

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

*Paulo André Morales Arêas**

INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil do Estado, certamente, é apresentado como um dos mais estimulantes no direito, principalmente pelos diversos aspectos de análise que envolve. Dentro desse tema de tão ampla magnitude que abarca não só a responsabilidade da administração como, também, a do Estado Juiz e a do Estado Legislador, a responsabilidade por comportamentos omissivos atrai bastante a atenção dos estudiosos pelas diversas considerações que admite.

Esta obra, contudo, com vistas a impedir que haja uma confusão conceitual e uma apreciação superficial sobre o tema, se limitará ao estudo da disciplina da responsabilidade da Administração por comportamentos omissivos, pois que as omissões legislativas e judiciais, por merecerem considerações específicas, seriam melhor estudadas em obras diversas e separadas.

Em verdade, o estudo da responsabilidade da Administração por comportamentos omissivos, traz consigo um amplo campo de debate jurídico, sobretudo no que diz respeito à aplicação da teoria objetiva de responsabilização que, a cada dia, vem alcançando maior acolhida no ordenamento jurídico. Aliás, como comprovação de tal afirmação, basta uma análise das mais diversas decisões judiciais e do novo Código Civil, que estabeleceu como

* Advogado. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos e professor desta mesma instituição.

regra de responsabilização extracontratual a teoria objetiva. Contudo, há de se salientar que, a despeito das considerações civilísticas serem de grande proveito, importante ter em mente que a presente proposta deve levar, principalmente, em conta conceitos de ordem publicística, conforme se poderá observar, por envolver tema constante das lições de Direito Administrativo. Trata-se, contudo, de uma apreciação a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado, visto que não se pretende aqui envolver o estudo das atividades estatais de natureza contratual.

Assim, com vistas e essas considerações iniciais, para melhor compreensão do presente desafio doutrinário, esta obra será dividida em três partes. A primeira delas, cuidará de apresentar breves considerações gerais acerca da responsabilidade da administração pública, inclusive sua evolução histórica. Na segunda parte, far-se-á um estudo específico e limitado à responsabilidade civil da administração pelos comportamentos omissivos. Por fim, procurar-se-á traçar pontos importantes a respeito da teoria da *faute du service* frente às, já, então, abordadas linhas mestras da responsabilidade por comportamentos omissivos.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO

A responsabilidade civil do Estado, conforme demonstram os mais variados estudos a respeito do tema, sobretudo por tocar a várias disciplinas do direito, é tema que se submeteu a uma enorme evolução histórica, tudo conforme o grau evolutivo de conscientização política do Estado que a seguir poder-se-á observar.

A princípio, em uma época em que os Estados firmavam sua existência em governos de ordem absolutista e despótica, era comum o entendimento de que o monarca, como figura que refletia a correção de governo e se confundia até mesmo com o a imagem da soberania, não era passível de cometer erros de modo a permitir que qualquer pessoa prejudicada por um ato estatal pudesse se valer dos meios cabíveis para se ver ressarcida. Desse período, portanto, surgiram as seguintes expressões que evidenciavam a absoluta irresponsabilidade do Estado, quais sejam: “‘O rei não erra’ (*The King can do no wrong*), ‘O Estado sou eu’ (*L’État c’est moi*), ‘O que agrada ao príncipe tem força de lei’”¹. Ressalve-se, todavia, que em tal período, a despeito de não ser permitida a responsabilização do Estado, era possível que se responsabilizasse o funcionário atuante².

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 157 e 158.

² GASOS, Iara Leal. *A Omissão Abusiva do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p 70.

Conforme ressalta o prestigiado Hely Lopes Meirelles³, encontra-se totalmente ultrapassada a teoria da irresponsabilidade, pois que os últimos países que a acolhiam, os Estados Unidos e a Inglaterra, a abandonaram por completo. Os Estados Unidos pelo *Federal Tort Claims Act*, em 1946. Já, a Inglaterra se liberou desse antigo pensamento por intermédio do *Crown Proceeding Act*, de 1947.

Numa segunda etapa da evolução da responsabilidade passou-se a entender o Estado como responsável pelos atos culposos que seus agentes, nessa condição, praticassem em detrimento dos administrados. Abandonou-se, assim, a teoria da irresponsabilidade, mas permitiu-se a responsabilização do Estado por culpa. Nesse período, portanto, para fins de responsabilidade do Estado, era corrente a distinção entre os atos estaduais de gestão e os de império⁴. No primeiro caso, seria totalmente possível a responsabilização civil do Estado, enquanto no segundo caso, por se tratar de ato regulamentado por normas essencialmente de direito público e protetoras da figura estatal, o Estado não poderia se ver responsabilizado. Assim, dadas as não raras dificuldades de se verificar na prática se determinado ato seria de gestão ou de império, não prosperou tal forma de responsabilização estatal, sobretudo pelas constantes insatisfações geradas aos administrados.

