

Síntese histórica da Responsabilidade Civil e a necessidade de demonstração de culpa ante a falta de serviço público: requisito para configurar a responsabilidade do estado

Adriano Figueredo Carneiro*

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil. 3 O Princípio geral da responsabilidade civil, sua natureza jurídica e seus pressupostos. 4 Responsabilidade subjetiva do Estado pela falta de serviço público. 5 Amplitude Jurisprudencial. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Síntese histórica da responsabilidade civil e a necessidade de demonstração de culpa ante a falta de serviço público: requisito para configurar responsabilidade Estatal, é um estudo que, além de estudar a história do instituto da responsabilidade civil, tenta pacificar um entendimento sólido a respeito da responsabilidade do Estado por condutas omissivas negativas, ou seja, quando o agente público, nesta qualidade, não intermediou, ou não fez parte da relação causa e efeito (falta de serviço). Deixa claro que por condutas comissivas e omissiva positivas, ou seja, quando agente público age com dolo ou culpa, fazendo parte da relação de causalidade(causa-efeito), gerando, assim, qualquer dano, a responsabilidade é objetiva. Por outro lado, quando a conduta for omissiva negativa a responsabilidade será subjetiva. O presente trabalho visa destrinchar o instituto da responsabilidade civil e proporcionar aos leitores subsídios para se posicionarem em uma das duas teses existentes. Diante disto chega-se a uma conclusão, pretendendo assim contribuir e evoluir com a discussão no âmbito jurídico.

Palavras chave: Responsabilidade. Civil. Estado. Omissão.

* Assessor Técnico da Assessoria Jurídica da Polícia Militar do Ceará, graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar General Edgard Facó. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes.

1 Introdução

O instituto da responsabilidade extracontratual do Estado, ente juridicamente organizado e detentor do poder soberano, vem em constante evolução. Este instituto surgiu no Direito Francês, no século XVIII, através da construção do Conselho de Estado, decorrente do *imperium*, onde certas pessoas ou instituições detinham poderes de excluir, em determinados casos, a responsabilidade dos administradores, com raras exceções legais, promovendo assim uma irresponsabilidade do Estado perante seus administrados.

Já na segunda metade do século XIX, a situação antes adotada pelo Direito Francês teria se modificado, a partir do momento em que o administrado, comprovando a culpabilidade do Estado pela não execução do serviço público, por sua má execução ou por sua execução atrasada, ou seja, pela “falta de serviço”, incorporava ao seu patrimônio jurídico o direito de responsabilizá-lo por eventuais danos causados aos seus bens, daí surgiria a responsabilidade subjetiva do Estado.

Pouco tempo depois, viria a responsabilidade objetiva do Estado por atos lícitos ou ilícitos, de modo que se o Estado causasse danos ou prejuízos aos administrados, estes não precisariam comprovar a culpabilidade da pessoa jurídica de Direito Público, necessitando sim, apenas comprovar o dano e o nexa causal, ou seja, uma relação direta e imediata entre o comportamento e o dano, a fim de indenizar o administrado conforme suas perdas. O instituto da responsabilidade extracontratual do Estado ingressou no ordenamento jurídico Brasileiro a partir da Carta Magna de 1946 em seu art.194 e estava em plena evolução, daí a razão de surgirem, à época, decisões das mais variadas.

A doutrina e a jurisprudência, diante desta discussão, têm se posicionado de várias maneiras, ora com decisões fundamentadas na teoria da culpa, ora na teoria do risco, de modo a interpretar o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 como sendo de responsabilidade subjetiva, em alguns casos, e em outros de responsabilidade objetiva. Em defesa da responsabilidade subjetiva, quando da falta de serviço, encontramos vários juristas, quais sejam: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Helena Diniz, Odília Ferreira da Luz, Caio Tácito, Themístocles Brandão Cavalcanti e Aguiar Dias; por outro lado em defesa da responsabilidade objetiva do Estado, quando da falta de serviço, encontraremos: Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles, Weida Zancaner Brunini e Yussef Said Cahali.

