



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

MATHEUS CARVALHO SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR FALHA NO
DEVER DE FISCALIZAÇÃO**

RECIFE

2019



A responsabilidade civil da administração pública por falha no dever de fiscalização
Matheus Carvalho Silva

MATHEUS CARVALHO SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR FALHA NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade Federal de Pernambuco pelo
aluno Matheus Carvalho Silva, sob orientação
do Prof.º Edilson Pereira Nobre Filho.

SEMESTRE: 2019.1

TURMA: M11

RECIFE

2019



A responsabilidade civil da administração pública por falha no dever de fiscalização
Matheus Carvalho Silva

MATHEUS CARVALHO SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR
FALHA NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO**

DEFESA PÚBLICA em

Recife, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof.º Edilson Pereira Nobre Filho

1º Examinador

2º Examinador

RECIFE

2019



RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo propor uma análise da responsabilidade civil da administração pública por omissão quando há uma falha no dever de fiscalização. Para tanto, observou como a doutrina tem se manifestado sobre o tema e como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se posicionando. Trata-se de uma revisão da literatura nacional e internacional que busca o aprofundamento do debate da matéria em contexto acadêmico e, no âmbito social, na sua maior divulgação, facilitando a compreensão pela sociedade da responsabilidade que detém o poder público na fiscalização de determinadas atividades e do dever de reparação quando ocorre a inação do ente público. Para compreender a temática em sua extensão e amplitude, foram apresentados os aspectos que permeiam o fenômeno da responsabilidade civil, seus pressupostos e elementos de constituição, bem como o fundamento jurídico do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Posteriormente, foi realizada uma análise histórica do instituto da responsabilidade civil da Administração Pública por omissão ao longo de todo o processo constitucional. Por último, através do auxílio do direito estrangeiro, foi realizada uma crítica ao modelo tradicional de análise do instituto, bem como a necessidade de adequação das decisões judiciais nos casos em que se verifique danos causados pela inatividade ante o dever individualizado de agir do ente estatal a fim de garantir a devida prestação jurisdicional. Pelo exposto, concluir que a responsabilidade civil do estado por omissão, nos casos em que o ordenamento exige uma conduta pela Administração, deve ser subjetiva, sendo imprescindível a demonstração do elemento “culpa”, é para além de fazer exigências que a Constituição não faz, insuficiente para conceder uma prestação jurisdicional efetiva e que leva em consideração a assimetria da relação entre Administração x administrados.



SUMÁRIO

1. Introdução	5
2. Responsabilidade Civil: conceito e espécies	9
3. Evolução Histórica.....	14
4. A responsabilidade civil da Administração Pública no Direito Brasileiro e o paralelo com a ordem jurídica estrangeira	20
5. A responsabilidade civil por falha no dever de fiscalização	26
6. Considerações finais	36
7. Referências bibliográficas.....	38

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi solidificada, no art. 37, § 6º, da Constituição da República, a responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros, instituído no ordenamento jurídico pátrio na Carta Magna de 1946. O dever de reparar, neste caso, requer, tão somente, que exista a) um ato praticado pelo ente estatal ou por quem lhe faça as vias, em razão da descentralização da atividade administrativa; b) um dano, isto é, uma violação a qualquer bem juridicamente relevante e, por último, c) o nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano experimentado.

A regra esculpida na Constituição, portanto, consagra a responsabilidade objetiva do Estado.

O desafio interpretativo ganha relevo quando se trata de atos omissivos, isto é, quando há uma inatividade do poder estatal. Discute-se se a expressão “causarem a terceiros”, constante no artigo do texto constitucional em epígrafe, autorizaria a interpretação de que o legislador restringiu a abrangência desta norma a atos comissivos, o que tornaria a hipótese de responsabilidade por omissão subjetiva, sendo necessária a comprovação do dolo ou culpa.

O argumento principal da corrente capitaneada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é o de que o risco administrativo tinha por fundamento o ato positivo do agente público, jamais podendo provir da inação¹.

Para ele, o art. 194, da Constituição Federal de 1946², atual art. 37, § 6º da CRFB/88, abrange somente os atos comissivos, jamais a omissão negativa, a qual, se causadora de dano à terceiro, não estaria incluída na teoria do risco-proveito³.

¹ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Responsabilidade civil do estado por atos legislativos (Revivescimento de uma antiga questão). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 331-350, jan. 2003. ISSN 2238-5177.

² BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 18 DE SETEMBRO DE 1946: “Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05/02/2019

³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. V. II, p. 487.



Celso Antônio Bandeira de Mello aprofunda o tema e considera que a omissão estatal não é causa do resultado danoso, mas sim sua condição, pelo que “*para haver a responsabilização do Estado por sua conduta omissiva imprescindível a análise do elemento subjetivo*”⁴. Ganha relevo, para esta corrente, a aplicação da teoria do “*faute du service*”.

Esta teoria, elaborada na França, pelo Conselho de Estado, tem por fundamento a ideia de que quando o serviço não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado⁵, é passível de responsabilização do ente desde que comprovado o nexo de causalidade entre a omissão e o dano.

Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta que 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 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)⁶.

De outro lado, diversos autores, como Sérgio Cavalieri Filho, apontam que é necessário fazer uma distinção diante da omissão da Administração Pública, posto que esta inatividade pode ser genérica ou específica.

Nos casos em que há omissão específica, isto é, quando a atuação do poder público era necessária, o Estado responderia objetivamente.

⁴ GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista da Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades**. Disponível em http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/10/docs/3_-_a_responsabilidade_civil_do_estado_por_atos_omissivos_e_o_atual_entendimento_do_supremo_tribunal_federal.pdf. Acesso em 05/02/ 2019

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006



Há, ainda, uma terceira corrente, para a qual a responsabilidade por omissão, preenchidos os pressupostos de dano e nexo de causalidade, será objetiva. Nestes casos, a omissão direta e imediata acarretará na responsabilidade objetiva do ente estatal.

Nos casos em que o Estado tinha o dever de vigilância especial ou era o destinado a evitar determinadas lesões, pode-se cogitar sua responsabilização, pois este foi omissivo quanto à não concretização de um dever jurídico que lhe foi diretamente imputado⁷.

Esta corrente, baseada fundamentalmente na negligência do Estado, amplamente aceita pelo Direito Público, considera que os casos de omissão são abarcados na ideia de “risco administrativo”, e portanto, de responsabilidade objetiva⁸. A síntese deste argumento é a de que para configuração de um dano jurídico ilícito, basta que o ato estatal seja contrário à ordem jurídica, independentemente da circunstância que o originou ser comissiva ou omissiva⁹.

Aponta a doutrina que a Constituição de 1988 não fez nenhuma distinção quanto à natureza do ato e nem poderia, tendo em vista que o ordenamento jurídico tende, desde 1946, à objetivação da responsabilidade civil da Administração Pública.

Ainda, aduzem que a parcela da doutrina que entende pela subjetividade da responsabilidade civil por omissão interpretou de maneira equivocada a teoria do “faute du service”.

Todavia, demonstram que não se trata de “panresponsabilização”, haja vista a possibilidade de excludentes de responsabilidade.

Dessa forma, na fiscalização de determinadas atividades de notório interesse público, a inatividade do Estado enseja o dever de reparação.

A responsabilidade por omissão é fruto de diversos debates na doutrina e de divergências nos tribunais pátrios.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006

⁸ FALLA, Fernando Garrido. La Constitucionalización de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. **Revista de Administración Pública**, num 119, Mayo-Agosto, 1989

⁹ ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 121



Longe de ser questão pacificada, foi reconhecida a repercussão geral do tema no Supremo Tribunal Federal (RE 136861/SP), em que se discute a responsabilidade da Prefeitura de São Paulo na fiscalização da venda de fogos de artifício.

No caso em discussão, houve uma explosão em um estabelecimento que comercializava indevidamente fogos de artifício, em ambiente residencial, fato que resultou em explosão e danos a terceiros.

Acontece que o estabelecimento operava clandestinamente, tendo em vista a inércia da Prefeitura da Cidade de São Paulo em conceder o alvará de funcionamento, o qual já tinha sido requerido.