O insucesso da segunda etapa evolutiva da responsabilidade estatal, qual seja, a da teoria da responsabilização com culpa, fez surgir no cenário jurídico uma nova proposta. Passou-se, nesse sentido, à adoção da teoria da culpa administrativa que, a despeito de basear-se numa responsabilização de ordem subjetiva – culpa ou dolo do agente estatal – como a anterior, não mais fazia distinção, para fins de responsabilidade, entre os atos de

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 610.

⁴ CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p 381.

império e de gestão praticados pelo Estado. Foi aqui que se desenvolveu a idéia de culpa anônima e de responsabilização pela falta do serviço. Propôs-se, assim, que não seria necessário identificar a culpa individual do agente estatal, uma vez que as noções de cunho civilístico foram abandonadas em prol dos princípios publicísticos advindos do Direito Administrativo. Bastava a mera prova do autor da ação judicial de que o serviço não funcionara, funcionara mal ou em atraso, portanto, da culpa, sendo desnecessário, repita-se, a identificação individual do agente estatal responsável pela conduta.

Por fim, o último momento da evolução da responsabilidade do Estado, apesar de algumas nuances admitidas pelos diversos ordenamentos jurídicos, foi o da aceitação da teoria da responsabilidade objetiva, desprovida de qualquer avaliação de culpa (dolo ou culpa em sentido estrito) sobre o ato administrativo praticado. Ressalte-se, todavia, que tal teoria passou a ter acolhida no direito pátrio mediante a interpretação que se dava ao art. 194 da Constituição Federal de 1946 que, comparado ao art. 15 do antigo Código Civil, não se referiu aos pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância de dever legal. No mesmo sentido caminharam as Constituições posteriores⁵, sendo que a atual disciplinando a matéria no seu art. 37, § 6º, previu a seguinte redação: “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 no caso de culpa ou dolo”.

Assegura, assim, a doutrina pátria que, uma vez admitida a responsabilidade civil objetiva da administração pública, o legislador optou pela teoria do risco administrativo que, sendo uma das diversas teorias acerca da responsabilização objetiva, propõe como única saída admitida para a administração a comprovação por parte desta da ausência do

⁵ Idem, p. 384.

fato administrativo, do dano ou do nexo causal entre a conduta do agente público e o dano causado. Daí afirmar-se que neste último caso a administração somente não responderá pelos danos existentes se conseguir provar que o dano fora ocasionado por caso fortuito ou força maior, ou que decorrera de fato exclusivo de terceiro ou da vítima. Observe-se que, apesar de muitos se referirem a esta última hipótese de excludente da responsabilidade estatal como de culpa exclusiva da vítima, trata-se de uma grave impropriedade terminológica, vez que em sede de responsabilidade objetiva, como não há análise da culpa, mais apropriado é utilizar-se da expressão “fato exclusivo da vítima”. Outrossim, não é pretensão da presente obra traçar distinções entre caso fortuito e força maior, mas ao contrário, consoante grande parte da doutrina administrativista, a proposta é que sejam ambos analisados sob um único foco, principalmente pela infundável divergência dos estudiosos que pretendem diferencia-los.

São, todavia, três os pressupostos configuradores da responsabilidade civil da administração: o fato administrativo, o dano (que pode ser patrimonial ou moral) e, por fim, a existência do nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano existente.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO POR COMPORTAMENTOS OMISSIVOS

Considerações especiais merece a análise da responsabilidade civil do Estado decorrente de omissão. Ora, teria ela acolhida normativa no art. 37, § 6º da CRFB? Seria a responsabilidade por omissão de ordem objetiva ou dependeria da verificação de culpa do agente público? Por força de tais questionamentos far-se-ão a seguir alguns comentários com o fito de melhor esclarecer as indagações decorrentes do tão interessante estudo.

