

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Eduardo Maccari Telles *

Sumário: 1. Colocação do Tema; 2. Posições doutrinárias acerca da Responsabilidade Estatal por atos omissivos; 3. O art. 15 do antigo Código Civil como base legal da responsabilidade subjetiva estatal pela prática de atos omissivos; 4. O problema criado pelas disposições do Novo Código Civil acerca da Responsabilidade Civil do Estado; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. COLOCAÇÃO DO TEMA

A partir do momento em que foi introduzida a responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento jurídico nacional, surgiu com ela a incômoda questão de definir se esta responsabilidade objetiva seria a sistemática regente sobre a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos.

Em que pese a informação² de que a responsabilidade objetiva estatal chegou até nós pela atividade jurisprudencial antes de sua transcrição expressa pela legislação pátria, foi mesmo o art. 194 da Constituição de 1946 que trouxe de forma definitiva a responsabilidade objetiva do Estado no Brasil.

Regia o referido artigo:

"Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros."

Uma vez que o artigo não fazia qualquer menção, direta ou indireta, à necessidade de culpa na atuação estatal, restou sedimentada a responsabilidade civil objetiva do Estado, responsabilidade esta que continuou presente também nos artigos 105 e 107 da Constituições de 1967 e 1969, respectivamente, e ainda hoje se encontra expressa no conhecido § 6.º do artigo 37 da Constituição de 1988, que assim dispõe:

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro; Professor Universitário

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. (2.ªed.) São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

"Art. 37.

(...)

§ 6.º - 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."

A dicção do artigo é clara quanto à responsabilização objetiva do Estado nos atos comissivos, mas certamente não esclarece suficientemente acerca da responsabilização quanto aos atos omissivos.

Como sabido, na responsabilização objetiva basta a prova do dano e do nexo causal entre o comportamento e o evento danoso, o que é facilmente observado nos comportamentos comissivos. Os comportamentos omissivos, porém, apresentam notória dificuldade quanto à caracterização do nexo causal com o dano. A rigor, dependendo da teoria sobre a relação de causalidade adotada, o ato omissivo não pode ser considerado causa do dano, visto que este tem relação direta e imediata com acontecimento natural ou comportamento de terceiro não ligado ao Estado.

A responsabilização estatal, neste caso, derivaria do fato de que o Estado deveria ter evitado ou amainado os efeitos do ato natural ou humano causador do dano, não o tendo feito. Uma vez que a responsabilização tem fundamento numa falta de conduta do Estado, nos parece necessária a comprovação de que a conduta estatal não foi a medianamente esperada visando ao impedimento do dano.

Em face destas considerações, cabe responder se seria possível responsabilizar objetivamente o Estado por condutas omissivas indiretamente causadoras de dano e, em caso negativo, saber como se operaria a responsabilização do Estado por estes atos, em função das disposições constantes na legislação nacional, principalmente após o advento do novo Código Civil.

2. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS OMISSIVOS

A responsabilização do Estado por atos omissivos encontrou duas principais posições na doutrina nacional. Uma primeira corrente doutrinária vislumbra a possibilidade

de responsabilização objetiva nos atos estatais omissivos. Já numa segunda corrente, os autores sustentam que a responsabilização do Estado por atos omissivos será subjetiva, sendo que alguns doutrinadores defendem a responsabilização objetiva apenas em alguns atos omissivos, os determinados atos omissivos específicos, pregando a responsabilização subjetiva nos atos omissivos genéricos.

Na lição de Gustavo Tepedino, representante da primeira corrente mencionada, a Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, não fez qualquer distinção entre atos comissivos e omissivos, não cabendo, portanto, ao intérprete fazê-lo. Segundo Tepedino, isso não levaria, porém, a uma *panresponsabilização* do Estado, visto que mesmo a teoria objetiva comporta excludentes de responsabilidade, podendo haver situações que comportem o rompimento do nexo causal entre a ação preventiva do Estado e o evento danoso.