Na apelação cível nº 113.236-1/TJSP, por maioria, os membros da 6ª Câmara Cível, reformaram a sentença de 1ª instância e deram provimento ao recurso interposto nos autos da ação indenizatória para afastar a condenação do município de São Paulo a indenizar os autores pelos danos decorrentes na estrutura do prédio que habitavam devido à explosão de uma loja de fogos de artifício que atuava clandestinamente na garagem de uma residência.

No caso em discussão, a maioria dos desembargadores entendeu que a ação da Administração Pública era irrelevante para o evento danoso e que o proprietário do imóvel no qual a atividade estava sendo realizada era o único culpado por reparar os danos.

O acórdão concluiu que ao poder público municipal caberia apenas a expedição de licença para funcionamento e não a fiscalização da atividade de comércio de fogos de artifício.

O entendimento minoritário foi o de que se o município tivesse adotado as providências necessárias e procedido com a vistoria no local onde funcionaria a loja, o evento danoso não teria ocorrido. Dessa forma, houve o descumprimento de um dever legal que foi imposto à Administração. Argumentou-se que, pela inatividade do ente público, houve a produção e comercialização ilegal de fogos de artifício em um bairro eminentemente residencial. Foi apontado que o município de São Paulo tinha conhecimento prévio da atividade ilegal que estava sendo realizada, mas não tomou nenhuma providência para regularizar a atividade perigosa.



Atualmente, o caso está em discussão no STF e o entendimento fixado pela suprema corte servirá como paradigma para diversos casos análogos. Questiona-se se, nessas situações, se há um dever intrínseco do Estado de reparar os danos causados independentemente da investigação acerca do dolo ou da culpa.

A responsabilidade por falha no dever de fiscalização, portanto, se insere nos atos omissivos da Administração Pública e permanece em um limbo doutrinário e jurisprudencial, sendo a responsabilidade do Estado objetiva ou subjetiva a depender da corrente a qual se filia o julgador. A necessidade de pacificar este entendimento foi o argumento central para o reconhecimento da repercussão geral.

Pelo exposto, fundamental, que se observe o tema sob o prisma das falhas encontradas no exercício do poder de polícia da Administração Pública, a cargo das agências reguladoras ou do próprio ente político.

Há casos em que a fiscalização ou o exercício do poder de polícia são precários e ineficientes. A força motriz apta a ensejar a responsabilidade do Estado reside na omissão em relação ao agir obrigatório do Estado.

Neste ponto, a utilização do direito estrangeiro pode ser bastante útil quando se verifica que o direito inglês e o norte-americano realizaram construções, ainda que tardiamente, que possibilitaram a responsabilidade do Estado por omissão.

A jurisprudência francesa, nos célebres julgados do Conselho do Estado, também segue na linha da responsabilidade objetiva da Administração Pública em casos de omissão.

O paralelo entre esses institutos e a necessária comparação com o modelo construído no Brasil é de relevância fundamental para aprofundar o debate sobre o tema.

Neste contexto, é interessante entender os limites e o papel do Poder Judiciário, ou seja, a extensão da sua atuação sob a perspectiva moderna da separação dos poderes, em razão da compreensão de que a lei tem, também, sentido material, a qual pode conter



o dever cujo descumprimento possa determinar que uma omissão seja juridicamente sancionável¹⁰.

Portanto, o presente estudo parte da premissa que os parâmetros para a responsabilidade civil utilizados hodiernamente, nos casos de falha no dever de fiscalização, são insuficientes para a prestação jurisdicional adequada, porquanto se trate de uma interpretação fechada, ainda que em prejuízo do pleiteante, em um processo de “obstacularização” da reparação do dano.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO E ESPÉCIES

Em linhas gerais, falar de responsabilidade civil é discorrer acerca da reparação dos danos, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, causados a *outrem*, ainda que por imprudência, negligência ou imperícia.

Partindo desse princípio, até mesmo os atos lícitos, mas causadores de danos a bens juridicamente tutelados, ensejam o dever de reparação e recomposição pelos danos infligidos. Em resumo, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa¹¹.

Podemos dizer que desde a Roma Antiga, berço do Direito Moderno e fonte de diversos institutos utilizados ainda hoje, existia a preocupação em reprimir e corrigir os efeitos nocivos da violação à esfera jurídica dos indivíduos, consubstanciada – por exemplo – na máxima “*neminem laedere*”, isto é, a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem.

Nota-se que apesar das adaptações e modificações ao longo do tempo, a lógica da responsabilidade civil é a mesma: a obrigação de reparar pelo desvio de conduta que violou bem, material ou imaterial, juridicamente relevante.

Conceitualmente, sintetiza Sérgio Cavalieri Filho, que a responsabilidade civil é composta por dois aspectos, um primário e o outro secundário. O primário seria a

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S. **Responsabilidad extracontractual del estado por las consecuencias de su actitud “omissiva” en el ámbito del derecho público**. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 25.

¹¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1998, p. 531



obediência à ordem jurídica e o secundário, ou sucessivo, seria o dever de reparação face à violação da norma primária:

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário¹².

O dever de reparação, ressalta-se, pode advir do contrato ou por força da Lei.

No primeiro caso, diz-se que a responsabilidade civil é contratual. Há, nesse sentido, um vínculo derivado de um negócio jurídico, de uma obrigação assumida pelas partes. A responsabilidade exsurge em decorrência do ilícito contratual.

No segundo caso, que interessa ao presente estudo, a responsabilidade é extracontratual, isto é, não há uma transgressão a um termo firmado em uma relação interpartes. Mais do que isso, a indenização decorre por força de Lei.

Nesta hipótese, existe um bem juridicamente relevante ao qual a ordem jurídica nacional confere determinada proteção e, por essa razão, a recomposição é consectário lógico da violação.

Exemplo típico de responsabilidade civil extracontratual são aqueles relacionados à Administração Pública.

Apesar de o instituto, por excelência, estar ligado ao Direito Privado, a responsabilidade civil da Administração Pública, pode decorrer de atos comissivos e omissivos. Conforme se verá adiante, a evolução do tema no Direito Administrativo é

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2015, p. 17.



criação recente e de fundamental importância para superar a tese de que o ente público não poderia responder por suas ações.

Note-se que quando a responsabilidade é extracontratual, o dano causa um desequilíbrio ao ordenamento jurídico.

Isso porque, o Direito e, por consequência, a responsabilidade advinda da Lei permanecem inalteradas diante da frustração, estabelecendo-se contrafaticamente.

Assim, para que haja o reequilíbrio do sistema, de modo a se estabilizarem as expectativas, faz-se imperiosa a reparação do dano.

Antes de dar seguimento, necessário discorrer sobre duas outras categorias importantes para o presente estudo: a subjetividade ou objetividade do dever de reparação do dano.

No primeiro caso, típico do direito privado, para que haja o dever de indenizar, três elementos são fundamentais: o dano, a culpa e o nexo de causalidade.

Em relação ao dano, este tem que ser insuportável, ou seja, o mero aborrecimento, dissabor, não gera o dever de reparação. Tem que se ultrapassar o limite do tolerável.

A culpa, por sua vez, é a conduta humana que culmina no evento danoso. Trata-se, nesse sentido, do aspecto subjetivo, ligado ao comportamento do indivíduo que pratica a ação ou omissão.

Mais uma vez, frisa-se que a culpa destacada decorre da reprovação jurídica que se faz ao ato do agente. Condutas social ou moralmente reprováveis, mas que não gerem repercussões na esfera jurídica não terão o condão de responsabilizar o agente:

Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear o ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa



[...] Culpa lato sensu indica o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento¹³.

Por fim, o último elemento que precisa estar presente para a caracterização da responsabilidade civil de ordem subjetiva é o nexo de causalidade, compreendido como a relação de causa e efeito entre o dano e a conduta praticada.

O nexo de causalidade, talvez, seja o elemento mais importante dos três abordados, posto que se ausente, ainda que o dano tenha sido experimentado ou que a conduta tenha sido praticada, não haverá substrato jurídico para ensejar a condenação.

Por essa razão, o nexo de causalidade é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado¹⁴.

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal¹⁵.