A redação do art. 37 § 6º da atual Constituição Brasileira dá margem à interpretação das mais variadas, no que diz respeito à forma como se dá a responsabilização do Estado, se objetiva ou subjetiva. Para responsabilizar objetivamente o Estado por danos aos administrados, a causa terá que ser, necessariamente, originária de um agente público, nesta qualidade, ou seja, atos comissivos e omissivos positivos do Estado, representados pelos seus agentes, ou seja, o Estado tem que agir por meio do agente público. Verificaremos, portanto, neste trabalho, que os casos de omissão negativa, ou seja, onde o agente em hipótese alguma fez parte direta e imediata do ato causador do dano, não há que se falar em responsabilidade civil objetiva. O agente tem que necessariamente praticar algum ato, seja ele comissivo ou omissivo positivo, para que o administrado não necessite demonstrar a culpabilidade do ente estatal. Verificaremos também, que se não for possível identificar a conduta do agente, deverá, então, a vítima do evento danoso provar a culpabilidade do Estado.

2 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

Nos primórdios da civilização humana os fatos que davam origem a danos a pessoas de determinadas sociedades eram repudiados de forma coletiva, ou seja, a própria comunidade reunia-se e sancionava o agressor da mesma forma e grandeza da ofensa, fazendo com que aquela sanção servisse de exemplo para aquela comunidade. Tal característica de reparação obstacularizava futuras ações que poderiam advir de determinada sociedade.

Sucedese a compensação de indivíduo para indivíduo. Ao contrário dos atuais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: dano, ou prejuízo, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato e o dano, neste momento não havia que demonstrar a culpa do autor do fato, sendo-lhe imputados toda a responsabilidade originária do fato danoso. Não havia normas para limitar as ações destes indivíduos; de imediato a ação danosa era repudiada ou compensada com outra da mesma forma. Vejamos o que diz a respeito da responsabilidade civil nos primórdios da civilização humana, Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 04), em sua obra a Responsabilidade Civil: “Dominava, então, a vingança privada, “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

Da forma primitiva passa-se para a compensação econômica, ainda não se falando de culpa. Uma forma mais abrandada de reparação, evitando a reação natural do ser humano para com outro ser humano. O ofendido recebia todas as vantagens financeiras como forma de recompensa ao prejuízo sofrido; ressalte-se que ainda não há a presença do Estado soberano na intermediação do conflito, sendo uma forma voluntária do indivíduo.

Em uma nova evolução, nosso instituto passa agora a fazer diferença entre a “pena”, isso dentro da esfera do direito penal, e a “reparação dos danos”, agora a recomposição dos prejuízos advindos da conduta danosa, no âmbito civil. É na Lei Aquília, oriunda do Direito Romano, que se começa a delimitar todos os estudos de reparação de danos, vindo a se discutir a relação da culpa entre o fato danoso e o dano propriamente dito. Veja-se uma passagem da obra Responsabilidade Civil, de Maria Helena Diniz:

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em favor do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A Lex Aquilia de damno estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. (DINIZ, 2003, p.10).

Observa-se agora que, além do Estado intervir nas relações entre as pessoas, temos o conceito de culpa, como pressuposto da responsabilidade civil, firmando assim normativamente, através de um contrato social, a indenização pecuniária, e abolindo de uma vez a precariedade e a conduta primitiva do ser humano. Obviamente, pela forma autocrática e soberana do Estado, muito humildemente tinha-se falado em responsabilidade extracontratual do Estado, fazendo diferenciação entre os “atos de império” e os “atos de gestão”, um promovendo a irresponsabilidade civil e o outro a responsabilidade, respectivamente.

Foi na França, no século XVIII, que todo esse embasamento científico, a respeito do instituto ora estudado, gerou critérios mais aprofundados e seguros, até porque a sociedade evoluiu e, por conseguinte aumentou os conflitos nela existentes. Podendo-se falar que foi no Direito Francês que ocorreu um aperfeiçoamento da *Lex Aquilia*.