O doutrinador utiliza o seguinte exemplo para ilustrar seu raciocínio:

"Tome-se, como exemplo, a hipótese em que se configuram danos a particulares decorrentes de enchentes de vias públicas, tragicamente corriqueiras nos centros urbanos brasileiros. Inúmeras vezes, tem-se manifestado o Judiciário, em desapareço às sucessivas previsões constitucionais, no sentido da necessidade de se comprovar o mau funcionamento dos serviços públicos de escoamento de águas – limpeza de galerias, contenção de encostas, etc... -, para que se imponha a condenação da municipalidade. Se, ao revés, o operador adotasse a teoria do risco administrativo, nos termos da previsão constitucional, a construção não determinaria uma atribuição ilimitada de responsabilidade a cargo do Poder Público. Caberia ao julgador, no exame do caso concreto, verificar se a enchente, por sua intensidade, caracterizaria força maior, capaz de excluir o nexo causal entre a ação preventiva do município e os eventos danosos. Ao invés de se perquirir a falta do serviço, nem sempre de fácil constatação pericial, sobretudo após a verificação da calamidade, é de se examinar se o evento é previsível e resistível, cingindo-se a investigação aos pressupostos da responsabilidade objetiva."³

Arnoldo Wald também já proclamava tal doutrina defendendo que a ocorrência do dano já comprova a falta de serviço que justifica a indenização, cabendo ao Estado comprovar a existência de excludente no caso concreto a fim de afastar sua responsabilidade.

³ TEPEDINO, Gustavo Mendes. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, pp. 192/193.

Explica o autor:

“Uma parte da doutrina continua exigindo a prova da culpa da administração nos casos de depredações por multidões e enchentes. Em tais hipóteses, entendemos que a culpa é anônima, constituindo o que se denominou ‘falha de serviço’, que não necessita ser provada, presumindo-se pelo simples fato do mau funcionamento do aparelho administrativo, como, aliás, decidiu a jurisprudência no acórdão-líder de 1958. A ocorrência do dano comprova, por si só, que os serviços não funcionaram ou funcionaram mal, caracterizando, assim, a falta de serviço que justifica a indenização. A doutrina francesa reconhece, a este respeito, que a falta de serviço não deixa de constituir uma falha da empresa ou do Estado, concluindo que ‘l’accident anonyme est présumé faute de l’entreprise’. No caso, a falha do serviço, o resultado danoso e a prova da causalidade são elementos suficientes para ensejar a responsabilidade pública. E vimos que este tem sido o entendimento jurisprudencial, que presume a culpa da administração e só permite que ela se exonere da responsabilidade fazendo a prova da força maior.”⁴

Também Saulo José Casali Bahia explana de forma breve por que entende que a responsabilidade objetiva também vale para os atos omissivos:

“Enxergamos no art. 37, § 6.º da Constituição Federal espaço também, para os comportamentos omissivos, pois, para a hipótese, como vimos, ali só está expressa uma presunção de culpa, e as elidentes encontram-se não esclarecidas. E, como são reconhecidas no caso de comportamentos omissivos, aplica-se, sem problema, o dispositivo constitucional.”⁵

Com relação aos doutrinadores que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado nos atos omissivos, já foi esclarecido que alguns autores fazem a distinção entre atos omissivos genéricos e específicos. Esta posição doutrinária está exposta no pensamento de Guilherme Couto de Castro, em livro cujo tema é a responsabilidade civil objetiva. Argumenta o doutrinador que a dicção do art. 37, § 6.º da CRFB seria claramente direcionada aos atos comissivos e nunca aos atos omissivos que não estejam ligados a um dever específico de agir, razão pela qual sustenta a responsabilidade subjetiva quanto a estes últimos, onde ocorreria uma omissão genérica.

Ressalva, porém, que valerá a responsabilização objetiva nos casos de omissão específica, ou seja, quando existir dever individualizado de agir por parte do Estado, utilizando o doutrinador a seguinte argumentação:

“Acima de tudo, porém, o importante é balizar, sempre, o fundamento maior da existência da imputação sem falha, no campo do risco administrativo. Há duas possibilidades: ou existe ato ilícito do ente público, e a indenização se justifica em razão da própria contrariedade à lei, ou não existe, e então seu fundamento está na razoável repartição do gravame pela coletividade, dentro de padrões civilizatórios que devem ser buscados.

Daí não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.”⁶

O autor utiliza como exemplos de indenização em casos de omissão específica uma batida de carros causada por falha mecânica de sinalização e a morte de detento causada por companheiro de cela, ressaltando que em ambos os casos o Estado agiu com a presteza necessária, mas não lhe foi possível evitar o prejuízo. Como lhe cabia manter o correto funcionamento da sinalização e a integridade física do preso e como, nestes casos, se afigura razoável a socialização dos prejuízos, não concorrendo excludente de responsabilidade, seria objetiva a responsabilização do Estado que, segundo ele, a rigor, não praticou qualquer ilícito.