No que tange à responsabilidade objetiva, inexistente o elemento ‘culpa’, bastando, tão somente a existência do dano, consubstanciada na materialização da transgressão à ordem jurídica, e a presença do nexo de causalidade.

Dessa forma, o indivíduo interessado não precisa demonstrar a culpa da Administração pública.

Em resumo, esclarece Zanella Di Pietro:

Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Op cit**, p. 46-47

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2000, p. 76

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Op cit**, p. 66



palavras, o ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico”¹⁶.

Como dito passos atrás, a responsabilidade extracontratual está intimamente ligada aos atos dos entes públicos. A razão de ser reside na “teoria do risco”, concebida a partir dos pressupostos de igualdade de isonomia.

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. É distinta da responsabilidade contratual e da legal¹⁷.

Assim, se as atividades da Administração Pública geram benefícios que são aproveitados por toda a coletividade, nada mais justo que os ônus dessas atividades sejam repartidos entre todos, independentemente da culpa.

Há, inclusive, previsão expressa na Constituição de 1988 sobre o tema¹⁸:

Todavia, nem sempre foi assim. Foi necessário o transcurso dos séculos, aliado às contribuições doutrinárias e jurisprudenciais, para que se chegasse a teoria do risco integral.

Na verdade, no início, não havia nem que se falar em responsabilidade do Estado. Calcado na ideia de o ente público está blindado de qualquer possibilidade de erro, traduzida na máxima “*The king can do no wrong*”, a Administração Pública era irresponsável pela reparação de qualquer dano oriundo de seus atos.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª ed. rev. atual e amp. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018, p. 895

¹⁷ MEIRELLES: Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 1996, p. 559.

¹⁸ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. “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”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 09/02/19

Primeiramente, conforme dito alhures, vigorou a teoria da irresponsabilidade.

Para além da premissa de que o Estado não podia cometer erros, esta tese estava calcada no pressuposto de que o ente público tinha por finalidade primordial a consecução do interesse coletivo, de modo que, caso cometesse algum dano, não poderia ser responsabilizado.

Em última análise, entendia-se que perseguir a Administração Pública com o fim de obrigá-la a indenizar por eventuais danos causados a particulares encontrava óbice intransponível na soberania estatal, razão pela qual os atos do ente público, bons ou ruins, não poderiam ser questionados.

Nesse sentido, expõe a doutrina:

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (quod principi placuit habet legis vigorem). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania¹⁹.

Detalhe interessante – mesmo com a teoria da irresponsabilidade influenciando os sistemas jurídicos ocidentais – é o de que era possível, ao particular lesado, ingressar em juízo contra o funcionário causador do dano, sob a alegação de que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração²⁰.

Não é preciso uma análise profunda para que se perceba a injustiça intrínseca à teoria supracitada, de modo que não bastou muito para que fosse superada.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Op cit**, p. 888 - 889

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Op cit**, p. 320



A crítica reside no fato de que ainda que se pudesse pleitear a reparação em face do funcionário público, não raras as vezes, estes não eram solventes, de modo que a ação de indenização restava frustrada.

Numa segunda fase, adotou-se a teoria civilista para verificar a responsabilidade ou não da Administração Pública.

A primeira teoria desta fase era denominada teoria dos atos de gestão e dos atos de império.

Chegou-se à conclusão de que, em certos momentos, o ente público atuava como se particular fosse, de modo que, nesses casos, poderia ser responsabilizado.

Dessa forma, os atos estatais foram segmentados em duas categorias: os atos de império e os atos de gestão.

No primeiro caso, a conduta decorria das regras fixadas pelo Direito Público, ligadas à soberania do Estado, e, por isso, não poderia ser questionada. Na segunda hipótese, a atuação estaria ligada ao Direito Privado, de modo que o Estado poderia ser civilmente responsabilizado por tais atos:

“o sistema de responsabilização civil mais correto seria justamente o que considerasse esta dualidade e que fixasse normas condizentes com essa divisão. Daí se conclui a esta época, que para os atos de gestão, onde a administração pública apenas administra seus bens e serviços, semelhantemente ao particular, sem necessidade da utilização de sua soberania, o dever de ressarcir existiria, enquanto que para os atos de império, dada sua natureza peculiar, não haveria tal obrigação²¹.

Acontece que a tese retromencionada também era insuficiente para que houvesse a devida prestação jurisdicional no que concerne à possibilidade de a Administração vir a responder em juízo pelos seus atos.

²¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 429



Nada obstante o avanço quando comparada com a irresponsabilidade estatal, não bastou muito para que se buscasse uma nova teoria, tendo em vista o inconformismo gerado pela dicotomia entre atos de império x atos de gestão.

Isso porque, na prática, era muito difícil diferenciar um ato do outro e, para o particular atingido pela conduta danosa, pouco importava a natureza da conduta.

Por essas razões, criou-se a segunda tese de cunho civilista, a da culpa civil.

Em linhas gerais, a teoria subjetiva parte do princípio que o Estado deveria reparar o dano caso o particular comprovasse o dolo ou a culpa do agente público.

E não só. Era necessário, também, que o particular identificasse o agente causador do dano. Pelas dificuldades inerentes à identificação do agente e a comprovação do dolo ou culpa, esta tese também foi superada.

Nota-se que as teorias construídas até então desconsideravam uma premissa básica: a assimetria da relação entre Administração e administrados, isto é, a uma hipossuficiência evidente e uma disparidade jurídica notória entre as partes, de modo que era imprescindível garantir uma tutela específica ao particular.

A falta de equivalência entre o poder que dispunha o ente estatal justificou a criação de uma teoria que rompesse com as normas de Direito Privado e permitisse que se olhasse a responsabilidade civil da Administração Pública sob outra ótica.

Assim, encerrada a fase civil, adveio a fase publicista, no qual a contribuição da jurisprudência francesa foi de fundamental importância.

A teoria supracitada foi construída quando do julgamento de casos paradigmáticos, que tiveram o condão de romper a perspectiva civilista. Nesse contexto, caso importante foi o aresto *Blanco*.

Em síntese, no século XIX, a menina Agnès Blanco foi atropelada por um vagão, conduzido por quatro funcionários da Companhia Nacional de Tabaco, o que resultou na amputação de uma de suas pernas.



Seu pai, inconformado, ingressou em juízo visando à indenização do Estado pelo acidente, sob a alegação de que este seria responsável pelos atos praticados pelos funcionários a serviço da estatal. Ao final, o entendimento que prevaleceu foi o seguinte²²:

A responsabilidade que pode incumbir ao Estado por danos causados aos particulares por fatos de pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida por princípios estabelecidos no Código Civil, para as relações entre particulares [...] que, portanto, só a autoridade administrativa é competente para apreciá-la ²³.

A jurisdição francesa, como se vê, é responsável pela criação da teoria do *faute du service* (fato do serviço). O precedente supramencionado é considerado a pedra angular no que diz respeito à autonomia da responsabilidade do Estado a partir de critérios estabelecidos pelo Direito Público.

Da leitura do aresto, extraem-se duas conclusões. A primeira delas é a inaplicabilidade do Código Civil, posto que insuficiente para regular as relações de responsabilidade civil nas quais o ente estatal esteja envolvido

A outra é, justamente, a especificidade da matéria, de modo a conferir autonomia ao Direito Administrativo, visando garantir à devida prestação jurisdicional.

Ainda, O Tribunal de Conflitos Francês, no aresto “*Pelletier*”, contribui para solidificar, de vez, a teoria do “*faute du service*”, ao distingui-la do “*faute personnelle*”.

Em resumo, pontuou o órgão do contencioso administrativo que a teoria do fato do serviço constituía verdadeira garantia ao particular vítima do dano, na medida em que prescindia da identificação do agente público que praticou o ato e permitia que a verba reparatória advenha dos cofres públicos e não do patrimônio particular do agente.

²² LES TRÈS GRANDS DÉCISIONS DU DROIT ADMINISTRATIF Recueil de décisions juridictionnelles. Disponível em <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/TGD.09.pdf>. Acesso em 19/02/2019

²³ Tradução Livre. No original: “la responsabilité, qui peut incomber à l’État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier [...] Que dès lors l’autorité administrative est seule compétente pour en connaître”



A segurança ao particular é nítida, visto que, muitas vezes, o ato tinha consequências tão nefastas e atingia proporções financeiras tão vultuosas que se tornava materialmente impossível ao agente público arcar com a cifra da condenação²⁴.

