

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

RICARDO CORTES DA ROCHA

## RESUMO

A doutrina possui entendimento pacificado quanto à Responsabilidade Civil do Estado frente aos atos comissivos praticados por seus agentes, sendo utilizada a teoria objetiva como forma de embasamento jurídico para que os administrados, quando lesados, possam requerer a devida reparação. A dúvida surge sobre qual teoria utilizar, se objetiva ou subjetiva, diante de casos de prejuízos decorrentes da omissão estatal. O estudo tem como foco analisar os posicionamentos divergentes no que concerne a natureza jurídica da Responsabilidade Civil do Estado frente a seus atos omissivos.

Palavras-chave: Dano. Direito Administrativo. Estado. Omissão. Responsabilidade Civil.

## INTRODUÇÃO

Os atos realizados pelos agentes públicos representam a vontade da própria entidade estatal ao qual estão subordinados, podendo, muitas vezes, resultar em adversidades à população. Levando-se em consideração que, conforme nosso ordenamento jurídico, todos devem arcar com erros cometidos, inclusive o Estado, surge a necessidade, bem como o dever jurídico, da reparação do dano.

A administração pública, na realização dos seus deveres, mantendo a ordem na realização de suas atribuições e no fornecimento de serviços, deve sempre buscar a eficiência máxima no exercício de seus atos. Quando o resultado deste trabalho torna-se falho e acarrete algum prejuízo a terceiro, faz-se necessário a devida indenização a quem for lesado, utilizando-se, assim, do instituto da Responsabilidade Civil do Estado.

O assunto é previsto no §6º, artigo 37, da Constituição Federal de 88 e possui pacificado, pela doutrina, que, nos casos de danos resultantes de ações do Estado, este deve ser responsabilizado objetivamente. Fica estabelecido o dever do poder público em reparar o dano ocasionado, independentemente de se provar o dolo ou culpa

do agente causador. A dificuldade surge no momento em que o defeito que atinge direito do particular é decorrente de conduta omissiva estatal. De difícil qualificação, a omissão não possui previsão legal que traga expressamente a forma de tratamento ou maneira de resolução por aquele que tenha seu direito lesionado.

Assim sendo, o presente estudo busca analisar, a partir de pesquisa bibliográfica, a melhor forma de como a Administração Pública deva responder por danos ocasionados a terceiros em circunstâncias decorrentes da omissão dos agentes públicos.

O estudo da Responsabilidade Civil do Estado exige a compreensão de noções gerais sobre o assunto, necessárias para se formar uma base de entendimento do tema. Sob esse contexto, abordaremos neste trabalho, em um primeiro momento, acerca do instituto da Responsabilidade Civil, seus elementos e os pressupostos. Em seguida, faremos breve análise do disposto presente na CF/88 e nas causas que possibilitam a exclusão da responsabilidade.

Por fim, explanaremos sobre o tema que motivou este trabalho: a aplicação da Responsabilidade Civil do Estado diante de atos omissivos. Utilizando-se de doutrina diversa, listaremos alguns posicionamentos das correntes já formuladas e, pretendendo aclarar a presente questão, apresentaremos as considerações finais com o melhor posicionamento encontrado.

## CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Iniciamos o estudo com o conceito básico do que é a Responsabilidade Civil, no intuito de que, implementada a noção sobre o tema, poderemos ter um melhor exame da Responsabilidade Civil aplicada ao Estado.

Naturalmente a vida em sociedade possui um código de condutas a fim de se evitar lesão ao bem do próximo, seja ele um bem patrimonial ou um direito da personalidade. Assim, a Responsabilidade Civil parte do juízo de que, ao se verificar o cometimento de um ato, proveniente de ação ou omissão, e que produza resultado danoso para outrem, nasce a obrigação do ressarcimento por aquele que deu causa.

O instituto em questão possui como mote básico a reparação do prejuízo injusto gerado por uma das partes envolvidas, sendo a resolução do direito violado a finalidade a ser alcançada. Busca-se reformar a situação anteriormente vista.

Caio Mario da Silva Pereira apresenta o conceito e explica a necessidade de se indenizar o mal causado:

A ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal. Enquanto a obrigação permanece abstrata ou teórica, não interessa senão à moral. Mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-o o direito a seu cuidado e constrói a teoria da responsabilidade civil. Esta é, na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado. (2011, p. 552-553)

Ainda, Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 554) faz relevante observação para o presente estudo, ao informar que “a responsabilidade civil é suportada pelas pessoas jurídicas, da mesma forma que pelas pessoas físicas, e atinge tanto as de direito privado, quanto as de direito público.”.