No mesmo sentido se posiciona o professor Sérgio Cavalieri Filho, ao registrar:

“Também em nosso entender, quando o dano resulta da omissão específica do Estado, ou, em outras palavras, quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento, o Estado responde objetivamente, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula.”⁷

Um dos principais expoentes da doutrina que professa a responsabilidade subjetiva para os atos omissivos é o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, que enxerga a responsabilidade do Estado por atos omissivos como uma responsabilidade por atos ilícitos.

Reputamos que o argumento do autor se apresenta extremamente bem construído, ao dizer:

⁴ WALD, Arnaldo. *Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado*. In: AJURIS, Julho 1993, n.º 58, p. 169

⁵ BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 70.

⁶ CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, pp. 56/57.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 169.

“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 ou 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. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ilícito, e necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.”⁸

A posição de Bandeira de Mello é compartilhada por outros administrativistas, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Maria Silvia Zanella Di Pietro. José dos Santos Carvalho Filho também vislumbra a necessidade da presença do elemento ‘culpa’ nos atos omissivos estatais para que possa se dar a responsabilização, mas, discordando expressamente de Bandeira de Mello, não entende que por isto haveria responsabilidade estatal subjetiva.

Defende Carvalho Filho:

“A conseqüência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.

(...)

O único ponto discutível na lição do grande publicista é aquele em que considera aplicável, na espécie, a teoria da responsabilidade subjetiva. Em nosso entender, se é verdadeiro que a omissão estatal é sempre caracterizada como conduta culposa, não é menos verdade que a responsabilidade objetiva, sendo um plus em relação à responsabilidade subjetiva, pode ser sempre a aplicável para condutas estatais, ainda que estas sejam revestidas de culpa. Mesmo que culposa a conduta, estarão presentes os pressupostos suficientes para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado.”⁹

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* (12ªed.). São Paulo: Editora Malheiros, 2000, pp. 794/795.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. (9.ªed.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 443.

Ressalve-se que Celso Antônio Bandeira de Mello, apesar de conhecido como defensor da responsabilidade subjetiva para os atos omissivos estatais, ao contrário do que defendem alguns doutrinadores¹⁰ também coloca temperamento semelhante à idéia de responsabilidade objetiva na omissão específica, ao defender a responsabilidade objetiva do Estado nos casos que chama de “danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória.”

Explica o autor:

“Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva.”

(...)

A guarda de coisas ou pessoas perigosas, conforme se observou inicialmente, é a hipótese mais comum, mas não é a única prefiguradora de danos dependentes de situação criada pelo Estado e propiciatória da lesão. Há outros casos em que o Poder Público expõe terceiro a situação igualmente inevitável onde o risco de dano é totalmente assumido pelo Estado.

Sirva de exemplo o acidente de trânsito causado por sinal semafórico que acende concomitantemente para os dois ângulos de um cruzamento (ainda que o defeito se deva a curto-circuito provocado há poucos segundos por um raio incidente sobre o sistema central de controle dos semáforos). Não há cogitar, aqui, de “falta de serviço” para cuja composição seria necessária a culpa ou dolo do Poder Público. Com efeito, em situações deste jaez aplica-se a responsabilidade objetiva, pois o Estado expôs terceiros ao risco oriundo do acatamento do sinal luminoso.”¹¹

3. O ART. 15 DO ATUAL CÓDIGO CIVIL COMO BASE LEGAL DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA ESTATAL PELA PRÁTICA DE ATOS OMISSIVOS

Com a introdução da responsabilidade objetiva do Estado na legislação brasileira, ocorrida a partir das disposições da Constituição de 1946, alguns doutrinadores

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Ob. Cit.* p. 169.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.*, pp. 801/802.

professaram a revogação do art. 15 do antigo Código Civil, que na opinião desta mesma doutrina consagrava a responsabilidade subjetiva do Estado, inclusive por atos omissivos.

Dispunha o referido artigo:

“Art. 15. 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.”

Defendendo a existência da revogação, assim se manifesta Gustavo Tepedino:

“A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dos quais se destaca o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade o art. 15 do Código Civil, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não foi recepcionado pelo sistema constitucional.”¹²

Efetivamente, pela leitura do art. 37, § 6.º, da CRFB parece, a princípio, que o art. 15 do antigo Código Civil já estaria há muito revogado, uma vez que a nova disposição, de sede constitucional, regularia integralmente a matéria. No entanto, alguns dos que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado, em todos ou apenas alguns atos omissivos, apontavam como fundamento legal desta responsabilização justamente o art. 15 do Código Civil.