Note-se que, muitas vezes, o processo era inócuo, sem efeito, posto que ao final não havia meios de satisfazer o crédito ante a insolvência do agente público.

A teoria da falta do serviço, em suma, se caracterizaria todas as vezes em que o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado e tornou-se a regra com o advento da teoria publicista, na medida em que se concluiu que o agente era mero mandatário da Administração Pública.

Contudo, apesar de o lesado não ter que identificar o agente estatal causador do dano, para configurar o dever de indenizar, era imprescindível a demonstração da culpa na má prestação ou na ausência de prestação do serviço público.

Frisa-se que, pela teoria da falta do serviço, é dispensável ao autor do pedido de reparação que identifique o agente público que praticou o ato, razão pela qual o ente estatal se torna responsável pela reparação.

Veja que a teoria da falta do serviço está umbilicalmente ligada à teoria do órgão. De fato, a Administração Pública não consegue materializar seus atos que não através daqueles que integram seus quadros funcionais, de modo que a vontade do agente se confunde com a do ente público.

A grosso modo, o funcionário público é a personificação da máquina pública, na medida que expressa e concretiza sua vontade:

Cedo constatou-se, todavia, que o Estado não é representado por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam. Como pessoa jurídica que é, o Estado não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica própria. Estas, só os seres físicos as possuem. Não podendo agir diretamente, por não ser dotado de individualidade fisiopsíquica, a vontade e a

²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155.



ação do Estado são manifestadas pelos seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade e atuem em seus órgãos [...] A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queria, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez²⁵.

Dessa forma, percebeu-se que a doutrina civilista era insuficiente e ultrapassada para responder a questão da responsabilidade extracontratual da Administração Pública.

Passou-se a entender que por representar o Estado, materializando a sua vontade, deve o órgão estatal – e não o agente – responder pelas consequências danosas, desde que expressamente comprovada a culpa.

A última fase da evolução foi a consagração da teoria da responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco, na qual basta a existência do dano e do nexo causal para que nasça o dever da Administração de indenizar o particular.

A ideia de risco, mais uma contribuição da jurisprudência francesa, e que constitui o arcabouço da responsabilidade objetiva, parte da premissa que é há um prejuízo essencial no desenvolvimento da atividade administrativa, ou seja, por mais cauteloso que o ente público seja no exercício de suas funções, sempre é possível o dano à coletividade. Todavia, não é razoável que apenas alguns sofram as consequências danosas dos serviços estatais.

Além do risco decorrente das atividades estatais em geral, constituiu também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais.

Verifica-se, portanto, que os postulados que geraram a responsabilidade objetiva do Estado buscaram seus fundamentos na justiça social, atenuando as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar quando prejudicado por condutas de agentes estatais²⁶.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Op cit**, p. 321

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo. Editora Atlas, 2018, p. 661



A teoria da responsabilidade objetiva está calcada na ideia de socialização do ônus das atividades do Estado.

Ou seja, a partir de critérios de isonomia e igualdade, se a todos aproveita os ganhos da atividade desempenhada pelo Estado, nada mais justo que a coletividade também arque com os custos dessas atividades.

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 Pública, a multiplicidade e amplitude de suas atividades e a suas prerrogativas de poder ensejam risco maior a terceiros²⁷.

Como já foi dito, basta a comprovação da relação de causalidade entre o evento e o dano, sendo dispensável o elemento culpa. De toda forma, a responsabilidade objetiva não se baseia no risco integral, razão pela qual se admitem as excludentes de culpabilidade (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva de terceiro).

No Brasil, esse processo se deu de forma um pouco diferente, isto é, as fases apresentadas não foram aplicadas na sua integralidade e, além disso, o ordenamento jurídico pátrio há muito consagrou a responsabilidade objetiva da Administração Pública, o que foi aprimorado com o decurso do tempo.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO E O PARALELO COM A ORDEM JURÍDICA ESTRANGEIRA

Como já observado, no Brasil, estudiosos do tema apontam que não vivemos a fase da irresponsabilidade.

Isso porque, a Carta de 1824 já previa a responsabilização do empregado público pelos danos causados no exercício de suas funções.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

²⁷ MEDAUAR, Odete. **Op cit** p. 431



[...]

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.²⁸

Ainda que não houvesse a responsabilidade do ente estatal, o funcionário público que errasse em serviço e, por essa razão, acarretasse dano ao particular seria pessoalmente responsável pela reparação.

A Carta de 1891 manteve a redação:

Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos²⁹.

Apesar de tratar da responsabilidade do funcionário, leis ordinárias previam a responsabilidade do ente estatal, razão pela qual a jurisprudência da época entendia se tratar de responsabilidade solidária, o que reforça o fato de que não tivemos a fase da irresponsabilidade no nosso ordenamento jurídico.

A Constituição de 1934, de modo expresso, previu a responsabilidade solidária do ente estatal com o funcionário causador do dano:

Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

²⁸ BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL DE 25 DE MARÇO DE 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 03/03/2019

²⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 03/03/2019



§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado³⁰.

Importante destacar a obrigatoriedade de o funcionário figurar no polo passivo da demanda proposta em face da Fazenda Pública. Trata-se de litisconsórcio necessário, como dispõe a Lei de Ritos.

Além disso, o artigo supracitado prevê o direito de regresso da Administração Pública em face do agente público. Assim, acaso confirmada em juízo a condenação, poderia o ente perseguir, em ação autônoma, o funcionário visando à recomposição do patrimônio público dispendido com a condenação.

Como se verifica, os textos constitucionais, até então, consagram a teoria subjetiva da responsabilidade civil, posto que, em todos os casos, era imprescindível a comprovação da culpa.

Todavia, a mudança de paradigma ocorre com a Constituição de 1946³¹ que ao qual ao consagrar a responsabilidade objetiva da Administração Pública, tornou dispensável a investigação acerca da culpa³².

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

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

³⁰ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 16 DE JULHO DE 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 03/03/2019

³¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 18 DE SETEMBRO DE 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 03/03/2019

³² Nota: o art. 105, da Constituição de 1967 manteve redação semelhante, de modo que não houve alteração significativa: “Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.



Em paralelo, a irresponsabilidade da Administração Pública é extinta, no mesmo ano, nos Estados Unidos da América, com a edição do Federal Tort Claims Act e, em 1947, no Reino Unido, com a edição do Proceeding Act.

Com a edição do *Proceeding Act* (1947)³³, o Parlamento Inglês permitiu os cidadãos processarem civilmente a Coroa Britânica de modo semelhante ao que fariam se litigassem com outro particular.

A Coroa estará sujeita a todas aquelas responsabilidades em delito a que, se fosse uma pessoa privada de maior idade e capacidade, estaria sujeito:

a) em relação a delitos cometidos por seus servidores ou agentes;

[...]

A Coroa Britânica não poderá ser acionada em juízo em virtude de parágrafo (a) desta subseção em relação a qualquer ato ou omissão de um agente da Coroa, a menos que o ato ou omissão fosse separado das provisões desta Lei der origem a uma ação autônoma contra aquele servidor ou agente em decorrência do ato ilícito³⁴.

Noutro giro, o *Federal Tort Claims Act* (1946) reconheceu a possibilidade de responsabilização por danos oriundos de atos ou omissões dos agentes públicos no exercício de suas funções³⁵.

Estão sujeitas às disposições do capítulo 171 deste título os tribunais distritais juntamente com as cortes juntamente com o Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito da Zona do Canal e o Tribunal Distrital das Ilhas Virgens, que terão jurisdição exclusiva em ações civis contra os Estados Unidos por danos monetários, acumulados em e após 1 de janeiro de 1945,

³³ **Crown Proceedings Act 1947.** THE NATIONAL ARCHIVES. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/10-11/44/section/2>. Acesso em 26/03/2019

³⁴ Tradução livre. No original: (1) Subject to the provisions of this Act, the Crown shall be subject to all those liabilities in tort to which, if it were a private person of full age and capacity, it would be subject:— (a) in respect of torts committed by its servants or agents; [...] Provided that no proceedings shall lie against the Crown by virtue of paragraph (a) of this subsection in respect of any act or omission of a servant or agent of the Crown unless the act or omission would apart from the provisions of this Act have given rise to a cause of action in tort against that servant or agent or his estate.