Na segunda metade do século XVIII, com o *boom* do desenvolvimento industrial, surgiu a teoria do Risco que, sem abandonar a teoria da culpa até o momento estudada, inova com a responsabilidade objetiva, protegendo de todas as formas as vítimas de condutas danosas. Observemos estudo de Carlos Roberto Gonçalves em sua obra Responsabilidade Civil:

A responsabilidade seria encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito a indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio....

A responsabilidade objetiva funda-se em um princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pela desvantagens dela resultantes...Quem aufere os cômodos(ou lucros) deve suportar os incômodos(ou riscos) (GONÇALVES, 2005, p. 06-07)

Mesmo de maneira deficiente, observa-se uma atenção maior nas relações trabalhistas entre empregador e empregado, no que diz respeito à responsabilidade civil de um para com o outro. Momento em que, nestas relações, ocorreu uma passagem da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva. Neste momento, da evolução histórica, verificamos que mesmo sem deixar a noção de culpa, ou da responsabilidade subjetiva, a doutrina dá lugar para a responsabilidade objetiva, advindo a noção de risco; desta maneira existindo tanto normatizações

para uma linha de pensamento como para outra. De modo que, dentro de um determinado ordenamento jurídico, existiam fatos positivados seguindo as doutrinas tanto da responsabilidade objetiva como da responsabilidade subjetiva.

Atualmente, a Responsabilidade Civil se coaduna com os mais diversos ramos do Direito, ora seguindo a teoria do Risco, ora seguindo a teoria da Culpa, dependendo muito da origem das condutas danosas, de seus sujeitos, e do nexos causal, sempre existindo dentro de um mesmo sistema discussões acirradas sobre o instituto ora estudado.

A responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou a área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e a sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação) (DINIZ, 2003, p.09).

Atualmente, no Brasil, temos a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Com a redação maior, seguiu novamente o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado na reparação de danos sofridos por seus administrados, porém inovou com a inclusão de responsabilidade para todas as pessoas jurídicas, seja de direito público ou privado, prestadoras de serviços públicos. Verifica-se novamente a individualização do ato, na pessoa do agente público, e o direito de ação regressiva do Estado para com este mesmo agente:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, Constituição de 1988).

2 O Princípio geral da Responsabilidade Civil, sua natureza jurídica e seus pressupostos

Estamos convivendo em comunidade, as relações humanas, o contato humano está diuturnamente em equilíbrio. Quando este equilíbrio é rompido, e surge a partir daí um conflito entre pessoas, dando origem a um evento danoso ou prejudicial a um dos sujeitos, estamos diante a um caso de Responsabilidade Civil. Portanto, entende-se que o princípio geral da responsabilidade civil é o de não prejudicar ninguém.

Em uma relação humana o direito de um termina quando começa o do outro, em não respeitando este limite tem-se, advindo o prejuízo, a responsabilidade civil de um para com o outro. Portanto, todo o princípio da responsabilidade civil se resume em não prejudicar ninguém, em não lesionar física ou moralmente os sujeitos de uma comunidade social, é o princípio fundamental do *neminem laedere*.

Após análise do princípio geral da responsabilidade civil, baseado no princípio fundamental do *neminem laedere*, como mandamento geral, passa-se a analisar a natureza jurídica do instituto ora em estudo.

Se o mandamento geral deste instituto é o de não prejudicar a ninguém, obviamente se houver um evento danoso entre sujeitos, haverá a obrigação do agente causador do dano em ressarcir todo o prejuízo advindo do fato, ou ressarcir aquilo que deixou de ganhar, ou ressarcir terceiros relacionados com o fato ou com o sujeito credor da relação prejudicante-

prejudicado. Diante disso, claramente, expomos que uma das espécies de natureza jurídica da responsabilidade civil é o caráter compensatório.

Sendo o ato danoso oriundo de uma ação lícita ou ilícita, posteriormente irá surgir com base neste evento uma sanção civil, mas que terá no final do processo um caráter sancionatório. De modo a atribuir à parte lesante uma pena pecuniária pela sua ação.