A disposição legislativa é feita no atual Código Civil Brasileiro, o qual traz o sentido básico da norma, com previsão no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe: “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”.

Ainda, se faz necessário o exame dos pressupostos utilizados para caracterização da responsabilidade civil: a) Conduta, ação ou omissão humana; o ato responsável pela lesão ao direito do próximo. b) Culpa ou dolo; O dolo consiste na intenção da realização da atividade errônea, trata-se de uma ação consciente a fim de se violar direito. A culpa, de forma geral, é um erro cometido inconscientemente pela pessoa. O agente não possui vontade de realizar o resultado, mas age com inobservância de seus deveres legais; o prejuízo alheio é fruto de sua negligência, imprudência ou imperícia. c) Dano; É a lesão propriamente dita ao direito de outros. Não precisa necessariamente atingir os bens materiais, podendo ser material e/ou moral. Material é aquele que causa lesão ao patrimônio, o dano moral é aquele que pode atingir imagem, honra, psicológico, etc de terceiro, podendo gerar uma ofensa aos princípios da pessoa. d) Nexó de Causalidade; Relação entre conduta(a ação ou omissão) com o dano verificado. É o elo que une a conduta com o resultado surtido.

## O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

A nomenclatura do instituto costuma variar entre os autores: Hely Lopes Meirelles (2016, p. 779) utiliza o termo Responsabilidade Civil da Administração,

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021, p. 828) o trata por Responsabilidade Extracontratual do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1018) o chama de Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado, Odete Medauar (2018, p. 365) adota o termo de Responsabilidade Civil do Estado. Entretanto, apesar de existirem justificativas particulares para as variações no nome, não se percebe mudanças basilares na essência do conceito do instituto.

A Responsabilidade Civil do Estado consubstancia-se na visão de que a Administração Pública deverá indenizar e ressarcir os danos causados contra os direitos de seus administrados. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2016, p.779): “Responsabilidade Civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

A normatização da Responsabilidade Civil do Estado encontra-se disposta no §6 do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL. 1988):

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Da leitura do dispositivo, podemos destacar algumas informações importantes: a) As pessoas sujeitas à responsabilização não são apenas as de direito público (União, estados, municípios, DF, autarquias, fundações); também respondem por atos danosos as pessoas jurídicas de direito privado, enquanto na realização de funções estatais.

b) A palavra “agentes” qualifica em sentido amplo os representantes do estado que, necessariamente, estão no exercício de suas atribuições, podendo ser agentes políticos, militares, servidores estatutários, empregados públicos, empregados temporários, particulares em colaboração com o poder público, etc.

c) O artigo apresenta duas relações jurídicas, a primeira diz respeito à ação indenizatória proveniente da Responsabilidade do Estado em relação ao terceiro prejudicado e a segunda refere-se à ação regressiva que o Estado pode mover contra o agente responsável pelo dano.

Sobre a aplicação da responsabilidade do estado, algumas teorias foram surgindo no decorrer do tempo. Entretanto, necessitaríamos de um estudo mais

aprofundado para detalhar a evolução ocorrida. Desta forma, verificaremos apenas a teoria atualmente presente na CF.

Conforme Sérgio Cavalieri Filho, a teoria adotada pela CF é a Teoria do Risco Administrativo. Ela condiciona a responsabilidade do poder público a um dano decorrente da sua atividade, necessitando, assim, da prova da relação de causa e efeito (nexo causal) entre a atuação do agente público e o dano:

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 decorrente da sua atividade administrativa*, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo objetivamente. (2020. p. 285)

A teoria do risco administrativo permite que a responsabilidade do estado seja mitigada diante de excludentes. São situações em que se suprime, ou atenua, a Responsabilidade Civil do Estado em função da impossibilidade de verificar o nexo de causalidade entre a ação da Administração pública e o dano apresentado, conforme explica Irene Patrícia Nohara:

Na responsabilidade objetiva, as causas excludentes são associadas à teoria do risco administrativo. Causas excludentes da responsabilização são circunstâncias ocorridas que afastam a responsabilidade do Estado pela insubsistência do nexo de causalidade, diante das quais se constata que ele não provocou o dano ocorrido. (2020, p. 927)

São causas de excludentes da Responsabilidade:

- a) Culpa exclusiva da vítima: Situação em que a vítima causou dano a si própria. Em caso de culpa concorrente, aquela em que o estado também concorre na causa, não haverá excludente, mas sim uma atenuante.
- b) Culpa exclusiva de terceiros: Quando a ação de outras pessoas, diferentes do agente público, deram causa ao dano. Ocorreu uma interposição de terceiros na relação entre o Poder Público e o particular.
- c) Força maior e caso fortuito. Durante o estudo, percebemos que neste ponto existem divergências entre os autores. Esta discordância é explicada, de forma sucinta e clara, por Irene Patrícia Nohara:

No Direito Administrativo, por exemplo, há autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que associam a força maior a um fato da natureza e o caso fortuito ao evento imprevisível causado por ato humano, já outros, como Diogenes Gasparini, usam conceituação inversa. Celso Antônio Bandeira de Mello apenas menciona a força maior, tida como força da natureza irresistível, pois entende que o caso fortuito, que considera um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexa causal e, portanto, não é capaz de excluir a responsabilidade. (2020, p. 928)

Entretanto, por se tratarem de fatos imprevisíveis e que não podem ser considerados resultados da atuação estatal, podemos correlacionar ambos, força maior e caso fortuito, como formas de exclusão de responsabilidade estatal.

## **SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DE ATOS OMISSIVOS.**

A doutrina é unânime ao entender que a disposição presente no §6º do artigo 37 da CF/88 utiliza-se da teoria objetiva, sendo tal regra constitucional aplicada apenas quando recai sobre casos de danos decorrentes de uma ação estatal.

A incerteza surge diante de casos omissivos, tendo em vista que, no texto legal, não existe nenhuma previsão que diferencie a aplicação da responsabilidade civil do estado entre atos comissivos ou omissivos. Desta forma, existem contraposições entre os autores acerca da natureza jurídica, se objetiva ou subjetiva, da teoria a ser aplicada nas omissões.

Existem autores que adotam a aplicação da Responsabilidade Civil de forma objetiva a todos os casos de danos causados, como Hely Lopes Meirelles, Odete Medauar, Carlos Roberto Gonçalves, Flávio Tartuce. Por outro lado, existem aqueles que defendem a natureza subjetiva da responsabilidade civil do estado nos casos de sua omissão, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo entre outros.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explicam as diferenças entre as correntes doutrinárias:

Se não há, em relação às ações estatais, polêmica ou disputa acerca da natureza da responsabilidade (objetiva), já não é assim em relação às omissões estatais. Há, atualmente, ambas as correntes, subjetivistas e objetivistas. A primeira, mais tradicional, exige a clássica prova da culpa para responsabilizar o Estado. A segunda, de cores mais contemporâneas,

dispensa o requisito da culpa — exigindo, porém, naturalmente, a prova do nexo causal. (2019, p. 1233)

Destacados algumas opiniões a seguir.

## DOCTRINA FAVORÁVEL À APLICAÇÃO DA TEORIA OBJETIVA

Para esta corrente, o melhor sentido de se interpretar o art. 37, § 6º, da Constituição Federal/88 é o de que a Administração, ao cometer prejuízos aos seus administrados, responderá de forma objetiva, indenizando o lesado, independentemente do tipo de ato do agente público, comissivo ou não; bastaria comprovar a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade. Para Sérgio Cavalieri Filho o dispositivo constitucional abarca tanto os atos comissivos quanto omissivos:

Em nosso entender, o art. 37, § 6º, da Constituição não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva. O texto constitucional não estabelece nenhuma distinção entre conduta comissiva e omissiva, pelo que não cabe ao intérprete estabelecer. (2020, p. 292)

Celso Spitzcovsky e Pedro Lenza explicam que, para os autores que defendem a adoção da teoria objetiva nos casos omissos, o administrado, sendo a parte mais fraca da relação jurídica, seria privilegiado ao se utilizar a teoria objetiva. Isto facilitaria a forma de indenização pois exigiria apenas a comprovação do nexo causal:

Para estes a manutenção desse perfil objetivo da responsabilidade também para as hipóteses resultantes de omissão representa uma forma de continuar privilegiando a parte mais fraca dessa relação jurídica, vale dizer, o usuário, compatibilizando-se com a evolução histórica desse instituto, que, como já se viu, partiu da tese da irresponsabilidade do Estado para atingir a responsabilidade objetiva, facilitando a tarefa do particular atingido uma vez, que também aqui só terá de comprovar o nexo causal. (2021. p. 1311).