Renan Miguel Saad, filiando-se à responsabilidade subjetiva para os atos omissivos do Estado, sustenta do seguinte modo a referida posição:

“Admitida a teoria do risco, sustenta refinada doutrina a sua adequação limitadamente aos atos comissivos do Estado.

Com efeito, na hipótese de atos omissivos, a aplicação da teoria do risco importaria em uma exacerbação descomedida da responsabilidade do Estado. Na ocorrência de comportamento omissivo, a responsabilidade estatal é subjetiva, por depender de procedimento doloso ou culposos.

Os prejuízos, neste caso, não são causados diretamente pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que omissão, para ser causa de dano, implica na ocorrência de fato a que o agente tem o dever de impedir.

¹² TEPEDINO, Gustavo Mendes. Ob. cit. p. 191.

A omissão poderá condicionar o implemento do ato danoso, sem, contudo, constituir a sua causa direta. O Estado, segundo a mesma doutrina, responde por omissão quando, devendo agir, não o fez, incorrendo no ilícito de deixar obstar aquilo que poderia impedir e estava obrigado a fazê-lo.

O fato danoso pode provir da natureza (eventos cujos efeitos lesivos o poder público não impediu, embora devesse fazê-lo), ou se revestir no comportamento prejudicial de alguém, cuja lesividade o Estado deveria impedir e não o fez.

Responde em ambas as hipóteses o poder público por culpa ou dolo, não sendo necessária a identificação do funcionário faltoso e sim a omissão do serviço.

Na esteira de tais considerações, aplica-se, na responsabilidade civil do Estado, por ato omissivo, o artigo 15 do Código Civil, que se encontra, portanto, em vigor, quanto aos atos omissivos, prevalecendo a responsabilidade objetiva da Constituição Federal para os atos comissivos do Estado.”¹³(grifos nossos)

Também Diogo de Figueiredo Moreira Neto preconizava a vigência do art. 15 do antigo Código Civil brasileiro, ao dizer:

“Antes da responsabilidade patrimonial do Estado ser elevada a tema constitucional, quando ainda era pacífico o conceito privatístico da responsabilidade civil da Administração, o art. 15, do Código Civil, regulava a matéria.

Da leitura do dispositivo observa-se, porém, que o legislador nele não previu somente a ocorrência de danos a terceiros causados por atos comissivos dos servidores, mas a decorrente de suas omissões. Daí resulta que o preceito do art. 15, do Código Civil, não foi totalmente revogado, mas apenas derogado no que se refere aos atos comissivos.

A teoria do risco administrativo não se aplica, portanto, às omissões dos agentes do Poder Público de que decorram danos a particulares, inclusive os retardamentos dos serviços públicos.”¹⁴ (grifos nossos)

Igualmente Sérgio Cavalieri Filho, mesmo filiando-se à idéia de que a responsabilidade subjetiva estatal valeria apenas para os atos omissivos genéricos, professava a derrogação parcial do art. 15 do Código Civil, ao sustentar:

“Por todo o exposto, é de se concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida de nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados – fatos de terceiros e fenômenos da Natureza – determinando-se, então, a

¹³ SAAD, Renan Miguel. *O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1994, pp. 67/68.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. (12.ª ed.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 580.

responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente.

Temos, por isso, sustentado que a Constituição de 1946 e as que se seguiram não revogaram o art. 15 do Código Civil, apenas o derogaram (parcialmente), deixando campo para sua incidência naqueles casos em que não é aplicável a responsabilidade fundada no risco administrativo. Entendemos também que, em face da redação ambígua do citado artigo, é possível dar a ele uma interpretação abrangente, de modo a servir de fundamento legal para a culpa anônima ou falta de serviço em nosso sistema jurídico.”¹⁵

4. O PROBLEMA CRIADO PELAS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Percebemos então que o art. 15 do Código Civil de 1916 funcionava como uma espécie de base legal para legitimar a responsabilização subjetiva do Estado pela prática de atos omissivos. O Novo Código Civil, porém, pela forma que trata a responsabilidade civil estatal, não poderia se prestar igualmente a este papel, visto que o artigo que rege especificamente a responsabilidade civil do Estado (art. 43) repete de forma quase idêntica os preceitos da responsabilidade objetiva do Estado previstos no art. 37, § 6.º, da CRFB.