Primeiramente, importante destacar que em sede de responsabilidade por omissão esta sempre decorrerá de um comportamento ilícito, pois que somente será possível a verificação da omissão quando existir uma norma legal impondo um comportamento positivo, ou seja, um agir. Sem a presença de tal norma não há meio viável de se imputar ao Estado um comportamento inerte, sobretudo porque o princípio da legalidade que circunda a administração somente permite a atuação desta quando tal comportamento encontre previsão no ordenamento jurídico⁶. Assim, sem norma impositiva de conduta não está a administração apta a agir e, no mesmo sentido, impossível verificar o dever de agir nas hipóteses de omissão.

⁶ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 61.

Ainda, por questão de ordem lógica, a afirmação de que a responsabilidade estatal por omissão é sempre uma responsabilização por comportamento ilícito, acaba por trazer implícito a conclusão de que, em última análise, é necessária a prova de culpa. Observe-se, contudo, que não se está a afirmar que toda a responsabilidade por ato ilícito seja de ordem subjetiva, mas que, diante da necessidade de comprovar o dever de agir da administração frente a determinadas condições fáticas, necessariamente, implicará na análise do aspecto subjetivo do fato administrativo, qual seja, a culpa. Não há, portanto, como verificar o dever de agir da administração sem adentrar na análise da culpa, uma vez que ambas se confundem. Ora, permanecendo inerte a administração quando presente um dever de agir, estará ela agindo culposamente, violando um comando normativo impositivo de comportamento positivo.

Importante, contudo, ressaltar que Sergio Cavalieri Filho⁷, destoando da visão extremamente majoritária na doutrina, entende ser possível a responsabilização objetiva da administração nos comportamentos omissivos. Para tanto, se vale o renomado autor do argumento de que é necessário, em primeiro plano, verificar se a omissão administrativa é genérica ou específica. Sendo, portanto, caso de omissão genérica, a responsabilidade da administração pública seria subjetiva. De outro lado, sendo hipótese de omissão específica, a responsabilidade seria objetiva, pois que aqui estaria configurado um dever individualizado de agir. Nesse sentido diz o referido autor, *in verbis*:

[..] “em nosso entender, quando o dano resulta da omissão específica do Estado, ou, em outras palavras, quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do não impedimento do evento, o Estado responde objetivamente, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula”⁸.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 169.

⁸ Idem. p. 169.

Apresentadas as razões que, consoante Sergio Cavaliere Filho, fundamentam a possibilidade de responsabilização objetiva da administração por comportamento omissivo, demonstrar-se-ão agora as razões críticas a esse posicionamento que, repita-se, deverão ser trabalhadas no meio acadêmico.

De início, vale a observação de que os exemplos acima citados para demonstrar hipóteses de omissão específica do Estado, talvez, em verdade, não sirvam para a defesa do argumento apontado, uma vez que, ao invés de se enquadrarem como casos de omissão estatal, mais se aproximam de casos de danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória. Aliás, conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello⁹, três são os tipos de situação ensejadora de responsabilização da administração: por ação, hipótese que, como visto, exige responsabilização objetiva; por omissão, em que se exige, majoritariamente, a responsabilização subjetiva da administração; por último, por danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, que se equipara à conduta comissiva da administração.

Ora, tanto o caso de morte de detento em penitenciária, como o caso de acidente em colégio público durante o período de aula, são exemplos claros de danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória. Trabalha-se aqui, portanto, a idéia de risco suscitado.

Em verdade, quando o Estado assume o dever de manter detentos sob a sua custódia ou quando presta ensino escolar, ele está se colocando na situação de garantidor daqueles que passaram a estar sob a sua vigilância. Daí falar-se em culpa *in vigilando*, mas que, por

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, 893.

questão de ordem lógica, aqui há de ser chama da responsabilidade *in vigilando*, uma vez que no campo da responsabilização objetiva não há lugar para qualquer análise do elemento culpa.

Aliás, parte da jurisprudência parece ter caminhado nesse sentido conforme se pode observar a seguir através dos respectivos acórdãos, *in verbis*:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Acórdão: Apelação cível 2003.004595-3

Relator: Des. Vanderlei Romer.

Data da Decisão: 16/10/2003.