³⁵ JOHNSON, Robert N. The Federal Tort Claims Act: A Substantive Survey, 6 U. RICH. L. REV. 65 (1971). Disponível em <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1148&context=lawreview>. Acesso em 26/03/2019



por dano ou perda de propriedade, ou lesão pessoal ou morte causada por negligência ou ato ilícito ou omissão de qualquer funcionário do Governo no exercício de suas funções, sob as mesmas circunstâncias em que os Estados Unidos, se uma pessoa privada fosse, seria responsável perante o requerente, em conformidade com a lei do lugar onde ocorreu o ato ou omissão.³⁶

Analisando comparativamente, vê-se que foi pouca ou nenhuma a influência dos ordenamentos jurídicos supracitados na ordem nacional, tendo em vista que quando foram promulgados, o Brasil já tinha passado da fase subjetivista à fase objetiva.

A redação se manteve durante os textos constitucionais seguintes e foi aprimorada na Carta Magna de 1988, que assim dispõe:

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 culpa³⁷.

Nota-se que o artigo supramencionado, mais uma vez, consagra a responsabilidade objetiva com fundamento na teoria do risco, cuja ideia principal é a de que o Estado tem o dever de exercer a sua atividade, mesmo quando perigosa ou arriscada,

³⁶ Tradução livre. No original: LII U.S. Code Title 28. JUDICIARY AND JUDICIAL PROCEDURE Part IV. JURISDICTION AND VENUE Chapter 85. DISTRICT COURTS; JURISDICTION Section 1346. United States as defendant: “(b) (1) Subject to the provisions of chapter 171 of this title, the district courts, together with the United States District Court for the District of the Canal Zone and the District Court of the Virgin Islands, shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims against the United States, for money damages, accruing on and after January 1, 1945, for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.”

³⁷ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03/03/2019



com absoluta segurança, de modo a não causar dano. Há uma ideia intrínseca de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa³⁸.

Os pressupostos e requisitos de autorização da responsabilidade objetiva do Estado foram sintetizados com clareza singular pelo Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº 109.615/RJ.

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal³⁹.

Note-se que o artigo 37, § 6º, da CRFB/88 consagra a responsabilidade objetiva do ente público e subjetiva do agente público, de modo que este só responderá em ação regressiva se tiver agido com culpa, independentemente do dever de reparação que é imputado à Fazenda Pública.

A doutrina costuma apontar este fato como uma dupla garantia: uma em favor do particular, que tem assegurado o direito de acionar o Estado em juízo, e outra em favor do agente público, que só responderá civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.

Inclusive, esta dupla garantia impede a denúncia à lide do agente público na ação movida pelo particular em face da Administração Pública, posto que seria necessário perquirir a culpa em uma relação jurídica que dispensa tal elemento.

Noutro giro, acaso a falta cometida pelo agente público esteja totalmente desvinculada da função pública, a responsabilização será pessoal e regida pelas regras do Direito Privado.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Op. Cit.**, p.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 109.615/RJ. 1ª Turma. Brasília/DF, 28 de maio de 1996. Publicado no DJe em 02 de agosto de 1996.



Além disso, o artigo 37, § 6º, da CRFB/88 inova no ordenamento jurídico na medida em que determina que não só a Administração Direta responderá diretamente pelos danos causados, mas também as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Esta inovação permite concluir, por exemplo, que permissionárias e concessionárias de serviço público também responderão diretamente pelos atos praticados, no exercício do *múnus* público, que acarretem danos aos particulares.

A toda evidência, as sociedades de economia mista e as empresas públicas que exploram atividade econômica, por terem natureza jurídica de direito privado, serão regidos pelo Código Civil, conforme interpretação literal do texto constitucional.

A grande celeuma do artigo constante na Carta Magna reside na interpretação que se dá ao verbo “causar”. A doutrina tradicional entende que a responsabilidade objetiva, estampada na Carta Magna, diz respeito, tão somente, aos atos comissivos, de modo que a responsabilidade civil por omissão é, em regra, subjetiva.

Contudo, conforme se verá adiante, existe uma nítida mudança de paradigma, a qual precisa ser pacificada pela Corte Constitucional, a fim de conferir grau mais elevado de segurança jurídica, além de uniformizar a jurisprudência constitucional.

Uma das exceções reside na responsabilidade civil do Estado pelo dever de custódia. Em situações que há um dever de guarda do Estado – a exemplo dos presídios e escolas públicas – e ocorre um dano a um dos custodiados, ou a terceiros, em razão da inoperância do poder público, a responsabilidade civil é objetiva, ou seja, prescinde da comprovação da culpa.

Exemplo típico dado pela doutrina é o do encarcerado que, em razão de uma rebelião, acaba falecendo ou do presidiário que, em decorrência de uma fuga causa danos a terceiros. Nestas hipóteses, há um dever inerente do Estado de fornecer proteção a essas pessoas, tendo em vista que, geralmente, elas têm a sua liberdade de escolha, de locomoção, dentre outras, cerceada.



Dessa forma, o ente estatal tem que garantir que após o lapso temporal de privação, essas pessoas deixem essas locais com suas integridades físicas e psíquicas garantidas. Quando isso não acontece, surge o dever de indenizar o particular.

Para além da questão relacionada à custódia, existe uma questão, ainda não pacificada no ordenamento jurídico, quanto à possibilidade de a falha no dever de fiscalização também gerar a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Atualmente, há 40 (quarenta) processos no Supremo Tribunal Federal com repercussão geral reconhecida, dos quais 39 (trinta e nove) estão sobrestados, em que se discute a possibilidade de responsabilização objetiva, isto é, dispensando o elemento culpa, quando há um dever inerente à Administração Pública de fiscalizar determinada atividade.

O caso paradigma é o Recurso Extraordinário (RE) 136861/SP, da relatoria do Min. Edson Fachin, cuja discussão central reside na possibilidade de acionar o Estado de São Paulo em juízo para que ele responda pelos danos causados pela explosão de um fábrica de fogos clandestina.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR FALHA NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO

A toda evidência, a aparente celeuma acerca da responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão perpassa por duas premissas: uma de ordem interpretativa e outra de ordem ideológica.

Para a doutrina tradicional, a interpretação do texto constitucional deve ser fechada, no sentido de que o verbo causar, presente no art. 37, § 6º, CRFB/88, aponta somente para atos de natureza comissiva, isto é, quando há um agir positivo do ente estatal.

Todavia, é preciso compreender que o texto constitucional não fez esta distinção entre os atos omissivos ou comissivos. Este entendimento, inclusive, encontra respaldo em diversos precedentes do STF.

Por exemplo, no julgamento do AI 299125/SP, cuja discussão versou sobre os danos causados pela polícia militar do Estado de São Paulo quando da rebelião no



complexo penitenciário do Carandiru, houve a percepção de que não há no ordenamento jurídico pátrio nenhum elemento que permita concluir que o art. 37, § 6º, é inaplicável aos atos omissivos.

Isso porque, alegou à Administração que os agentes agiram no estrito cumprimento do dever legal, o que descaracterizaria a responsabilidade civil objetiva. Todavia, pontuou o relator do caso que o nexo causal entre o dano e a conduta, lastreada no risco administrativo, sem a presença de uma excludente de ilicitude, enseja o dever de reparação não importando a natureza do ato (se comissivo ou omissivo):

“Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, §6º). Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado⁴⁰”.

Além disso, é cânone da hermenêutica jurídica o brocardo latino “quando a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir” (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Mesmo porque, a expressão “causar” não necessariamente implica em um ato positivo, razão pela qual pode abarcar atos omissivos sem maiores preocupações.