Dispõem os artigos 43 e 186 do Novo Código Civil, que tratam da responsabilidade civil extracontratual e substituem, respectivamente, os arts. 15 e 159 do Código de 1916:

“Art. 43. 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.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Pela simples leitura do art. 43 já se percebe a impossibilidade de defender a responsabilização subjetiva do Estado nos atos omissivos invocando os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam especificamente da responsabilidade civil do Estado, visto que ambos apontam no sentido da responsabilização objetiva.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit. pp. 180/181.

Nasce então a questão de saber como se posicionará a doutrina e a jurisprudência com relação à responsabilização do Estado por atos omissivos a partir das disposições do Novo Código Civil a respeito.

5. CONCLUSÃO

As novas disposições do Código Civil acerca de responsabilidade civil podem levar a três caminhos distintos: a volta da irresponsabilidade estatal apenas para os atos omissivos, a consagração da responsabilidade objetiva também para estes ou a manutenção da responsabilidade subjetiva para as condutas estatais omissivas, encontrando-se novo fundamento legal de validade para esta última hipótese.

A volta à irresponsabilidade estatal sob o argumento de que não existe previsão legal para a responsabilização, mesmo que somente com relação aos atos omissivos, é inconcebível para qualquer Estado que se pretenda Estado de Direito, especialmente numa época em que caminhamos, talvez, para uma socialização dos prejuízos cada vez mais freqüente. Tal hipótese deve ser, portanto, liminarmente afastada.

A responsabilização objetiva dos atos estatais omissivos, em que pese a sapiência de seus defensores e a boa argumentação que a sustenta, não nos seduz enquanto caminho possível, por questões jurídicas e parajurídicas que abaixo se expõe.

A idéia de que o artigo 37, § 6.º, da Constituição e, agora, o art. 43 do Código Civil poderiam abarcar em sua redação tanto os atos comissivos quanto os atos omissivos certamente se afigura possível. A expressão ‘atos’ comporta atos comissivos e omissivos e, nesta linha, de acordo com o que se entenda como causa ligada direta e imediatamente ao dano, ou ainda como causa ‘adequada’ a ocorrência do dano, certamente os danos causados pelos agentes estatais poderiam derivar de comportamentos comissivos ou omissivos.

Toshio Mukai, citado por Álvaro Lazzarini, costura tal argumento dizendo:

“... as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito. (...) 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). (...) Em outros termos, 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.*¹⁶

De toda forma, o problema de tornar objetiva a responsabilização do Estado por atos omissivos se encontra principalmente no nexó causal e na eventual ausência de culpa do Estado na conduta.

Adotada a teoria da causalidade imediata ou da causalidade adequada, também é perfeitamente possível, com base no argumento de Celso Antônio Bandeira de Mello de que se o Estado não agiu não foi o causador direto do dano, entender de plano que não há no comportamento omissivo nexó causal com o dano causado que justificasse a responsabilização objetiva.

No entanto, uma vez que se mantenha vislumbrando o comportamento omissivo presumivelmente como causa do dano e uma vez que a responsabilidade objetiva prescindir da culpa para o dever de indenizar, estaríamos transformando a teoria do risco administrativo em risco quase integral, pois mesmo que o Estado tenha agido dentro do absoluto limite do razoável, não violando qualquer dever legal, persistiria a obrigação do Estado de indenizar.

Como exemplo, podemos supor um assalto na via pública à noite que, sem dúvida, se configura num fato previsível, sendo que o Estado tem a obrigação de garantir a segurança da população. Não havendo culpa exclusiva da vítima ou fortuito e sendo causa do fato a falta de policiamento no local, mesmo não tendo o Estado condições de prover policiamento ostensivo em toda a cidade ao mesmo tempo, pela lógica da responsabilização objetiva poderia haver por parte do Estado a obrigação de indenizar. Por certo que a socialização dos prejuízos não comporta tamanha generalização.

Restaria então a manutenção da responsabilidade subjetiva, em princípio, para os atos estatais omissivos, que nos parece o melhor caminho a ser seguido. Neste sentido, não enxergamos no advento do novo Código Civil qualquer dificuldade adicional no sentido de encontrar fundamento legal para tal hipótese.

¹⁶MUKAI, Toshio. In: LAZZARINI, Alvaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Revista de Jurisprudência TJSP. Lex Editora S.A., Vol. 117 Mar/Abr 1989, p. 16.