Diante disso observa-se outra espécie da natureza jurídica da responsabilidade civil que é, sem dúvida alguma, a sancionadora, procurando a partir daí colocar o sujeito lesante, pela sua conduta, numa situação em que ele se sinta apenado - no sentido *lato* - pelo seu ato. Posteriormente, vindo a compensar ou indenizar os prejuízos que a outrem sujeitou.

Passa-se, adiante, a falar sobre os pressupostos da responsabilidade civil. O primeiro refere-se à **conduta humana**, o ato humano, seja comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário e individualizado, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

A civilista Maria Helena Diniz ensina, em seu estudo, que conduta é uma ação humana, voluntária e individualizada, uma iniciativa promovida por vontade própria, sem qualquer imposição, mesmo que o ato executado se indique como um dever da pessoa, vejamos:

Deverá ser voluntário no sentido de ser controlável pela vontade a qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocações de fatos invencíveis como tempestade, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc. (DINIZ, 2003, p.40).

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é **o dolo ou culpa do agente**. Dolo é a violação intencional, consciente e voluntária do dever jurídico, é a exteriorização de sua vontade, é a demonstração de seu “querer”. A culpa é a falta de diligência normal, por imperícia, imprudência ou negligência.

Ratifica-se que a regra da reparação civil é a da responsabilidade subjetiva, tendo a vítima que demonstrar a culpa, em *stricto sensu*, do sujeito lesante, porém existirá casos em que a responsabilidade será objetiva, com base na teoria do risco e da culpa presumida.

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil é **a relação de causalidade ou nexa causal**, sendo o binômio causa-efeito entre a ação ou omissão humana e o prejuízo sofrido por um dos sujeitos do evento danoso. De modo que, se a causa não está relacionada com o evento danoso não há que se falar em responsabilidade civil. Demonstra-se os elementos objetivos do evento. Por exemplo, se alguém comprar um vestido em uma loja, e chegando em casa sua filha desbota o vestido, de forma que fique inservível, não há que se falar em responsabilidade civil da loja, pois não há relação de causa e efeito.

Por último **o dano sofrido pela vítima**. O dano nada mais é que o prejuízo que a vítima tem em virtude do evento danoso, podendo ser material ou simplesmente moral. O material é o prejuízo financeiro, que poderá ser calculável e posteriormente liquidado; o prejuízo moral é o prejuízo intangível, porém alvo de ser calculado e liquidado.

3 Responsabilidade subjetiva do Estado pela falta de serviço público

Atualmente pode-se encontrar em algumas jurisprudências, doutrinas e artigos jurídicos brasileiros o entendimento de que o Estado seria responsável objetivamente por qualquer dano

que seu administrado sofresse pela não prestação, ou pelo não cumprimento de alguns deveres constitucionais dispostos na Carta Magna, mais precisamente pela falta de serviço - não execução do serviço público, má execução ou por sua execução atrasada. Estas doutrinas e jurisprudências afirmam que o Estado estaria obrigado a reparar, objetivamente, os danos sofridos pelas pessoas, caso as obrigações de serviços públicos como: segurança, saúde, educação, etc. não funcionassem, funcionassem tardiamente ou funcionassem mal. Entende-se errôneo este pensamento, pois o Estado não agiu positivamente, ou seja, por intermédio de agente público, atuando em serviço ou em razão da função.

Sabe-se que alguns deveres constitucionais do Estado para com a sociedade dependem de políticas públicas para o seu alcance, e que estas obrigações, como educação, saúde, segurança e outros, sempre serão metas a serem buscadas e em constante execução pela máquina administrativa do Estado, sempre com finalidade de uma convivência harmoniosa na comunidade.

Seria um absurdo aqui idealizar que em todo distrito e município do território brasileiro houvesse um hospital com todo o aparato pessoal e material para atender o cidadão; que em todo quarteirão das cidades e municípios do Brasil existisse uma dupla de policial a fornecer o serviço de segurança às comunidades locais; que em toda a localidade houvesse uma escola com logística necessária para proporcionar uma educação de qualidade e garantir aquele cidadão sua inclusão no concorrido mercado de trabalho futuramente.