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO C/C DANOS MORAIS. MORTE DE DETENTO NO INTERIOR DE PRESÍDIO EM CONSEQÜÊNCIA DE DESCARGA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ZELAR PELA INTEGRIDADE FÍSICA DAQUELES QUE ESTÃO SOB SUA CUSTÓDIA. CULPA IN VIGILANDO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E MATERIAIS. PENSÃO MENSAL DEVIDA. REDUÇÃO DO LIMITE DE 70 ANOS DE IDADE DA VÍTIMA PARA A DATA EM QUE ESTA COMPLETARIA 65 ANOS. MINORAÇÃO DO QUANTUM DA PENSÃO ARBITRADA PARA 1/3 DO SALÁRIO MÍNIMO A PARTIR DO DIA EM QUE O DE CUJUS ATINGIRIA 25 ANOS, HAJA VISTA EXISTIR A PRESUNÇÃO DE QUE A CONTAR DESTA IDADE ELE CONSTITUIRIA FAMÍLIA. DESPESAS COM O FUNERAL COMPROVADAS. JUROS LEGAIS CONTADOS DA CITAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA E ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS PELO ENTE ESTATAL. REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Acórdão: Apelação e reexame necessário 70002262053

Relator: Antônio Corrêa Palmeiro Da Fontoura

EMENTA: DANO MORAL. INCENDIO EM PRESÍDIO, MORTE E LESOES EM DETENTOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PENSIONAMENTO. E RESPONSÁVEL O ESTADO PELA MORTE E LESOES DE APENADOS QUE ESTAO SOB SUA CUSTODIA. QUANTIFICACAO DA INDENIZACAO ANTE AS CONDICÕES DAS VITIMAS E A INTENSIDADE DA DOR DOS ATINGIDOS. PENSIONAMENTO. FIXACAO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO REJEITADA. APELO DO ESTADO DESPROVIDO. APELO DOS AUTORES PROVIDO, EM

PARTE. SENTENÇA MANTIDA, NO MAIS, EM REEXAME NECESSÁRIO. (APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 70002262053, SEXTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA, JULGADO EM 11/12/2002).

Demais disso, mesmo que se possa argumentar que na prática não seja fácil a distinção dos casos de omissão dos de danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, ainda, assim, não há que ser admitida a responsabilização objetiva do Estado quando da presença de comportamentos omissivos específicos. Pois bem, a quem caberia o ônus de provar que no caso levado a exame do Judiciário teria ocorrido uma omissão específica? Conforme reza a disciplina geral do ônus *probandi*, ao autor cabe o ônus de provar fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, inc. I)¹⁰. Nesse sentido, tendo o autor de provar os fatos constitutivos de seu direito, deveria ele, ao menos, demonstrar a existência de uma omissão específica do Estado para fins de responsabilização civil. Nesse momento, todavia, uma vez provada a omissão específica já terá o autor demonstrado a omissão culposa da administração. Ora, a prova da omissão específica, nada mais é do que a prova da existência de um dever individualizado de agir violado, portanto, a verdadeira demonstração de culpa da administração. Por mais curioso que possa parecer aqui, então, estar-se-á provando da mesma forma que nos casos de omissão genérica que, sem sombra de dúvidas, aponta para uma responsabilização de cunho subjetivo, em outras palavras, com análise da culpa.

Outrossim, não se argumente aqui com a culpa presumida, uma vez que, por mais que esta possa ser aceita na discussão de responsabilidade civil do estado por omissão, não há de ser confundida com a responsabilidade objetiva esculpida nos termos do art. 37, § 6º

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 24 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, pp. 419 e 420.

da CRFB. Conforme se sabe, mesmo que se admita que, por construção pretoriana, em determinadas hipóteses deva prevalecer a culpa presumida em prol de uma das partes, esta impõe uma mera presunção relativa de culpa, o que quer dizer que é admitida prova em contrário a respeito da sua inexistência em determinado caso concreto. Já, no caso de responsabilidade pela teoria objetiva, algo diferente parece ocorrer, posto que, como nesse caso não se discute sobre a existência ou inexistência de culpa, esta sofre uma presunção absoluta de existência. O que se quer dizer com isso é que, diante de tal presunção absoluta, portanto, *iuris et de iure* da culpa, a discussão jurídica nesse caso se limitaria à verificação da presença ou não do nexo de causalidade. Todavia, como já demonstrado, em sede de responsabilização, por uma questão de ordem lógica, não seria possível a admissão da teoria objetiva de responsabilidade, mas, em todo caso, o máximo que se poderia permitir seria uma presunção relativa de culpa da administração, o que faria com que o debate permanecesse sempre na seara da culpa. Muitas vezes, conforme é cediço, por construção pretoria, é permitida a admissão da culpa presumida em determinados casos em que, mediante o balanceio de princípios jurídicos, se verifica a fragilidade de uma das partes em relação a outra. Tudo em prol da igualdade substancial das partes e de um processo com uma efetividade qualitativa maior. Em arremate, diz Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a admissibilidade da culpa presumida:

“Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese da culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade”¹¹.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 887.