É que uma vez afastada a possibilidade de responsabilidade objetiva pelos argumentos já aduzidos, a responsabilidade civil do Estado, não podendo se enquadrar nas disposições previstas nos artigos 37, § 6.º, da Constituição e 43 do novo Código Civil, estaria enquadrada na regra geral prevista anteriormente no art. 159 do Código Civil de 1916 e hoje no art. 186 do novo Código Civil.

Sonia Stermán, tratando de movimentos multitudinários, afasta a aplicabilidade do art. 37, § 6.º, da Constituição quanto aos atos omissivos do Estado, ao dizer:

“O fundamento da responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários é o art. 15 c/c art. 159 do Código Civil, pois o art. 37, § 6.º, da Constituição Federal de 1988 somente diz respeito aos danos causados pelos agentes da Administração e não aos danos ocasionados por atos de terceiros em pessoas físicas ou propriedades privadas ou, ainda, por fenômenos da natureza. O referido artigo, e seu inciso da Carta Maior só atribui a responsabilidade objetiva ao Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.”¹⁷

As disposições do novo Código Civil também nos ajudam a construir a idéia de que a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos estará enquadrada na responsabilidade civil geral contida nos arts. 186 c/c 927 do novo Código Civil.

Note-se que o art. 43 responsabiliza o Estado por “atos dos seus agentes”, enquanto o art. 186 rege que o ato ilícito poderá ser praticado por “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Por fim, assim dispõe o art. 927, parágrafo único, do novo Código Civil:

*“Art. 927.
(...)*

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.”

O legislador apontou então no sentido de que a responsabilização sem culpa somente poderá se dar nos casos especificados em lei, sendo que não incluiu expressamente o comportamento omissivo no art. 43, como poderia ter feito. Como já dito, ainda que o art. 43

¹⁷STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado – Movimentos Multitudinários: Saques, Depredações, Fatos de Guerra, Revoluções, Ato Terroristas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 108.

do novo Código Civil e mesmo o art. 37, § 6.º da Constituição pudessem abarcar os atos omissivos, o fato de que a **conduta omissiva do Estado, em princípio, só pode ser punida se houver culpa, sob pena de uma panresponsabilização do Estado**, afasta tal interpretação, devendo o intérprete considerar que os artigos supracitados tratam apenas de responsabilidade por atos comissivos.

Em não havendo outra cláusula específica acerca da responsabilidade estatal, penso que a responsabilidade do Estado por atos omissivos deverá ser regulada pelas cláusulas gerais de responsabilidade por atos ilícitos previstas no Novo Código Civil (arts. 186 c/c 927), respondendo o Estado quando por omissão voluntária, negligência ou imprudência tenha permitido a ocorrência de evento danoso que poderia e deveria impedir.

Vale ressaltar ainda que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, na sua segunda parte, dá margem à responsabilização objetiva na chamada omissão específica, especialmente em situações em que o perigo foi criado pelo Estado como, por exemplo, na morte de detento causada por outro.

Por fim, importante dizer que não há qualquer violação à Constituição ou à Lei na defesa do não enquadramento da responsabilização do Estado por atos omissivos sob os ditames dos artigos 37, § 6.º, da Constituição ou 43 do Novo Código Civil. Em se tratando de situações diversas, não há qualquer empecilho na existência de fundamentos de responsabilidade igualmente diversos. Neste sentido, a elucidativa lição de Hely Lopes Meirelles:

“O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração dos danos causados por atos de terceiros ou por fenômenos da Natureza. Observe-se que o art. 37, § 6.º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos a particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidoes e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas

hipóteses, a indenização pela Fazenda Publica só e devida se se comprovar a culpa da Administração. E na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, § 6.º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da Natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos.”¹⁸ (grifos nossos).

6. BIBLIOGRAFIA

- BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. (9.ª ed.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. (2.ª ed.) São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil - Volume II*. (8.ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. (13.ª ed.) São Paulo: Atlas, 2001.
- LAZZARINI, Álvaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. *Revista de Jurisprudência TJSP - Vol. 117 Mar./Abr. 1989*. Lex Editora S.A..
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. (17.ª ed.). São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

¹⁸MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. (17.ª ed.) São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p.560.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. (12.^a ed.) São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo* (12.^a ed.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. (2.^a ed.) São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Teoria Geral do Direito Civil – Volume 2*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SAAD, Renan Miguel. *O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1994.

STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado – Movimentos Multitudinários: Saques, Depredações, Fatos de Guerra, Revoluções, Atos Terroristas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

TEPEDINO, Gustavo Mendes. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

WALD, Arnoldo. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. In: *AJURIS*, Julho 1993, n.º 58.