Cavaliere Filho aponta que dispositivo constitucional gerador da controvérsia engloba atividades comissivas e omissivas, posto que o ato ilícito é a mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva⁴¹.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI: 299125 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/10/2009, Data de Publicação: DJe-197, 20/10/2009

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª Ed., São Paulo:



Ainda no que tange à questão normativa, é preciso compreender que os ordenamentos jurídicos, atualmente, tendem à objetivação, de modo que interpretar restritivamente esta questão é, muitas vezes, negar a prestação jurisdicional, além desconsiderar a assimetria na relação entre jurisdição x jurisdicionados.

Durante a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil da Administração Pública, a influência do direito alienígena, notadamente o Proceeding Act e o Federal Tort Claims Act, foi pouca, visto que quando da edição destes atos, a Constituição de 1946 já caminhava para a objetivação. A importância maior, nesse período, foi da fase publicista encabeçada pela jurisprudência francesa.

Todavia, a análise destas normas pode servir para aperfeiçoar a ordem jurídica nacional.

Nos EUA, por exemplo, desde a edição do Federal Tort Claims Act (FTCA) até os dias atuais, é possível perseguir o Estado por atos comissivos e omissivos da mesma maneira, inexistindo qualquer distinção legal⁴².

Sob a égide do FTCA, o governo federal atua como auto segurador e reconhece a responsabilidade pelos atos ou omissões de seus funcionários que atuam no âmbito de suas funções oficiais⁴³.

No Reino Unido proclamou-se, em 1947, na Seção Segunda, do *Crown Proceedings Act*, que a Coroa estaria sujeita a todo tipo de responsabilidade por danos, do mesmo modo que estaria um particular de maioridade e de capacidade, com relação aos atos prejudiciais cometidos por seus funcionários e agentes⁴⁴.

Atlas, 2007, p. 231

⁴² UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES. Federal Tort Claims Act. Disponível em <https://www.house.gov/doing-business-with-the-house/leases/federal-tort-claims-act>. Acesso em 28/03/2019

⁴³ Tradução Livre. No original: “Under the FTCA, the federal government acts as a self-insurer, and recognizes liability for the negligent or wrongful acts or omissions of its employees acting within the scope of their official duties”.

⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, J. Direito administrativo inglês. **R. Inf. Legisl. Brasília**, a. 25, n. 99, jul-set, 1988, p. 84



Na França, a situação é semelhante na medida em que a doutrina e a jurisprudência reconhecem hipóteses de responsabilidade civil objetiva da Administração por omissão.

A título de exemplo, tem-se o aresto Couitéas, julgado pelo Conselho de Estado em 1923. Nesse caso, o Sr. Couitéas comprou um terreno na Tunísia que estava sendo ocupado por tribos indígenas. Obedecendo todos os trâmites legais, ele obteve decisão judicial favorável para que houvesse imissão na posse com auxílio da força policial. Contudo, o Estado francês, sob a justificativa de perturbação à ordem pública, negou o auxílio policial.

Embora a omissão traduzisse o exercício de uma prerrogativa amparada pelo ordenamento jurídico, desprovida de caráter faltoso ou culposo, o Estado foi condenado a indenizar o titular do título executivo, por ele ter suportado um sacrifício demasiadamente pesado em razão do interesse público⁴⁵.

Perceba que, no aresto em epígrafe, inexistia culpa na conduta, mas a omissão foi consubstanciada na inobservância do direito de propriedade, além da quebra na isonomia, o que justificou a repartição do encargo com toda a coletividade.

No México, a jurisprudência administrativa também segue o mesmo caminho. Para eles, o essencial, nesta responsabilidade, é o descumprimento de um dever jurídico pré-estabelecido, sob o argumento de que a omissão também é uma violação à ordem jurídica, de modo que é um contrassenso a diferença de tratamento entre atos omissivos e comissivos.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR OMISIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRINCIPIOS QUE RIGEN SU CONFIGURACIÓN. [...] De aquí se desprende que el autor de una infracción administrativa debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. Omisión no es, pues, un simple no hacer nada, es no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (finalidad y causalidad), han de estar a disposición

⁴⁵ LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BR.AIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 253



del sujeto para poder hablar de omisión. La omisión administrativa es, entonces, la omisión de la acción esperada. De todas las acciones posibles que un servidor puede realizar, al ordenamiento jurídico administrativo sólo le interesa aquella que la administración pública espera que el servidor haga, porque le está impuesto el deber legal de realizarla. La responsabilidad administrativa omisiva consiste, por tanto, invariablemente en la inobservancia de una acción fijada que el servidor tenía la obligación de efectuar y que, además, podía hacer; luego, ésta es, estructuralmente, la infracción de un deber jurídico⁴⁶.

Verifica-se que a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, independente de se perquirir o elemento culpa, é algo há muito difundido e solidificado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Em conclusão, parece inexistir óbice para que a responsabilidade civil da Administração Pública por omissão, em certos casos, esteja abarcada no risco administrativo. Tanto é assim que a jurisprudência do STF entende que a teoria do risco é aplicável aos casos de omissão em que há um dever inerente de custódia.

Inclusive, em estudo realizado por Helena Elias Pinto, entre 1988 e 2006, o Supremo Tribunal Federal prolatou 39 acórdãos em que se discutia a responsabilidade civil do Estado por omissão, no qual 16 encontraram embasamento na teoria objetiva, 10 na teoria subjetiva e 13 com embasamento múltiplo ou indefinido⁴⁷.

⁴⁶ FONSECA, Manuel Rojas. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO.183409. VI.3o.A.147 A. **Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.** Tomo XVIII, Agosto de 2003, Pág. 1832.

Tradução livre: “Disso segue que o autor de uma infração administrativa deve ser capaz de executar a ação; se não existe essa possibilidade, por qualquer motivo, não pode ser chamada de omissão. Omissão não é, então, uma coisa simples para não fazer nada, é não realizar uma ação que o sujeito esteja em posição de fazer. Todas as qualidades que constituem a ação em um sentido ativo (propósito e causalidade), devem estar disponíveis ao sujeito para poder falar de omissão. A omissão administrativa é, então, a omissão da ação esperada. De todas as ações possíveis que um servidor pode executar, o sistema jurídico administrativo só está interessado no que a administração pública espera que o servidor faça, porque o dever legal de executá-lo é imposto a ele. A responsabilidade administrativa da omissão consiste, portanto, invariavelmente na não observância de uma ação fixa que o servidor tinha a obrigação de realizar e que, além disso, poderia fazer; então, isto é, estruturalmente, a violação de um dever legal”

⁴⁷PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 62-63..



A questão é que o Estado, ao se omitir, assume a responsabilidade pelas consequências do evento danoso, de modo que não se pode arriscar o interesse da coletividade neste jogo de incerteza⁴⁸.

A doutrina aponta que, no caso da omissão por falha no dever de fiscalização, a lógica é a mesma. Há um dever inerente que, se descumprido, deve ser englobado na teoria do risco administrativo.

Odete Medauar, a respeito do tema, aponta que a obrigação jurídica é um fenômeno de transcendência pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação e, sabendo que nem sempre é possível demonstrar o dolo ou culpa do ente estatal, melhor se asseguram os direitos da vítima ante o tratamento objetivo da responsabilidade da Administração⁴⁹.

Ou seja, sempre que a Administração Pública Direta ou Indireta estiver em uma posição na qual exista um dever intrínseco de fiscalização de determinadas atividades. Não se trata de um dever genérico, mas de uma obrigação específica que, se violada, enseja o dever de indenizar com base na teoria do risco administrativo.

É necessário compreender omissão como a negativa específica da Administração Pública perante um dever de agir para impedir o resultado danoso.

Em relação ao tema, expõe Manuel Rojas Fonseca, Magistrado de Circuito del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, que a omissão ocorre sempre que há a obrigação de agir e, mesmo assim, o ente estatal quedou-se inerte, frustrando o ordenamento jurídico⁵⁰.

⁴⁸ HUPFFER, Haide Maria et al. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Estatal. **REVISTA DIREITO GV**, SÃO PAULO 8(1) | P. 109-130 | JAN-JUN 2012

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 8ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 435

⁵⁰ FONSECA, Manuel Rojas. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO. Responsabilidad Administrativa Por Omisión De Los Servidores Públicos. Principios Que Rigen Su Configuración. 183409. VI.3o.A.147 A. **Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVIII**, Agosto de 2003, Pág. 1832.