3. A TEORIA DA FALTA DO SERVIÇO (*FAUTE DU SERVICE*) E A RESPONSABILIDADE POR COMPORTAMENTO OMISSIVO

A teoria da falta do serviço (*faute du service*) trabalha, basicamente, em cima de três possíveis situações ocasionadas pela falha do serviço, quais sejam: quando o serviço não funcionou (devendo funcionar), quando funcionou atrasado ou quando funcionou mal. Esses são os três pilares básicos de sustentação da mencionada teoria. Nesse sentido, o que se pode constatar é que todos os pilares mencionados evidenciam casos de verdadeira omissão estatal, ou seja, hipóteses em que, havendo um dever legal de agir do Estado, este se manteve inerte, ainda que se possa admitir uma inércia parcial que tenha contribuído para o evento danoso. Assim, a teoria da falta do serviço encontra espaço justamente no debate da responsabilidade do Estado por comportamentos omissivos, mesmo embora, como demonstrado anteriormente, tal teoria advenha de um período histórico em que a responsabilidade do Estado era totalmente encarada sob o aspecto subjetivo.

Destarte, há de se registrar, que, de acordo com as idéias já trabalhadas nesta obra, na seara da responsabilidade por omissão deve prevalecer, a despeito da nobre redação do art. 37, § 6º da CRFB, a verificação de culpa da administração, uma vez que aqui necessário se faz provar, diante das circunstâncias do caso concreto, o dever de agir ao qual estava vinculado o Estado. Desse modo, não haveria possibilidade de se permitir aqui a

incidência da teoria objetiva de responsabilidade da administração, uma vez que a prova do dever de agir, que se faz necessária, é, conseqüentemente, verdadeira prova de culpa do Estado. É, de fato, a demonstração de que o Estado deveria agir, mas que não o fazendo, sua omissão fora condição para a existência do dano.

É importante, portanto, aqui consignar que a expressão falta do serviço poderia gerar confusões a ponto de ser interpretada como modo de responsabilização objetiva do Estado. Tal confusão, como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello¹², advém da defeituosa tradução da palavra francesa *faute*. Ora, em França, o seu real significado é o de culpa. Restando por demais comprovado que a expressão falta do serviço fora fruto de uma incorreta tradução, trazendo a idéia de algo objetivo.

Seguindo essa linha de raciocínio, como nos casos de responsabilidade por omissão se exige uma análise objetiva do ato administrativo, tal análise também não deve ser confundida com a teoria objetiva da responsabilidade. Quando se fala em análise objetiva do ato administrativo, em verdade, está-se referindo à verificação do ato administrativo frente aos padrões normais de conduta na prestação do serviço público. Aliás, meramente à título exemplificativo, guardando as diferenças básicas das disciplinas do direito, tal concepção seria o que no Direito Penal se chama de dever objetivo de cuidado¹³, que encontra respaldo também no estudo da culpa. Assim, como a análise objetiva do ato administrativo impõe um caminho que se envereda pelo estudo da culpa (negligência, imperícia e imprudência), esta não deve ser confundida com a teoria objetiva de responsabilidade, que se prende somente à apreciação do fato administrativo, do seu resultado e do respectivo nexa causal, sem adentrar ao aspecto subjetivo, a culpa.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 887.

¹³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 23 ed. v. 1. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 293.

Por fim, outro fator importante, diz respeito ao nexo de causalidade na omissão. Em verdade, nos casos de omissão, esta não deve funcionar como causa de qualquer resultado, haja vista que se a omissão é o não agir, obviamente nada poderia surgir naturalisticamente de um comportamento inerte. Em outras palavras, nada poderia surgir do nada. Nesse sentido, há de se considerar que a omissão não funciona como causa de qualquer resultado, mas como verdadeira condição de existência de um determinado evento lesivo. Assim, no tocante à análise omissão estatal, melhor seria falar em nexo condicional do que em nexo causal.

CONCLUSÃO

Diante das já esboçadas considerações, é possível afirmar que o estudo da responsabilidade administrativa por comportamentos omissivos, pelas infindáveis discussões possíveis, apresenta-se como um tema que desperta bastante a atenção dos estudiosos do direito. Aliás, diga-se de passagem, a partir do momento em que se passou a admitir a responsabilidade objetiva do Estado, o tema cresceu em importância, sobretudo pelas diversas discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais que passaram a debater sobre a aplicação da teoria objetiva de responsabilidade no tocante às omissões estatais.