Verifica-se que os artigos 144, 196 e 205 da Constituição Federal de 1988 elencam deveres do Estado para com a sociedade, quais sejam de segurança, saúde e educação, bem como outros que aqui não é citado, porém dentro de uma normalidade e dentro de um padrão de serviço público é irrazoável e desproporcional exigir a presença do Estado em

todo o espaço físico do ente federativo. Observe o que dispõe o *caput* dos artigos acima mencionado:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação

[...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, Constituição de 1988)

Observa-se que o legislador Constitucional deu um maior grau de importância há alguns direitos sociais, quais sejam, o de segurança, saúde e educação, porém não significa dizer que, dentro do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, princípios constitucionalmente consagrados, o Estado terá, objetivamente, o dever de reparar todos os danos advindos das áreas de segurança, saúde e educação. Neste caso chegaremos a teoria do risco integral, a qual não encontra amparo sistêmico, nem legal.

Estamos de frente a uma discussão por demais debatida a responsabilidade civil, qual seja, a falta de serviço. Na responsabilidade objetiva, o sujeito passivo da ação – no caso em estudo o ente Estatal - terá que responder pelas ações ou omissões independentemente de culpa, não importando se o ato jurídico ocorreu com imperícia, imprudência ou negligência,

diferentemente dos casos onde exista a “falta de serviço”, ou seja, nos casos de ausência ou retardo no funcionamento do serviço público.

Caso haja falta de serviço nos deveres constitucionais de prestação de segurança, saúde, educação, dentre outros, verificando-se a falta de uma delas é, porém, razoável a constatação da culpa, mesmo se ocorrer a inversão do ônus da prova, desde que haja normalidade na prestação de serviço e que o agente público não tenha intermediado o fato danoso, com dolo ou culpa. Assim observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p.959):

Finalmente, quadra advertir que a responsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de “culpa presumida”, pois, se o Poder Público provar que não houve omissão culposa ou dolosa, descaberá responsabilizá-lo; diversamente do que ocorre na responsabilidade objetiva, em que nada importa se teve, ou não, culpa: responderá do mesmo modo.

É entendimento plausível e coerente afirmar que em caso de omissão positiva, pela qual ocorre uma inércia do Estado, por meio de um agente público, nesta qualidade, tendo o dever de agir e não o fez, a responsabilidade é objetiva, não sendo necessária a comprovação da culpabilidade do Poder Público na prestação do serviço. Concorde-se com o pensamento de Mello (2005, p. 960):

A responsabilidade estatal repontará apenas, consoante reiteradamente vimos afirmando, se o Estado não agiu para impedir o dano, embora estivesse juridicamente obrigado a obstá-lo, ou se, tendo agido, atuou insuficiente, portanto abaixo dos padrões a que estava de direito compelido.

Do mesmo modo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 625):

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço; omissão na prestação do serviço tem levado a 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.

[...]

O Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público;

[...]

a culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mal funcionamento, não-funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado (grifo nosso).

Mais uma vez verificamos a diferença que a doutrina menciona, quanto a falta de serviço, ficando mais claramente visível quando Di Pietro fala que se o dano não ocorreu de atuação direta do agente público, como consagra o art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado, de modo que é necessária a caracterização da omissão, a demonstração da falta do serviço público, para justificar a responsabilidade do Estado, ou seja, é indispensável, na instrução processual, a demonstração da culpa do Poder Público, nos casos de danos provenientes da falta de serviço.

A falta de serviço é o termo usado por nossa doutrina para especificar o retardo do serviço público, ou a inexistência do serviço público, ou seu mau funcionamento, obviamente, tudo dentro de um padrão de normalidade de serviço. O Estado, como pessoa jurídica, não poderia ser onipresente, onisciente e onipotente.

Entende-se, portanto, que na esfera dos atos omissivos negativos, ou seja, aqueles em que o agente público não tenha intermediado o fato danoso, com dolo ou culpa, deve-se verificar a culpa do Estado na obrigação de reparar, fundamentado na teoria da culpa.