Certas atividades demandam uma obrigação de vigilância pré-existente. Desse modo, a causa imediata do dano pode ser imputada a terceiro, mas a causa mediata deve ser imputada à Administração Pública por infração ao dever de vigilância.

Nesses casos, há um risco próprio que deve ser assumido e, se for o caso, custeado pela coletividade em decorrência da atividade desenvolvida pelo ente público. Havendo conduta omissiva especificamente imputável ao ente estatal, basta a presença do dano e do nexos causal:

O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente. (...) Não se trata, em outras palavras, de responsabilidade por fato alheio, mas por fato próprio decorrente da violação do dever de vigilância. Por isso, alguns autores preferem falar em responsabilidade por infração dos deveres de vigilância, em lugar de responsabilidade pelo fato de outrem⁵¹.

Parcela significativa da doutrina aponta que trazer a omissão para o campo da responsabilidade objetiva implicaria na panresponsabilização do Estado, na medida que este seria visto como segurador universal.

Todavia, esta afirmação pode ser facilmente superada quando se verifica que o ordenamento jurídico pátrio não adotou, como regra, o risco integral, razão pela qual a omissão por falha no dever de fiscalização comportaria excludentes de responsabilidade.

Nesse sentido, aponta Gustavo Tepedino que, nos casos em que se verificar uma omissão do ente estatal, a solução mais acertada não residiria na comprovação do mau funcionamento, de difícil comprovação, mas na responsabilização ou não a partir da análise do nexos causal à luz do caso concreto, o que, de modo algum, implicaria em responsabilização geral e irrestrita.

[...]. Se, ao revés, o operador adotasse a teoria do risco administrativo, nos termos da previsão constitucional, a construção não determinaria uma atribuição ilimitada de responsabilidade a cargo do Poder Público. Caberia ao julgador, no exame do caso concreto, verificar se a enchente, por sua

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2006, p. 201



intensidade, caracterizaria força maior, capaz de excluir o nexo causal entre a ação preventiva do município e os eventos danosos. Ao invés de se perquirir a falta de serviço, nem sempre de fácil constatação pericial, sobretudo após a verificação da calamidade, é de se examinar se o evento é previsível e resistível, cingindo-se a investigação aos pressupostos da responsabilidade objetiva⁵².

A doutrina tradicional entende que a responsabilidade civil por omissão seria englobada pela teoria da falta do serviço. Para tanto, caberia ao particular comprovar que o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado.

Há duas questões a serem observadas.

A primeira delas reside em uma possível impropriedade terminológica adotada pela doutrina tradicional quanto ao *faute du service*.

Isso porque, “faute” seria traduzida como descumprimento de uma obrigação preexistente. A locução não diria respeito à imprudência, negligência ou imperícia, mas da inobservância de um dever juridicamente imposto⁵³.

Assim, basta observar se a inação do ente estatal violou um dever jurídico de agir para que se estabeleça o dever de indenizar.

Nesse sentido, aponta Romeu Felipe Bacellar Filho que em face do dever de eficiência imposto ao Estado, prescinde-se de qualquer perquirição de culpa, ainda que especial⁵⁴. A ideia de culpa, portanto, estaria ligada à noção civilista, restando afastada nos casos envolvendo a Administração Pública.

⁵² TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1999. pp. 192-193

⁵³ CHAPUS, René. Apud HACHEM, Daniel Wunder. **Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service**. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155.

⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras*. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo. Editora Malheiros, 2006, p. 308.



O segundo ponto é justamente a dificuldade em comprovar a falta do serviço que, muitas das vezes, é de difícil constatação.

A evolução que a teoria objetiva provocou se deu pelo fato da facilitação da ação da vítima em concreto na reparação do dano, gerando aos infratores a obrigação de indenizar por acidentes provenientes de suas atividades, em detrimento da teoria subjetiva, para a qual o agente precisa salientar a culpa dentro da ideia de desvio de conduta. A prova acaba sendo de difícil constatação, criando grandes óbices à vítima, que quase sempre acabava arando com os respectivos ônus. Com a técnica da presunção de culpa, impõe-se a inversão do ônus da prova, em razão da condição menos favorável da vítima⁵⁵.

Melhor seria analisar, tão somente, o nexo causal entre a omissão da Administração Pública e o dano ocasionado mesmo porque não há nada de substancial, no sistema brasileiro, que justifique um tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões⁵⁶.

Na jurisprudência do STF, há alguns precedentes que apontam a responsabilidade objetiva da administração por falha no dever de fiscalização.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão do Município e o dano causado ao agravado. Precedente. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Agravo regimental improvido⁵⁷.

O acórdão supramencionado trata do pedido de indenização pleiteado pelo Sr. Raimundo Gonçalves Pereira em razão dos danos advindos da concessão, pela prefeitura

⁵⁵ GANDINI, João Agnaldo Donizeti. SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232**, 2003, p. 219.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância** In: FREITAS, Juarez (coord.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.171.

⁵⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AI: 742555 RJ, Relator: Min. Ellen Gracie, data de julgamento: 24/08/2010, segunda turma, data de publicação 10-09-2010



do município, para instalação de um quiosque contíguo à residência deste indivíduo. Entendeu a Corte que o quiosque não atendia aos critérios básicos de utilização e que prefeitura havia sido omissa em seu dever de fiscalização.

É, justamente, este o fundamento do Recurso Extraordinário nº 136861/SP, que servirá como paradigma para todos os casos semelhantes. Abaixo, é possível ler a ementa do caso:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR OMISSÃO (ART. 107, EC 1/69). EXPLOSÃO DE LOCAL DESTINADO AO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. COMUNICAÇÃO PRÉVIA À AUTORIDADE MUNICIPAL COMPROVADA. EFETIVO PAGAMENTO DE TAXA PARA EXPEDIÇÃO DE LICENÇA. AUSÊNCIA DE PRECEDENTES ESPECÍFICOS. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO PLENÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. A Turma, ao apreciar agravo regimental interposto pelo município de São Paulo à decisão monocrática proferida pelo min. relator, reconheceu a existência de repercussão geral (art. 543-A, § 4º CPC) e, considerando a inexistência de precedentes específicos - responsabilidade civil do poder público por omissão relativa à fiscalização de local destinado ao comércio de fogos de artifício cujo proprietário requerera licença de funcionamento e recolhera a taxa específica - , deu provimento ao agravo regimental para submeter o recurso extraordinário a julgamento do Plenário, oportunizando-se às partes a possibilidade de sustentações orais. (RE 136861 AgReg no Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 01/02/2011).

O julgamento deste Recurso Extraordinário foi iniciado e, dos 11 ministros, 9 já proferiram seus votos. De todo modo, a ordem jurídica moderna deve caminhar no sentido da objetivação, posto que escapa à razoabilidade a distinção atualmente posta.

Conforme já apontado, este Recurso Extraordinário tem origem no acórdão 113.236-1/TJSP que, por maioria, afastou a condenação do município de São Paulo para que houvesse a reparação pelos danos causados por uma fábrica ilegal de fogos de artifício.

À toda evidência, vê-se que a fábrica de fogos de artifício só conseguiu operar em razão da inércia da Administração Pública. Pela Lei Municipal nº 7.433/1970, vigente na data do fato, o ente público deveria, impreterivelmente, no prazo de 24 horas, realizar a vistoria prévia, o que não aconteceu. Foi apontado que se houvesse a vistoria, a licença seria imediatamente negada e o estabelecimento teria sido lacrado.

O ministro relator do caso argumentou que a responsabilidade civil por omissão só seria subjetiva acaso não fosse possível identificar o dever de cuidado do ente público,



o que não ocorreu, afastando – também – o argumento de culpa exclusiva, fixando a tese de que “A omissão no dever legal de fiscalizar a atividade de comercialização de fogos de artifício, se dano acarretar a terceiro em virtude dessa conduta omissiva específica, gera a responsabilização objetiva do Estado”⁵⁸.

A tese fixada pelo relator foi acompanhada pelos ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. A divergência foi instaurada pelo ministro Alexandre de Moraes e acompanhada pelos ministros Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, sob argumento de que sequer houve conduta (comissiva ou omissiva) do ente público, razão pela qual seria impossível estabelecer o nexo causal.