Em verdade, consoante demonstrado, a responsabilidade por omissão evidencia uma inércia administrativa ilícita, portanto, enquadrando-se dentro dos modelos de responsabilização do Estado por comportamento ilícito. Tal afirmação decorre do fato de que, para se demonstrar a responsabilidade do Estado nessas situações, é preciso que haja um comando normativo indicando que, diante de circunstâncias apresentadas em concreto, seja implementada uma conduta positiva do Estado, ou seja, impondo um agir.

Demais disso, por força da necessidade de se comprovar o a violação de um dever de agir imposto pela norma, a conclusão alcançada é que nos casos de responsabilidade estatal por comportamento omissivo, deverá sempre ter lugar a verificação da culpa. Nesse

passo, a despeito de respeitáveis posicionamentos que insistem em admitir a responsabilidade objetiva nas hipóteses de omissão, ficou comprovado neste estudo que em tais casos não se poderá fugir da apreciação do elemento subjetivo da conduta administrativa, qual seja, a culpa.

Não se argumente que na presente modalidade de responsabilidade administrativa deva se separar os casos em há omissão específica, dos de omissão genérica. Ora, como citado, alguns defendem a tese de que quando houver uma omissão específica da administração, esta deverá sofrer os ônus de uma responsabilização pela teoria objetiva, portanto, independentemente da presença da culpa. Contudo, tal posicionamento não merece acolhida dentro da sistemática jurídica brasileira por duas razões básicas: a primeira, por necessidade técnica de melhor orientação no sistema de responsabilização e, a segunda, pela exigência de ordem lógica de compreensão do sistema de probatório admitido no Brasil.

Quanto ao primeiro ponto crítico, os exemplos comumente encontrados para demonstrar hipóteses de omissão específica, não se enquadram exatamente nessa modalidade de responsabilização estatal. Antes, ao invés de evidenciarem comportamentos omissivos, se encaixam numa terceira forma de responsabilização, qual seja, de danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória. Ora, nesta terceira modalidade de responsabilização, justamente por ela trabalhar com a idéia de risco suscitado, deve haver aplicação da teoria objetiva, pois que o Estado passa a se colocar numa situação propiciatória ao dano, não por omissão.

No entanto, partindo ao segundo ponto, pode-se afirmar que, a despeito de, muitas vezes, a distinção da omissão dos casos de danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, ser difícil, o problema pode ser resolvido através do

estudo do *onus probandi*. Aliás, conforme reza a disciplina processual civil, ao autor cabe o ônus de provar fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, inc. I). Nesse sentido, o autor deveria, ao menos, demonstrar a existência de uma omissão específica do Estado para alcançar a tão almejada responsabilização civil objetiva. Nesse momento, todavia, uma vez provada a omissão específica já terá o autor demonstrado a omissão culposa da administração. Observe-se, porém, que a prova da omissão específica, nada mais é do que a prova da existência de um dever individualizado de agir violado, portanto, a verdadeira demonstração de culpa da administração. Por mais curioso que possa parecer aqui, então, estar-se-á provando da mesma forma que nos casos de omissão genérica que, sem sombra de dúvidas, aponta para uma responsabilização de cunho subjetivo, em outras palavras, com análise da culpa.

Como resultante do exposto, conclui-se que a teoria da falta do serviço permanece aplicável em sede de responsabilidade por omissão, valendo, portanto, nesse aspecto, a apreciação de culpa na atividade administrativa lesiva. Assim, apesar da possibilidade de muitos confundirem a teoria da falta do serviço com a responsabilidade objetiva da administração, ela tem lugar que se circunscreve à verificação da culpa. Em verdade, a expressão francesa *faute du service*, não encontra correta tradução para o português, pois que tradução de *faute* é indicativa de culpa.

Ainda, por fim, há de se sustentar que na omissão do Estado, esta não funciona, propriamente, como causa de qualquer resultado, pois nada pode surgir da ausência de comportamento. Dessa sorte, na seara da análise do comportamento omissivo, mais apropriado se falar em nexos condicional do que em nexos causal, visto que a omissão não é causa, mas verdadeira condição do evento lesivo.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GASOS, Iara Leal. *A Omissão Abusiva do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 23 ed. v. 1. Saraiva: São Paulo, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 24 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.