Hely Lopes Meirelles explica que, na adoção da teoria da responsabilidade objetiva, a Administração, permitindo que o agente público realize condutas em sua substituição, assume o risco independentemente da ação ou omissão, devendo responder pelos danos que causar a terceiros:

[...]Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o

risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. (2016, p. 786)

Ainda, o referido autor argumenta que, pela atual teoria objetiva, todo ato ou omissão do agente, quando lesivo e injusto, deve ser reparado pelo Estado, sem motivos para se indagar se vem do poder de império do estado ou de sua gestão, tendo em vista que ambas são formas de atuação administrativa:

A doutrina anterior fazia distinção entre *atos de império e atos de gestão* para admitir a responsabilidade da Administração somente quando o dano resultasse destes últimos. Pela atual teoria da responsabilidade objetiva, não há mais fundamento para esta sibilina distinção. Todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública, sem se indagar se provém do *jus imperii* ou do *jus gestionis* uma vez que ambos são formas da atuação administrativa. (2016, p. 787)

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald informam que não existem dois regimes para a responsabilidade do estado. O regime é o mesmo, o que varia seriam as circunstâncias de cada caso, sendo o responsável(Estado), em todos os casos, chamado para responder:

Vejam, agora, o problema sob o enfoque daqueles que entendem que a responsabilidade civil do Estado persiste sendo objetiva na omissão. Entende-se, em outras palavras, que não há, atualmente, dois regimes distintos para a responsabilidade civil do Estado: um para as ações, outro para as omissões. Essa é, esclarecemos, a nossa posição. O regime, em suma, seria o mesmo, com as circunstâncias variando em cada caso — o que ocorre, afinal de contas, em todos os casos em que alguém é chamado a responder civilmente por um dano causado.(2019, p. 1235)

Ainda, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald alegam que a discussão deveria girar em torno do nexos causal, não em torno da culpa. Ao citar exemplo de uma enchente, informa que a omissão estatal independe de demonstração de culpa:

Cabe repetir: em tomo do nexos causal devem orbitar tais discussões — não em tomo da culpa. Se uma enchente, por exemplo, causa danos aos moradores, o município responderá por eles? Sim, e independentemente de culpa, desde que as vítimas provem — ou decorra das circunstâncias — o nexos causal entre a omissão estatal e o dano. Isso evidencia que na omissão estatal a responsabilidade independe do elemento culpa. Basta o

nexo causal. Ainda que o Estado prove que não houve, de modo algum, culpa (digamos que o buraco apareceu no dia anterior, impossibilitando qualquer previsão de obra), ainda assim persistirá a responsabilidade estatal, para cuja ocorrência basta o dano aliado ao nexo causal, sendo irrelevante, mesmo nos casos de omissão estatal, a culpa. (2019, p. 1236)

Odete Medauar também defende a utilização da teoria objetiva diante de atos omissivos ou comissivos. Utilizando a Teoria do Risco, nomenclatura utilizada aqui como sinônimo da teoria do risco administrativo, explica que, embora a Administração vise atingir o interesse da população, pode ser que alguns integrantes sofram danos de condutas. Assim, se todos da população se beneficiam das atividades administrativas, conseqüentemente todos devem ter o encargo dos problemas causados, atribuindo, assim, ao Estado o encargo de ressarcir os danos, independentemente de serem causados em função da ação ou omissão de seus agentes:

No estágio mais recente formulou-se a teoria do risco, segundo a qual, ante as inúmeras e variadas atividades da Administração, existe a probabilidade de danos serem causados a particulares. Embora a Administração realize suas atividades para atender ao interesse de toda a população, é possível que alguns integrantes da população sofram danos por condutas ativas ou omissivas dos seus agentes. Desse modo, se, em princípio, todos se beneficiam das atividades administrativas, todos devem compartilhar do ressarcimento dos danos causados a alguns. Daí se atribuir ao Estado o encargo de ressarcir os danos que seus agentes, nessa qualidade, por ação ou omissão, causarem a terceiros. (2018, p. 366)

Na teoria do risco, informa Medauar, não mais se fala do dolo ou culpa do agente, mau funcionamento ou falha da administração. Em sua visão, deve ser observado apenas a relação de causa e efeito da omissão, ou seja, basta comprovar o nexo causal, o qual, sendo demonstrado, o Estado deve ressarcir:

Informada pela *teoria do risco*, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como *responsabilidade objetiva*. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixam-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir. (2018, p. 366)

Ainda, a citada autora, prossegue na defesa de seu posicionamento informando que alguns princípios respaldam a concepção da responsabilidade objetiva

do Estado; O sentido da justiça, a amplitude das atividades do estado que podem ensejar danos e o fato de que nem sempre é possível demonstrar dolo ou culpa. Desta forma, os direitos da vítima são melhor assegurados ao utilizar-se a teoria objetiva na Responsabilidade da Administração:

Alguns princípios respaldam a concepção da responsabilidade objetiva do Estado. Em primeiro lugar, o próprio sentido de justiça (equidade), o *neminem laedere*, o *alterum non laedere*, que permeia o direito e a própria vida, em virtude do qual o causador de prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano. No caso da Administração, a multiplicidade e amplitude de suas atividades e as suas prerrogativas de poder ensejam risco maior de danos a terceiros. Por outro lado, nem sempre é possível identificar o agente causador, nem sempre é possível demonstrar seu dolo ou culpa. Melhor se asseguram os direitos da vítima ante o tratamento objetivo da responsabilidade da Administração. (2018, p. 366)

Prossegue a autora em seu raciocínio ao informar sobre a igualdade entre todos, chamada solidariedade social; na qual informa que se todos os representados pelo Estado se beneficiam das atividades da administração, todos devem compartilhar os danos causados a alguns:

Em segundo lugar, o preceito da *igualdade de todos ante os ônus e encargos da Administração*, também denominado “solidariedade social”: se, em tese, todos se beneficiam das atividades da Administração, todos (representados pelo Estado) devem compartilhar do ressarcimento dos danos que essas atividades causam a alguns. (2018, p. 366)

Flávio Tartuce, se mostra bastante enfático em sua defesa da teoria objetiva, ao alegar que o Estado possui como obrigação a realização de seus deveres mínimos:

[...]Apenas proponho, na atual e infeliz realidade brasileira, que a tese seja repensada e refletida diante daquilo que vivemos. Por óbvio, o Estado não é a cura de todos os males, mas deve assumir o mínimo de suas obrigações, de acordo com a ideia de Estado Social, o que não vem ocorrendo. Há, na verdade, um Estado Ausente e Assistencialista, nada mais do que isso. Não se prega um Estado Segurador Universal, mas um Estado que cumpra com os seus deveres mínimos. (2020, p. 961).

O citado autor alega que a teoria subjetiva lhe parece absurda, tendo em vista a triste realidade da segurança pública fornecida pela Administração:

Do ponto de vista prático, a construção da teoria subjetiva, com o devido respeito, parece absurda, diante da triste realidade brasileira dos assaltos, dos sequestros relâmpagos seguidos de mortes e das balas perdidas, em que se sustenta a responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, diante da falta de segurança. (2020, p. 961).

O autor dá continuidade informando que, diante da omissão, seria um fardo provar a culpa do ente estatal. Prova esta perversa e diabólica. Seria interpretar a Constituição de maneira prejudicial ao cidadão:

De fato, não se pode interpretar a Constituição da República de maneira prejudicial ao cidadão, que terá o pesadíssimo fardo de provar a culpa do ente estatal nos casos de omissão, uma prova perversa, diabólica, até impossível. Por exemplo, como demonstrar que a bala perdida saiu do revólver do policial? Como provar que o agente não policiou as ruas devidamente ou que houve falha no comando do policiamento? Exigir tal ônus é algo totalmente irrazoável, desproporcional. (2020, p. 971).

Por fim, deixa claro seu posicionamento na defesa de que a responsabilidade civil, havendo omissão ou não, deverá ser sempre objetiva. Defende que, antes de qualquer coisa, a indenização das vítimas deve ser feita, devendo, em segundo plano, verificar culpa do agente ou os riscos da atividade. A responsabilidade é inerente ao Estado, assim como os riscos das atividades desempenhadas:

Nesse contexto, deve-se pensar, antes e em primeiro lugar, em indenizar as vítimas, para, depois, verificar, em um segundo plano, quem foi o culpado ou quem assumiu os riscos de sua atividade. A responsabilidade já nasce pelo ato de ser Estado e, como tal, de criar riscos pela atividade desempenhada aos cidadãos. Em suma, a responsabilidade pública deve ser sempre objetiva, havendo ação ou omissão do Estado. (2020, p. 971)

Isto posto, passemos às colocações da doutrina divergente.

## DOCTRINA FAVORÁVEL À APLICAÇÃO DA TEORIA SUBJETIVA

Esta corrente defende que, diante da omissão estatal, deverá ser utilizada a teoria subjetiva como base para Responsabilidade Civil do Estado. Conforme informa Fernanda Marinela, para a aplicação da responsabilidade de acordo com essa teoria, se faz necessário a presença de quatro pressupostos: omissão estatal, o dano, o nexo de causalidade e, por fim, o dolo ou culpa:

A teoria subjetiva, conforme apresentada no início do capítulo, conta com o quadro elementos definidores: o comportamento estatal, nesse caso omissivo, o dano, o nexo de causalidade entre a omissão e o dano e a culpa ou dolo. (2011, p. 884)