A própria Carta Magna de 1988 deixa claro que quando há uma ação positiva do Estado, por intermédio do agente público nessa qualidade, a responsabilidade é objetiva, porém do contrário, não, a responsabilidade é subjetiva. Enfim, danos provenientes da falta de serviço é caso de responsabilidade subjetiva do Estado.

4 Amplitude jurisprudencial

Abaixo veremos farta jurisprudência, as quais demonstram que pela falta de serviço a responsabilidade do Estado é subjetiva, com fundamento na teoria da culpa. Momento em que não partindo, diretamente e imediatamente, a conduta omissiva de agente público, atuando em serviço ou em razão da função, ou seja, a conduta sendo omissiva negativa, a responsabilidade estatal é subjetiva. Repita-se que a *faute du service* é quando o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente, dentro do padrão de normalidade. Senão vejamos:

Prestação de serviço de saúde mantido em hospital municipal – Necessidade da comprovação da ocorrência de comissão ou omissão decorrente de imprudência, negligência ou imperícia quer por parte do médico, quer por parte da pessoa jurídica de direito público. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 144.363-5/5-SP. Agravante: Gerci Ermina da Anúnciação. Agravado: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator Des. Laerte Sampaio. São Paulo, 7 dez.1999. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 775, p. 247-250, maio 1999.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. EPIDEMIA DE DENGUE. DANO COLETIVO E ABSTRATO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO. SERVIÇO DEFICIENTE NÃO-CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. O art. 127 da Constituição Federal estabelece a competência do Ministério Público para promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis por meio da ação civil pública, na forma do art. 129 da Carta Magna e do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, abrangendo quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, não havendo "taxatividade de objeto para a defesa judicial" de tais interesses. 2. A responsabilidade civil por omissão, quando a causa de pedir da ação de reparação de danos assenta-se no *faute du service publique*, é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a hipótese de o Estado deixar de agir na forma da lei e como ela determina. 3. A responsabilidade civil do Estado, em se tratando de implementação de programas de prevenção e combate à dengue, é verificada nas seguintes situações distintas: a) quando não são implementados tais programas; b) quando, apesar de existirem programas de eficácia comprovada, mesmo que levados a efeito em países estrangeiros, o Estado, em momento de alastramento de focos epidêmicos, decida pela implementação experimental de outros; c) quando verificada a negligência ou imperícia na condução de aludidos programas. 4. Incabível a reparação de danos ocasionada pela *faute du service publique* quando não seja possível registrar o número de vítimas contaminadas em decorrência de atraso na implementação de programa de combate à dengue, não tendo sido sequer comprovado o efetivo atraso ou se ele teria provocado o alastramento do foco epidêmico. 5. Incabível a reparação de danos ocasionada abstratamente à coletividade, sem que

seja possível mensurar as pessoas atingidas em razão de eventual negligência estatal, mormente em havendo fortes suspeitas de que a ação estatal, se ocorrida atempadamente, não teria contribuído para evitar o dano nas proporções em que se verificou. 6. Recurso especial do Município Currais Novos não-conhecido. 7. Recursos especiais da União e da Funasa providos em parte. REsp 703471 / RN; RECURSO ESPECIAL 2004/0162624-3. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123)

Por entender ausente o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a particular, a Turma conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para, reformando o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afastar a condenação por danos morais e materiais imposta ao mesmo Estado, nos autos de ação indenizatória movida por viúva de vítima de latrocínio praticado por quadrilha, da qual participava detento foragido da prisão há 4 meses. A Turma, assentando ser a espécie hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado, considerou não ser possível o reconhecimento da falta do serviço no caso, uma vez que o dano decorrente do latrocínio não tivera como causa direta e imediata a omissão do Poder Público na falha da vigilância penitenciária, mas resultara de outras causas, como o planejamento, a associação e a própria execução do delito, ficando interrompida, portanto, a cadeia causal. STF – RE 369820/RS – Rel. Min. Carlos Veloso – Julgado em 4 nov. 2003 – Informativo n. 329 STF.

