público – Responsabilidade Subjetiva – Considerações”. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. Abril/97, p. 260.

¹¹ ABIB, Guadalupe M. J. Ob. cit., p. 260.

¹² Cf. acórdão do STF no RE nº 130.764-1/PR, rel. Min. Moreira Alves, julg. 12.5.92, DJ 7.8.92, *in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, vol. 32, n. 90, abril/junho 1993, p. 82.

3.2.2. Culpa civilista ou culpa publicista?

Diante da afirmação de que a responsabilidade do Estado, nos casos de omissão, seria subjetiva, baseada na culpa, cumpre indagar: tratar-se-ia da culpa civilista ou da culpa publicista (a *faute du service* dos franceses)? E, ainda: a se admitir a culpa civilista, estar-se-ia admitindo a reprimenda do artigo 15 do Código Civil Brasileiro, outrora invocado para justificar a responsabilidade subjetiva do Estado?

A questão é de relevância, haja vista que, na hipótese de ser adotada a teoria da culpa civilista, terá a vítima o ônus de provar que houve culpa por parte de determinado agente (identificável) da pessoa jurídica estatal. Por outro lado, em sendo adotada a teoria da culpa publicista, bastará que se demonstre a ineficiência do serviço – que o serviço não funcionou, ou que funcionou mal ou tardiamente –, independentemente da culpa de determinado agente em particular. A teoria da culpa publicista admite a denominada *culpa anônima*, atribuível à Administração como um todo, sem se exigir individualização do culpado pela omissão estatal.

A doutrina e a jurisprudência deixam transparecer certa divergência a propósito do assunto. Carlos Mário da Silva Velloso¹³, reportando-se à lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sustenta que a responsabilidade do Estado por omissão poderá ser invocada até no caso de culpa anônima, é dizer, no caso em que o serviço não tenha funcionado, ou tenha funcionado mal ou tardiamente. Mostra-se, destarte, partidário da responsabilidade com base na culpa publicista. José Cretella Júnior, de seu turno, defende que a omissão deve configurar imprudência, negligência ou imperícia¹⁴, culpa civilista, portanto. Também Hely Lopes Meirelles¹⁵ afirma, expressamente, que se deve observar o princípio geral da culpa *civil*.

O Supremo Tribunal Federal, buscando harmonizar as divergentes posições acerca da matéria, assim se pronunciou:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PUBLICIZADA. ‘FAUTE DE SERVICE’. C.F., ART. 37, § 6º.

I. — A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde

¹³ In “Responsabilidade Civil do Estado”. *Ciência Jurídica*. N. 42, novembro/dezembro 1991, p. 21.

¹⁴ In *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. VIII, Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 210.

¹⁵ Ob. cit., p. 562.

que haja nexa causal entre o dano e a ação administrativa. II. — Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. — Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica — a ‘faute de service’ dos franceses. IV. — Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da ‘faute de service’. V. — R.E. não conhecido.” (Recurso Extraordinário nº 179.147/SP, rel. Min. Carlos Velloso, julg. 12.12.97, DJ 27.2.98, p. 00018 – grifamos.)

Dos lúcidos fundamentos do acórdão deduzimos que, para fins de se ensejar a responsabilidade civil da Administração por conduta omissiva, faz-se mister a caracterização da culpa da mesma, nas modalidades negligência, imperícia ou imprudência. O que não se exige, contudo, é a identificação do funcionário faltoso; é dizer, admite-se a culpa anônima, a *faute du service* dos franceses.

Em última instância, conforme pudemos verificar, a teoria adotada é a da culpa publicista.

Nem se poderia, efetivamente, pretender invocar o artigo 15 do Código Civil Brasileiro. Tal representaria um retrocesso. Referido preceito, assim entendemos, não foi recepcionado pelo regime constitucional já em 1946. A Carta Magna promulgada no mencionado ano, ao instituir a responsabilidade objetiva, não mais poderia conceber a permanência da doutrina civilista da culpa. Quando muito, admitiria a teoria publicista da culpa (a *faute du service*), aplicável, unicamente, conforme adrede salientado, aos casos de conduta omissiva do Estado.

3.2.3. Distinção entre risco administrativo e “faute du service”

No intuito de aperfeiçoar a compreensão do raciocínio empreendido no presente trabalho, no qual se afirma que a responsabilidade civil por omissão do Estado seria arrimada, não na teoria objetiva (risco), mas na teoria da culpa publicista, cumpre deixá-las (as teorias) com suas características bem extremadas.