A autora informa que deve-se ter uma ponderação entre a punição pela ausência do estado frente a sua possibilidade de impedir o dano; tal medida evitaria

punição exagerada e desproporcional ao ente estatal. Defende a teoria subjetiva ao alegar que o Estado não pode ser o responsável pelas faltas do mundo, um salvador universal, por isso torna-se necessário a presença de limites:

Além desses elementos básicos, orienta-se ainda o cumprimento de outros aspectos fundamentais para que o Estado seja condenado à indenização, para evitar a punição exagerada e desproporcional do ente. Vale observar que a punição pela ausência do Poder Público deve ser ponderada frente a possibilidade de impedir o dano, além da compatibilidade com os padrões possíveis do serviço, frente às dificuldades orçamentárias insuperáveis para o Estado.

O fato é que o Estado não pode ser responsável pelas faltas do mundo, não pode ser tratado como anjo da guarda ou salvador universal, por isso os limites são necessários. (2011, p. 884-885)

Um dos motivos que justificam a adoção da teoria, é a de que os doutrinadores não reconhecem a aplicabilidade do artigo §6º do artigo 37 da CF/88 para os casos omissivos. De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, o dispositivo constitucional deve ser utilizado apenas diante de danos que decorram de alguma conduta comissiva dos agentes públicos:

É equivocado afirmar que, diante de qualquer situação, a responsabilidade da Administração Pública seja sempre objetiva. Deveras, o art. 37, § 6.º, da Constituição atribui responsabilidade extracontratual objetiva ao Estado apenas na hipótese de danos que decorram direta e imediatamente de alguma atuação, de alguma conduta comissiva de seus agentes.

A constituição de 1988 não traz qualquer regra expressa relativa a responsabilidade civil por eventuais danos ocasionados por omissões do Poder Público. [...] (2012, p. 782)

Sobre este posicionamento, devemos utilizar palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, famoso defensor da aplicação da teoria subjetiva nos casos omissos do Estado, para respaldar os motivos para utilização da teoria; afirma que a Responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico, independe de regra expressa para firmar-se, pois é consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito:

Parece-nos que a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independe de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro.

Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito. (2015, p. 1027)

[...]

Por tudo isto não cremos que se possa, no moderno Estado de Direito, colocar qualquer dúvida sobre a existência do princípio da responsabilidade do Estado nos casos em que falte texto expresso dispondo sobre a matéria. Igualmente, parece-nos sem fomento jurídico satisfatório buscar apoio em regras do Direito Privado para sustentar-lhe a existência, uma vez que a base para admiti-lo reside na própria espinha dorsal do Estado de Direito. (2015, p. 1027)

Um conceito bastante utilizado na defesa da aplicação da teoria subjetiva diante dos casos omissos é o da chamada “faute du service”. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que em tal ideia não é necessário uma culpa individual para se ter a responsabilidade do serviço, basta a “culpa ou falta do serviço”, ou seja, quando o serviço não funciona(devendo funcionar), funciona mal ou funciona atrasado:

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses.

Ocorre a culpa do serviço ou "falta de serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva. (2015, p. 1031).

Explica o autor que a responsabilidade do estado pela falta do serviço, sendo baseada na culpa, é subjetiva. O conceito de “faute du service” não pode ser, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva. Isto porque, para a deflagração da responsabilidade, não bastaria ter a mera objetividade, é necessário a culpa, elemento tipificador da responsabilidade subjetiva:

A responsabilidade do estado pela falta do serviço é subjetiva pois se baseia na culpa; não bastaria a objetividade de um dano do serviço estatal, deve-se ter a culpa, elemento que tipifica a responsabilidade subjetiva

É mister acentuar que a responsabilidade por "falta de serviço", falha do serviço ou culpa do serviço (*Faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva. (2015, p. 1032).

Lúcia Valle Figueiredo, deixa claro que, mesmo que a CF/88 traga a imputação da Responsabilidade Objetiva, quando estivermos diante de hipóteses de omissão do

estado, a aplicação correta é a da teoria subjetiva. Explica que, nestes casos, é necessário verificar se a medida deveria ter sido efetuada pelo ente estatal; se o Estado tinha o dever de agir, se houve insuficiência na prestação do serviço ou se foi defeituosa. Em resumo, para se provar a omissão do Estado, deve-se provar a *Faute de Service*:

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese da omissão) se era de se esperar a atuação do Estado

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência na prestação do serviço.

Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute de service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente. (2003. p. 264)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita como exemplo de Responsabilidade do Estado por omissão a falta de realização de um serviço, como serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais que poderiam evitar uma enchente. Prossegue informando que, neste caso, a responsabilidade, não sendo objetiva, decorre da culpa do serviço público (“*Faute de Service*”):

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público. (2021. p. 840)

[...]

Para outros, a responsabilidade, no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável). Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa. (2021. p. 840)

Devemos observar também outra colocação na defesa da teoria subjetiva presente na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello: o autor informa que se o Estado não agiu, então não pode ser ele o autor do dano; somente responderia nos casos em que estivesse legalmente obrigado a impedir o ato lesivo.

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 ao evento lesivo. (2015, p. 1038)

O referido professor informa que, se o poder público não estivesse obrigado a impedir o dano, não teria o encargo de suportar as consequências da lesão. Desta forma, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre proveniente de comportamentos ilegais. E, sendo assim, é necessariamente subjetiva.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, **a responsabilidade estatal por ato omissivo** é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é 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. (2015, p. 1038)

Ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o Estado deve agir por imposição legal. Se não agiu ou o fez deficientemente, deve responder pela falta. Por outro lado, não pode ser responsabilizado se houve atuação correta e não foi possível impedir o dano em função de força alheia. Alega que a causa do dano depreende uma ação do agente, e conseqüentemente um resultado. Por outro lado, condição é o evento que não ocorreu e que se tivesse ocorrido poderia impedir o dano. Desta forma, só é razoável que o Estado responda quando tiver obrigação de impedir o Ato:

Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.

Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.

Compreende-se que a solução indicada deva ser a acolhida. De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los. (2015, p. 1040)

Fernanda Marinela, nesta mesma linha de pensamento, destaca que a teoria subjetiva admite a responsabilização por condutas ilícitas, ou seja, se a administração for omissa, a ilicitude estará presente somente se ocorrer um descumprimento de dever legal:

Primeiro vale lembrar que a teoria subjetiva admite a responsabilização em razão de condutas ilícitas. Assim, considerando que o Administrador nesse caso é omissor, a ilicitude só estará presente se existir o descumprimento de um dever legal. (2011, p.884)

[...]

Dessa maneira, para o Estado se eximir da responsabilidade, deve-se observar as condições reais. Se o serviço é organizado e eficiente, mas não foi possível impedir o evento danoso por força alheia à vontade estatal, não lhe cabe responsabilização. Assim, quando há omissão do Estado, este não agiu ou agiu de forma insuficiente para impedir o dano, assumindo comportamento inferior ao padrão normal exigível, podendo ter impedido, mas não o fez, há dever de indenizar. (2011, p. 886)

José dos Santos Carvalho Filho informa que diante de conduta omissiva, deve-se distinguir se a omissão é o fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Apenas quando se omitir diante de dever legal que o estado deve ser obrigado a reparar os prejuízos. Assim, a responsabilidade civil, na conduta omissiva, somente será possível diante da comprovação de culpa. A culpa se origina no descumprimento do dever legal em impedir o dano. Desta forma, observa-se que, nas omissões, a teoria objetiva não é aplicada perfeitamente:

Todavia, 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.

A consequência, 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. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas. (2015. p. 590)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro informa que os danos por omissão, em regra, não são causados por agentes públicos, e sim por fatos da natureza ou por terceiros e explica que, para o Estado ser responsabilizado, deverá ter se omitido em um dever de agir:

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. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável. (2021, p. 837)

A autora, ao afirmar sua predileção pela teoria subjetiva, prossegue no raciocínio alegando que omissão decorre da culpa, não se podendo falar em responsabilidade objetiva diante de dano causado por inércia do agente público.

Por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público. Com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:996), entendemos que, nessa hipótese, existe uma presunção de culpa do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade. (2021, p. 837)

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo explicam que a culpa administrativa, por não ser individualizada, não necessita de prova da negligência, imprudência ou imperícia do agente público. Informam que cabe a pessoa lesada demonstrar que houve a falta no serviço, bem como o respectivonexo causal entre esta e o dano:

Tal culpa administrativa, no entanto, não precisa ser individualizada, isto é, não precisa ser provada negligência, imprudência ou imperícia de um agente público determinado por isso, às vezes, é utilizada a expressão “culpa anônima” em referência a essa modalidade de responsabilidade subjetiva). (2012, p. 782)

[...]