Pela análise do caso, é de suma importância que a Suprema Corte acolha a tese fixada pelo ministro relator, sob pena de este órgão negar a prestação jurisdicional entrar na contramão da tendência mundial de objetivação da responsabilidade civil da Administração Pública.

Não aproveitar a discussão para fixar o entendimento de que a omissão frente ao dever de fiscalização deve estar abarcada pela teoria do risco é desconsiderar a estrutura que detém a Administração Pública frente ao particular.

É premiar a inércia do ente público pelo não cumprimento de suas obrigações legais e colocar obstáculo quase que intransponível para a reparação do dano, na medida em que transfere ao particular o ônus da prova. É, em síntese, injusto e desproporcional.

Nesse contexto, aponta Marienhoff que, no caso de omissão, a responsabilidade que resulta do ato ou da omissão é objetiva, uma vez que, essencialmente, leva em conta a violação do dever expresso, independentemente da ideia de culpa. Assim, a responsabilidade por omissão objetiva se vincula, de certo modo, à ideia de justiça distributiva⁵⁹.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 136861/SP, Relator Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 17/12/2008, Data de Publicação: DJe: 04/02/2009

⁵⁹ MARIENHOFF, Miguel S. **Responsabilidad extracontractual del estado por las consecuencias de su actitud “omissiva” en el ámbito del derecho público**. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 67

Tradução: “la responsabilidad que surge del hecho o del acto de omisión o de abstención es “objetiva”, puesto que toma esencialmente en cuenta el incumplimiento del expresado deber, con prescindencia de

Todavia, por não se tratar de risco integral, cabem as excludentes de ilicitudes, tais como: culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito e força maior.

Alguns autores apontam que a reserva do possível também poderia ser abarcada como excludente de ilicitude, comissiva ou omissiva. Juarez de Freitas, por exemplo, defende o manejo do princípio da proporcionalidade como mecanismo hábil à análise da justificação ou do afastamento da responsabilidade estatal em eventos danosos⁶⁰.

Nesse contexto, basta a omissão do ente estatal frente ao dever específico de fiscalização e sendo essa a omissão causa determinante do dano, ainda que praticado por terceiro, suficiente para que se dê a responsabilidade objetiva do Estado. A omissão material, nesse caso, é manifestamente antijurídica.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível perceber as diversas transformações, no Brasil e no mundo, pelo qual passou o instituto da responsabilidade civil aplicado à Administração Pública.

Uma das maiores contribuições para a mudança de paradigma está na fase publicista, oriunda da jurisprudência administrativa francesa.

A percepção, através de famosos arestos, acerca da hipossuficiência do administrado frente ao poderio financeiro, estrutural e técnico do ente estatal foram fundamentais para que se percebesse a assimetria de relações e a necessidade de a Administração responder pelos atos praticados independentemente de culpa, a objetivação, de certa forma, foi conseqüência lógica da fase publicista.

Atualmente, percebe-se uma tendência à objetivação independente da natureza do ato, omissivo ou comissivo. No Brasil, a doutrina e a jurisprudência têm debatido constantemente o tema.

la idea de culpa. Por sus efectos, diríase que la responsabilidad “objetiva” se vincula a la idea de justicia distributiva, que es la justicia establecida por el Estado.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo. Editora Malheiros, 2007, p. 67-69



Apesar dos intensos debates, com argumentos plausíveis para ambos os lados, considerar que a omissão deve seguir o viés subjetivo e os atos comissivos a linha objetiva é, para além de impor uma distinção que o dispositivo legal não faz, onerar demasiadamente o particular que pretende ser ressarcido pelo erário.

Isso porque, a prova do fato negativo é de extrema dificuldade e muito difícil de ser constatada no plano material. Além disso, coloca a Administração Pública em uma posição extremamente privilegiada sem qualquer razão suficientemente forte que possa justificar tratamento tão distintos para uma mesma matéria.

Entender que atos omissivos também são abarcados pela teoria do risco é, sobretudo, questão de justiça social, porquanto força o Estado a cumprir suas indeclináveis tarefas positivas e negativas, muitas vezes relegadas e colocadas em segundo plano.

Nesse contexto, faz-se necessário tratar os excessos e inoperâncias da Administração Pública do mesmo jeito. Ao nosso sentir, a segmentação feita pela doutrina tradicional está superada.

Convém notar que entender desta forma não é, de modo algum, tornar o ente público o segurador universal, haja vista o nosso ordenamento jurídico convencionar excludentes de ilicitude, que afastariam o dever de indenizar.

É necessário compreender que o ato omissivo configura ilícito quando a Administração Pública permanece inerte quando há um dever legal de agir.

Assim, observada a violação formal ao ordenamento jurídico, consubstanciada em uma regra que imputa ao ente estatal determinada conduta, e a violação material, a omissão do dever de agir, que ocasionaram um dano, investigar a culpa da Administração Pública se torna desnecessário.

A inversão do ônus da prova, nesse caso, leva em consideração a assimetria das relações e, mais do que isso, se afigura como questão de justiça distributiva, na medida que trata os desiguais na medida de suas desigualdades.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1998 Atlas, 2007

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo. Editora Malheiros, 2006

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. V. II

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 16 DE JULHO DE 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 18 DE SETEMBRO DE 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm



BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL DE 25 DE MARÇO DE 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AI: 742555 RJ, Relator: Min. Ellen Gracie, data de julgamento: 24/08/2010, segunda turma, data de publicação 10-09-2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI: 299125 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/10/2009, Data de Publicação: DJe-197, 20/10/2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 136861/SP, Relator Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 17/12/2008, Data de Publicação: DJe: 04/02/2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 109.615/RJ. 1ª Turma. Brasília/DF, 28 de maio de 1996. Publicado no DJe em 02 de agosto de 1996

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo. Editora Atlas, 2018

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2015

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2006

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª Ed., São Paulo:

CHAPUS, René. Apud HACHEM, Daniel Wunder. **Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service**. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013

CRETELLA JÚNIOR, J. Direito administrativo inglês. **R. Inf. Legisl. Brasília**, a. 25, n. 99, jul-set, 1988



Crown Proceedings Act 1947. THE NATIONAL ARCHIVES. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/10-11/44/section/2>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 31ª ed. rev. atual e amp. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018

FALLA, Fernando Garrido. La Constitucionalizacion de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. **Revista de Administración Pública, num 119**, Mayo-Agosto, 1989

FONSECA, Manuel Rojas. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO. Responsabilidad Administrativa Por Omisión De Los Servidores Públicos. Principios Que Rigen Su Configuración. 183409. VI.3o.A.147 A. **Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVIII**, Agosto de 2003

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo. Editora Malheiros, 2007

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância** In: FREITAS, Juarez (coord.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo:Malheiros Editores, 2006

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232**, 2003

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista da Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades.** Disponível em http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/3_-_a_responsabilidade_civil_do_estado_por_atos_omissivos_e_o_atual_entendimento_do_supremo_tribunal_federal.pdf.



HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013

HUPFFER, Haide Maria et al. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Estatal. **REVISTA DIREITO GV**, SÃO PAULO 8(1), 2012

JOHNSON, Robert N. *The Federal Tort Claims Act: A Substantive Survey*, **6 U. RICH. L. REV.** **65** (1971). Disponível em <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1148&context=lawreview>

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006

LES TRÈS GRANDS DÉCISIONS DU DROIT ADMINISTRATIF Recueil de décisions juridictionnelles. Disponível em <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/TGD.09.pdf>.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BR.AIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007

MARIENHOFF, Miguel S. **Responsabilidad extracontractual del estado por las consecuencias de su actitud “omissiva” en el ámbito del derecho público**. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires, Argentina, 2001

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 8ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005



MEIRELLES: Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21^a ed. São Paulo. Editora Malheiros, 1996

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Responsabilidade civil do estado por atos legislativos (Revivescimento de uma antiga questão). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 9^a ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2000

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008

TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1999

UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES. Federal Tort Claims Act. Disponível em <https://www.house.gov/doing-business-with-the-house/leases/federal-tort-claims-act>

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010