As teorias do risco administrativo e da *faute du service* partem de distintos fundamentos. A primeira, como o próprio nome está a indicar, tem como fundamento o risco que a atividade pública gera para os administrados; a segunda, a culpa (ainda que anônima) da Administração.

Na *faute du service*, a falta do serviço pode ser de três ordens: não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento tardio do serviço. Em todos os casos, todavia, exige-se uma falta da Administração (culpa), exige-se uma inobservância da lei por parte da mesma. Seu fundamento último é aquele que preconiza que, dada a violação a direito subjetivo de indivíduo, deve ser a reparação correspondente.

No risco administrativo, diversamente, seu fundamento último é o princípio da solidariedade social: o dano injustamente sofrido por um deve ser repartido entre todos os membros da comunidade (há uma repartição dos ônus). Daí a obrigação do Estado de reparar.

Segundo a teoria da *faute du service*, é preciso restar caracterizada a culpa da Administração, apesar de não se exigir a identificação do agente faltoso. O dano, contudo, tem que ser consequência de uma atitude ilícita. Na aplicação da teoria do risco administrativo, por outro lado, não se exige que o dano tenha decorrido de um ato ilícito. O ato pode ter sido perfeitamente legal; configurado o dano, todavia, tem-se a obrigação estatal de indenizar.

3.2.4. O ônus da prova

Questão tormentosa, no que diz respeito à responsabilidade do Estado por conduta omissiva, é a pertinente ao ônus da prova.

Consoante adrede ressaltado, a teoria adotada, nos casos de omissão, é a teoria da culpa publicista, da *faute du service*. Quadra perquirir, no presente item, a quem cabe o ônus da prova quando invocada tal doutrina.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento vetusto datado de 1958¹⁶, onde se discutia acerca de danos causados por omissão policial, pontificou que caberia ao Estado comprovar a ausência de culpa ou a impossibilidade de debelar o movimento multitudinário que ocasionara os danos.

Arnoldo Wald¹⁷, em comentários ao indigitado aresto, sublinha que, em casos que tais, a falta do serviço não necessita ser provada, “presumindo-se pelo simples fato do mau funcionamento do aparelho administrativo”. A ocorrência do dano – acrescenta – “comprova, por si só, que os serviços não funcionaram ou funcionaram mal, caracterizando, assim, a falta de serviço que justifica a indenização”. Conclui, alfim, que a Administração somente se exonera fazendo prova da ocorrência de força maior.

Pedimos vênias para discordar do brilhante advogado.

Impugnamos, inicialmente, a assertiva de que a mera ocorrência de dano bastaria para comprovar que o serviço público funcionou mal, ou não funcionou. Consoante ressaltado em oportunidade anterior, não há responsabilidade da Administração se a mesma não estava razoavelmente obrigada a impedir o dano, é dizer, se, de acordo com a expectativa comum da sociedade, não fosse possível exigir razoavelmente da Administração a contenção do dano ocorrido. É desarrazoado exigir da Administração, *v.g.*, o patrulhamento de todos os trechos das rodovias federais, simultaneamente. Assim, não se pode presumir mau funcionamento do serviço a partir de um acidente ocorrido, em localidade longínqua, entre um veículo e animais que, irregularmente, seguiam pela pista, mercê da impossibilidade material de dispor de uma patrulha para cada trecho da rodovia.

¹⁶ Referido por Arnaldo Wald in “Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado”. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 30, n. 117, janeiro/março 1993, p. 8-10.

¹⁷ Ob. cit., p. 21.

Entendemos, destarte, que cabe à vítima o ônus da prova da “falta do serviço” (*faute du service*), isto é, de que o serviço funcionou mal, funcionou tardiamente, ou não funcionou. São da mesma opinião Carlos Mário da Silva Velloso¹⁸ e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁹.

Quadra transcrever, finalmente, a fim de corroborar o entendimento aqui esposado, excerto de *recente* acórdão do STF. Confira-se:

“RESPONSABILIDADE CIVIL — ESTADO — MORTE DE POLICIAL MILITAR — ATO OMISSIVO ‘VERSUS’ ATO COMISSIVO.

Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo, de outro, versando a controvérsia sobre ato comissivo — liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços —, incide a responsabilidade objetiva.” (RE 140.270/MG, rel. Min. Marco Aurélio, julg. 15.4.96, DJ 18.10.96, p. 39859 – grifamos.)

4. A omissão do Estado não pode ser sempre considerada causa do evento danoso

Examinada a natureza da responsabilidade civil do Estado por omissão, a qual, conforme exposto, é subjetiva, cumpre-nos, na fase seguinte da exposição, analisar o aspecto pertinente ao nexa de causalidade.