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27 fev. 2004)

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27 fev. 2004)

Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso — atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão — preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores (...). (RE 136.247, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18 ago. 2000)

Veículo registrado pelo Detran, mas que veio a ser apreendido pela polícia por ser objeto de furto. Não se pode impor ao Estado o dever de ressarcir o prejuízo, conferindo-se ao certificado de registro de veículo, que é apenas título de propriedade, o efeito legitimador da transação, e dispensando-se o adquirente de diligenciar, quando da sua aquisição, quanto à legitimidade do título do vendedor. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público o dever de indenizar sob o argumento de falha no sistema de registro. (RE 215.987, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 12 nov.1999)

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, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18 out. 1996)

Veículo admitido a registro, pelo Departamento Estadual de Trânsito, a requerimento do adquirente, mas que depois se verificou haver

sido objeto de furto. Ausente o nexo causal, entre a atividade do funcionário e o prejuízo enfrentado pelo mencionado adquirente, não se acha caracterizada a responsabilidade civil do Estado. Precedentes do Supremo Tribunal: RREE 64.600, 86.656 e 111.715. (RE 134.298, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 13 mar. 1992)

ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO/LIQUIDAÇÃO DO BANCO ECONÔMICO. DANO MORAL SOFRIDO POR EMPREGADO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO FISCALIZATÓRIA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. RESPONSABILIDADE CULPOSA. PROVA DO DANO. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Segundo cediça jurisprudência, a responsabilidade do Estado por omissão não é objetiva, dependendo da demonstração de dolo ou culpa.

3. O que levou o Grupo Econômico à liquidação extrajudicial foi a má-gestão de seus administradores, que descumpriram as leis e enganaram os investidores, e não a fiscalização do Banco Central do Brasil ou a ausência dela.

4. O Poder Público, no exercício de seu poder de polícia sobre o mercado de capitais, tem o dever de fiscalizar, mas não o de se responsabilizar pelas fraudes cometidas pelos gestores de instituições financeiras, muito menos o de garantir os lucros da especulação financeira e a honorabilidade dos funcionários dessas instituições.

5. O apelante, ao aceitar o convite para ser um alto executivo do Banco Econômico S/A, tinha o dever de conhecer a grave situação econômico-financeira da empresa que, segundo o TCU, era notória há mais de dez anos, vez que se trata de profissional de longa experiência no ramo, cuja competência não foi posta em dúvida.

6. Inexiste nexo de causalidade entre a alegada omissão fiscalizatória do Banco Central e a interrupção da carreira de bancário do apelante, porquanto seu emprego foi preservado com a transferência para o Banco Excel, do qual exonerou-se a pedido.

7. Apelação improvida. (AC 199904010331653/RS, 3ª Turma, DJU 06 set. 2000, p. 183).

RECURSO ESPECIAL. DNER. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE CAUSADO EM RODOVIA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. MÁ CONSERVAÇÃO DA RODOVIA FEDERAL. CULPA DA AUTARQUIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO. 300 SALÁRIOS MÍNIMOS. PRECEDENTES.

O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER é legítimo para figurar no pólo passivo da presente demanda, em que se discute o cabimento de indenização por danos morais à esposa de vítima falecida em decorrência de acidente de trânsito em rodovia federal.

A referida autarquia federal é responsável pela conservação das rodovias federais e pelos danos causados a terceiros em decorrência de sua má preservação. No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, “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” (“Curso de direito administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 855).

Na espécie, a Corte de origem e o Juízo de primeiro grau concluíram, com base no exame acurado das provas dos autos, que o acidente que levou à morte da vítima foi provocado por buracos na rodovia federal, que levaram ao esvaziamento dos pneus do veículo acidentado e o conseqüente descontrole de sua direção. Dessa forma, impõe-se a condenação à indenização por danos morais ao DNER, responsável pela conservação das rodovias federais, nos termos do Decreto-lei n. 512/69. Com efeito, cumpria àquela autarquia zelar pelo bom estado das rodovias e proporcionar satisfatórias

condições de segurança aos seus usuários. (STJ - REsp 549812/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 31 maio 2004, p. 273, a Segunda Turma)

6 Conclusão

Apesar da grande discussão doutrinária e jurisprudencial este estudo trouxe algumas contribuições científicas a cerca do instituto da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas. Ainda hoje há decisões judiciais que nos levam a crer que dependendo do fato concreto a responsabilidade civil do Estado por omissão pode ser subjetiva ou objetiva.