Em suma, para ensejar a responsabilização, a pessoa que sofreu o dano deve provar que houve falta no serviço que o Estado deveria ter prestado (nas modalidades omissivas inexistência do serviço, deficiência do serviço ou atraso na prestação do serviço). Isso porque, nessas hipóteses de danos decorrentes de atos de terceiros ou de fenômeno da natureza, para se configurar a obrigação estatal de indenizar há necessidade de comprovação de que concorreu para

resultados danoso determinada omissão culposa da Administração Pública. É necessário, também, que a pessoa que sofreu o dano demonstre existir nexo causal entre a falta ou deficiência na prestação do serviço e o dano por ela sofrido. O ônus da prova de todos esses elementos é da pessoa que sofreu o dano. (2012, p. 783)

Ainda, informam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que a responsabilidade decorrente da omissão está ligada com atos de terceiros, como atos de delinquentes ou de multidões, dos fenômenos da natureza, inclusive os decorrentes de força maior, devendo o particular lesado provar que a Administração deveria ter evitado o dano com sua atuação:

Essa modalidade de responsabilidade extracontratual do Estado usualmente se relaciona a situação em que há dano a um particular em decorrência de atos de terceiros (por exemplo, delinquentes ou multidões) ou de fenômenos da natureza (por exemplo, uma enchente ou um vendaval) – inclusive os que forem classificados como eventos de força maior. Caberá ao particular que sofreu o dano decorrente de ato de terceiros (não agente público), ou de evento da natureza, provar que a atuação normal, ordinária, regular da Administração Pública teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido. (2012, p. 783)

Assim sendo, devemos apresentar a conclusão do presente trabalho.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a responsabilidade civil traz a ideia do dever da reparação de um dano causado a outrem. O Estado, com a realização das ações de seus agentes públicos, atua diretamente na vida das pessoas. Levando-se em consideração a imensa variedade de situações passíveis de afetar os administrados, percebe-se a importância e o interesse público no estudo da Responsabilidade Civil do Estado.

O instituto está disposto na Constituição Federal, sendo aplicada a teoria objetiva na responsabilidade civil diante de ações ofensivas do estado aos particulares. Por outro lado, a falta de previsão legal e a ausência normativa, torna difícil aplicar a Responsabilidade Civil do Estado nos danos provenientes da omissão estatal.

Assim sendo, o presente estudo, através de pesquisa bibliográfica, teve como propósito uma breve análise dos fundamentos apresentados pelas correntes doutrinárias do ordenamento pátrio que buscam suprir esta lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme visto, os autores, muitos de renome nacional, possuem fundamentos válidos na defesa de ambas as correntes doutrinárias.

Entretanto, podemos concluir que a adoção da teoria objetiva se adequa melhor à Responsabilidade Estatal por omissão. Acreditamos que tal teoria condiz mais com o papel do Estado em defender os interesses da população.

A adoção da teoria objetiva permitiria a melhoria na resolução dos problemas ocasionados à sociedade, tendo em vista que omissões provenientes de agentes públicos, como policiais, médicos, professores, servidores públicos, operários, políticos, etc, pode resultar em graves danos, os quais o Poder Público, ao permitir a sua realização, assumiu o risco.

As ações do Estado são realizadas por atitudes, muitas vezes discricionárias, dos referidos agentes, sendo que, decorrentes de uma posição privilegiada sobre o cidadão, podem gerar erros de difícil comprovação de culpa pelo terceiro prejudicado.

Deve-se levar em consideração que a Constituição Federal não faz nenhuma distinção sobre o instituto. Desta forma, se a intenção do constituinte fosse dividir a responsabilidade entre objetiva e subjetiva, o dispositivo constitucional teria trazido claramente tal previsão. A falta de um entendimento legal não pode prejudicar duas vezes o administrado; primeiramente sendo lesado pela omissão, e em seguida, pela dificuldade de apresentar árduas provas. Ao se aplicar a teoria objetiva em tais casos, não seria transformar o Estado um segurador universal, trata-se da busca pela justiça para aquele que teve seu direito lesado.

Por fim, cabe informar que a teoria objetiva permite a utilização das excludentes de responsabilidade. Para demonstrar inocência e se isentar do dever de reparação, bastaria que o Estado demonstrasse a falta de nexos causal entre a omissão do agente e o dano, não existindo, assim, necessidade de se utilizar os fundamentos da teoria subjetiva, ou seja, a demonstração da culpa pelo administrado.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015. E-book.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo. 34ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 4ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo. 6ª Edição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo. 4ª Edição*. Niterói: Impetus, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno. 21ª Edição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro. 42ª Edição*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo. 32ª Edição*. São Paulo: Malheiros, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo. 10ª Edição*. São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. 24ª Edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SPITZCOVSKY, Celso; LENZA, Pedro. *Direito Administrativo Esquemático. 4ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil. 2ª Edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)