O nexa de causalidade, sabemos, é o vínculo entre a causa (ato ou fato natural) e o dano. É o nexa causal que atribui a responsabilidade, haja vista que, para fins de se identificar o responsável, é mister apurar quais foram os fatos que causaram o prejuízo à vítima. Vale dizer, a identificação do responsável somente se faz possível quando se caracteriza o *liame* entre o ato praticado e o dano sofrido.

No que pertine ao estudo da responsabilidade por omissão do Estado, afigura-se de suma relevância o estudo da relação de causalidade, mercê da freqüência dos casos em que se atribui ao ente estatal o dever de indenizar determinado dano sem que a atuação do mesmo tenha sido *causa* do resultado. O Estado, constantemente, é alçado à categoria de segurador universal, sendo obrigado a indenizar por um dano que não possuía obrigação razoável de impedir.

Destarte, faz-se mister o estudo da teoria adotada pelo nosso ordenamento a propósito do nexa de causalidade, perquirindo quais as espécies de causas que podem ser consideradas ensejadoras do prejuízo à vítima.

4.1. Causa e condição

Em vários acórdãos de nossos tribunais acerca da temática central do presente trabalho, a omissão do Estado é reputada *causa* do dano. No entanto,

¹⁸ Ob. cit., p. 20.

¹⁹ *Apud* VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Ob. cit., p. 13.

alguns estudiosos do assunto, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰, argüem que a omissão jamais poderia ser considerada causa, mercê de apenas indiretamente estar ligada ao dano; argumentam que a omissão pode ser entendida, no máximo, como *condição* do evento danoso.

A doutrina do mencionado administrativista foi recepcionada em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo²¹ cujo excerto a seguir transcrevemos:

“Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, transcrita por Maria Helena Diniz (‘Curso de Direito Civil Brasileiro’, 1º vol., 8ª ed., p. 130), ‘no caso de dano causado por comportamento comissivo de pessoas que exercem função pública, ainda que eventual, episódica ou transitoriamente, a responsabilidade do Estado é objetiva. Há, portanto, uma relação entre o dano e seu produtor, pois o art. 37, § 6º, da Carta Constitucional fala em prejuízo causado pelo agente público. Da distinção entre ‘causa’ e ‘condição’ decorrem fundamentais consequências para o correto entendimento do referido dispositivo. Causa é o evento que produz um efeito, e condição, o acontecimento cuja ausência permite a produção do efeito; não gera o efeito, mas sua presença é impeditiva dele. Donde: sua ausência permite a produção do efeito. O art. 37, § 6º, reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. A omissão pode ser uma condição para que outro evento cause o dano, mas ela mesma (omissão) não pode produzir o efeito danoso. A omissão poderá ter condicionado sua ocorrência, mas não o causou. Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não-individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente” (grifamos).

Este posicionamento, entretanto, é refutado por Toshio Mukai. Defende o mesmo²² que “as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito”. Destarte, prossegue, “causa, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer)”. Conclui, alfim, que “o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é a causa e não simples condição do evento danoso”.

Não nos filiamos, sem ressalvas, a qualquer das correntes expostas. Em nosso entender, ambos os raciocínios apresentados não podem ser considerados absolutos. Esclareçamos...

²⁰ Ob. cit., p. 516-7.

²¹ In LINS, Paulo Sérgio da Costa (org.): *Responsabilidade Civil do Poder Público*. Rio de Janeiro, Esplanada, ADCOAS, 1995, p. 100-1.

²² *Apud* LAZZARINI, Álvaro: “Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes”. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo – RJTJESP*. Vol. 23, n. 117, março/abril 1989, p. 16.

Conforme salientado por Toshio Mukai, as obrigações podem ter por *causa* a lei, o contrato ou o ato ilícito. Descartadas as hipóteses de contrato (haja vista que aqui se examina, tão-somente, a responsabilidade aquiliana, ou extracontratual) e da lei (mercê de ser inaplicável, conforme já exposto, o artigo 37, § 6º, da Constituição da República), concluímos que *a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva somente pode se caracterizar quando decorrente de ato ilícito*. Com efeito, consoante exaustivamente salientado, trata-se de responsabilidade subjetiva, exigindo a caracterização da culpa.

Destarte, para que uma omissão do Estado possa constituir causa de uma obrigação (obrigação de indenizar, responsabilidade civil), deve se configurar como um ato ilícito. Ausente a ilicitude, é dizer, não caracterizada a omissão como um ato ilícito, perde esta (a omissão) a qualidade de causa da obrigação de indenizar. A conduta omissiva não será causa do dano; configurará, quando muito, condição para ocorrência do mesmo.