É de grande relevância ressaltar que em nosso sistema jurídico Brasileiro todo tipo de responsabilidade civil objetiva se encontra positivado em nosso ordenamento jurídico, sendo regra a responsabilidade subjetiva aos causadores de danos causados em vítimas de evento danoso, ou seja, teremos que observar todos os pressupostos do instituto para a devida reparação, quais sejam: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade ou nexos causal, e o dano sofrido pela vítima.

A nossa Carta Magna em seu art. 37, § 6º, deixa bem claro que 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. Entende-se que a relação de causa e efeito tem que se originar de uma ação ou omissão do agente público, atuando de serviço ou em razão da função, deste modo terá, obviamente, configurada a responsabilidade civil do Estado de modo objetivo, ou seja, sem demonstração de culpa. Portanto, presunção *iure et de iure* de culpa.

Ao contrário veremos se o dano não partiu do agente público. Nos casos de omissão Estatal pela falta de serviço, ou

seja, quando o serviço público não funcionou, funcionou mal ou tardiamente, não podemos individualizar o ato no agente público, de modo que a responsabilidade civil do Estado pela reparação é subjetiva, ou seja, teremos que deixar comprovada a culpabilidade do Estado.

Dentro de uma prestação de serviço público normal, isto é, dentro dos padrões de normalidade, com certa proporcionalidade entre a execução do serviço e o reconhecimento social, não há que se falar em responsabilidade objetiva pela falta de serviço. Se assim fosse, adotaríamos a teoria do risco integral para o Estado, ou seja, responsável por todo o dano à sociedade.

Por fim, até pelo disposto na Constituição Federal, deixa-se claro que por condutas comissivas e omissivas específicas, ou positivas, isto é, onde o Estado agiu de forma positiva, por intermédio de um agente público, nessa qualidade, podendo-se individualizar a conduta do servidor, de modo direto e imediato no evento danoso, a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Do contrário, quando observamos a omissão genérica, ou negativa, isto é, não se observa a ação ou omissão do agente público, seja porque o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente - falta de serviço - a responsabilidade é subjetiva.

The historical evolution of tort law and the need for proof of guilt before the lack of public service: State responsibility for setting requirements

Abstract: Is a study that, in addition to studying the history of the institute of civil liability, attempts to pacify a solid understanding about the responsibility State Pipeline omission negative, ie, when the public servant, as such, not brokered, or was not part of the cause and effect relationship (lack of service). Makes it clear that conduct by omission commissive and positive, ie, when public officer acts with malice or negligence, part of the causal (cause-effect), thus generating any damages, liability is strict. On the other hand, when the conduct is

negative omission liability will be subjective. The present work aims to unravel the institution of civil liability and provide readers with subsidies to position themselves in one of two existing theories. Before this comes to a conclusion, intending thereby to contribute and evolve with the discussion in the legal sense.

Keywords: Responsibility. Civil. State. Omission

Referências

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de Março de 1824*. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1894*. *Diário Oficial [da] União*. Rio de Janeiro, de 24 de Fevereiro de 1894. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934*. *Diário Oficial [da] União*. Rio de Janeiro em 16 de Julho de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937*. *Diário Oficial [da] União*. Rio de Janeiro em 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946*. *Diário Oficial [da] União*. Rio de Janeiro em 18 de Setembro de 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 20 de Outubro de 1967*. *Diário Oficial [da] União*. Brasília em 20 de Outubro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União*. Brasília em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público. Responsabilidade Civil do Estado: Jurisprudência Seleccionada*. Disponível em: <www.interessepublico.com.br>. Acesso em: 04 nov. 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade Civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.