Não poderíamos, destarte, subscrever sem reproches o entendimento contido no acórdão supratranscrito, já que o mesmo defende ser a omissão estatal, sempre, mera condição do dano, jamais causa. Também o posicionamento de Toshio Mukai, *data maxima venia*, merece reparos, mercê de nem sempre constituir a omissão do Estado um ato ilícito (a ilicitude somente se configura, reiteramos, quando presente a culpabilidade).

E quando poderíamos atribuir à omissão estatal a pecha de ato ilícito, quando estaria caracterizada a culpabilidade? Quando a omissão estatal representar descumprimento de lei; quando a conduta do Estado, deixando de atender mandamento legal, importar em dano a alguém.

É imprescindível, no entanto, que a obrigação possa ser *razoavelmente* exigida do Estado. É dizer, não podemos condená-lo a pagar indenização pela ocorrência de dano que não poderia razoavelmente impedir. O Estado não é onipresente, não se pode exigir do mesmo uma atuação materialmente impossível.

4.2. Teoria adotada, no âmbito da responsabilidade civil, a propósito do nexo de causalidade. O artigo 1.060 do Código Civil Brasileiro

A teoria da relação de causalidade adotada pelo nosso ordenamento quanto à responsabilidade civil não comporta interpretação por demais dilargada do que possa ser considerado causa do evento danoso.

Diversamente do que se possa a princípio imaginar, não foi adotada, no âmbito da responsabilidade civil, a teoria da equivalência das condições. De acordo com a mencionada teoria, de ampla aceitabilidade na esfera do Direito Penal, todo fato que contribui para o resultado constitui causa; preconiza-se a desnecessidade de se determinar, no encadeamento de fatos anteriores ao evento danoso, qual deles seria a causa imediata do prejuízo²³. É conhecida, ainda, como teoria da *conditio sine qua non*.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Responsabilidade Civil*. 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 78.

A teoria adotada quanto ao nexo de causalidade da responsabilidade civil, em nossa ordem jurídica, é a do dano direto e imediato (ou teoria da interrupção do nexo causal). Tal ilação resulta evidente da análise do artigo 1.060 do Código Civil Brasileiro. Segue transcrição literal do dispositivo:

“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato” (grifamos).

Referido preceito integra o Capítulo XIV, do Título II, do Livro III, do Código Civil, concernente às perdas e danos. Do seu teor se infere que, no que pertine à indenização – e a responsabilidade civil, em última análise, nada mais representa que uma indenização paga em virtude de dano causado a alguém –, somente devem ser consideradas as perdas e os danos decorrentes *direta e imediatamente* da atitude omissiva do responsável.

Destarte, havendo mais de um fato anterior ao evento danoso, somente podem ser considerados causa aqueles direta e imediatamente responsáveis pelo prejuízo. *Causa* do dano é apenas o fato que contribuiu, direta e imediatamente, para a sua efetivação.

A se admitir a omissão do Estado como sendo sempre *causa* do dano, a ensejar a responsabilização estatal, estar-se-á abrindo ensanchas a que se exija do mesmo a qualidade da onipresença, o dever de velar pela segurança dos cidadãos *onde quer que* se encontrem. A omissão do Estado somente pode ser considerada causa, conforme adrede salientado, quando tiver sido culposa e, ademais, quando houver, direta e imediatamente, causado o prejuízo.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal não diverge daquele aqui exposto, conforme deflui do acórdão proferido no R.E. nº 130.764-1/PR, rel. Min. Moreira Alves, julg. 12.5.92, DJ 7.8.92²⁴. No indigitado julgamento, restou afirmado que “Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do CC, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva” (grifos nossos).

5. Conclusão. A responsabilidade do Estado por omissão policial

A temática pertinente à responsabilidade da Administração por conduta omissiva, consoante ressaltado no início da exposição (e demonstrado no decorrer da mesma), comporta divergências em vários de seus subtemas. Uma das discussões mais instigantes, e que ainda resta inconclusa, é a que diz respeito à responsabilidade do Estado em virtude de omissão policial.

Deixamos para abordar referida questão nesta análise conclusiva mercê da relevância que apresenta, sendo uma das questões mais freqüentes, em termos de responsabilidade civil estatal, no dia-a-dia do Judiciário. À vista de todos os

²⁴ In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, volume e número citados, p. 75.

aspectos abordados no presente, ousamos dar a nossa opinião a respeito, sem qualquer pretensão de extirpar, ou sequer reduzir, a controvérsia já existente.

Celso Antônio Bandeira de Mello, a propósito, defende que só há responsabilidade do Estado por omissão policial quando a Polícia recebe chamado de socorro e, nada obstante, deixa de enviar com presteza a proteção pedida, ou, ainda, no caso de agentes policiais relapsos que assistem à ocorrência inertes²⁵. Autores há, no entanto, que consideram a omissão policial apta a ensejar a responsabilidade do Estado ainda que a autoridade encarregada não tenha sido solicitada²⁶. Defendem que a polícia preventiva é uma atividade espontânea da Administração, que independe de solicitação de quem quer que seja.

Pensamos, *data maxima venia* de opiniões divergentes, que razão assiste ao Celso Antônio Bandeira de Mello. A responsabilidade do Estado por omissão, conforme vimos, somente pode ser invocada no caso de culpa (responsabilidade subjetiva). Exige-se a demonstração de culpa do serviço (*faute du service*, prescindindo da demonstração de culpa pessoal do agente), numa das seguintes modalidades: mau funcionamento do serviço, tardio funcionamento ou não funcionamento.

A *faute du service*, todavia, somente se caracteriza quando o serviço prestado deixa de atender à expectativa comum da sociedade, é dizer, somente cabe falar em responsabilidade quando a Administração deixa de cumprir dever ao qual estava razoavelmente obrigada. Equivocam-se, em nosso entender, aqueles julgados que exigem reparação em virtude de dano que o Estado não poderia razoavelmente impedir. Desborda das raias do bom senso responsabilizá-lo por dano que havia verdadeira impossibilidade física de conter.

É fisicamente impossível – e razoavelmente inexigível –, por exemplo, imaginar que possa haver policiamento em cada trecho das cidades, imaginar que possa haver recrutas aptos a combater o crime a toda hora e em qualquer lugar. Sistema policial nenhum do mundo possui um efetivo capaz de tal proeza.

Afigura-se-nos incongruente, destarte, o responsabilizar-se o Estado por omissão policial, quando era razoavelmente inexigível a presença da proteção naquele momento. Por outro lado, se havia policiais nas redondezas e omitiram-se os mesmos em socorrer, ou se deixaram de ser tomadas providências mediante chamado de socorro, a culpa do serviço é evidente, a acarretar a necessária reparação por parte do Estado.

O exemplo que utilizamos nessas conclusões – a omissão policial – serviu-nos para sintetizar os princípios que regem a responsabilidade civil por omissão da Administração Pública. Visamos, aqui, não a colocar um ponto final sobre o tema, mas a expor o nosso ponto de vista sobre as diretrizes que devem orientá-lo.

De se ressaltar, à guisa de conclusão, que o constante evoluir doutrinário e jurisprudencial a propósito da responsabilidade do Estado, a par de conferir-lhe maior encanto, representa maior incentivo à pesquisa e divulgação de novos trabalhos.

²⁵ Ob. cit., p. 517.

²⁶ É a opinião de Álvaro Lazzarini. Ob. cit., p. 19. Segundo o mesmo, também seria partidário de tal entendimento Mário Masagão.

BIBLIOGRAFIA

- ABIB, Guadalupe Maria Jungers: "Responsabilidade Patrimonial do Estado por Danos Causados a Terceiros – Omissão no Serviço Público – Responsabilidade Subjetiva – Considerações". *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. Abril/97, p. 259-261.
- AGUIAR DIAS, José de: *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- BAHIA, Saulo José Casali: *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- CRETELLA Jr., José: *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. VIII, Rio de Janeiro, Forense, 1970.
- FEDERIGHI, Wanderley José: *Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais*. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano: "Da Responsabilidade Civil do Estado". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 25, n. 100, out./dez 1988, p. 323-336.
- LAZZARINI, Álvaro: "Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo – RJTJESP*. Vol. 23, n. 117, março/abril 1989, p. 8-26.
- LINS, Paulo Sérgio da Costa (org.): *Responsabilidade Civil do Poder Público*. Rio de Janeiro, Esplanada, ADCOAS, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Curso de Direito Administrativo*. 6ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Responsabilidade Civil*. 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.): *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, vol. 32, n. 90, abril/junho 1993, p. 75-96.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva: "Responsabilidade Civil do Estado". *Ciência Jurídica*. N. 42, novembro/dezembro 1991, p. 9-26.
- WALD, Arnold: "Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado". *Revista de Informação Legislativa*. Ano 30, n. 117, janeiro/março 1993, p. 5-22.

* Procuradora do INSS em Recife/PE. Mestranda em Direito.

