

# A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO

Augusto Vinícius Fonseca e Silva

---

## RESUMO

Trata da responsabilidade civil do Estado por seus atos omissos com base na Constituição Federal de 1988, art. 37, § 6º, e no Código Civil de 2002, art. 43.

Analisa a controvérsia sobre a natureza da responsabilidade estatal, se objetiva ou subjetiva, bem como expõe as divergências na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Propõe a interpretação sistemática das normas que regem o instituto, por propiciar sejam elas tomadas em seu conjunto e em harmonia com todo o ordenamento jurídico, presidido pela Constituição.

Defende a responsabilidade objetiva do Estado, portanto sem a exigência da caracterização da culpa do agente para o reconhecimento do dever de indenizar, conclusão a que chega após examinar a necessidade de interpretar o aludido artigo do novo Código Civil à luz da Constituição de 1988, cujos princípios passaram a permear o Direito Civil.

## PALAVRAS-CHAVE

Estado; Responsabilidade – civil, objetiva; omissão; Constituição Federal; Direito Civil; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Código de Defesa do Consumidor.

---

## 1 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

### 1.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Desde a Constituição Federal de 1946, o ordenamento jurídico brasileiro optou pela responsabilização extracontratual do Estado pela via objetiva.

Não chegamos a cogitar da irresponsabilidade de seus atos, pois, como nos informa Sérgio Cavaleri Filho, mesmo à falta de disposição legal específica, a tese de responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito<sup>1</sup>.

Mesmo antes desse marco constitucional, as constituições brasileiras jamais se desprenderam da responsabilidade do Estado. Prescreviam as constituições anteriores uma espécie de solidariedade estatal em relação aos atos de seus agentes.

Cuidava-se, até então, de responsabilidade fundada em culpa civil (imprudência, imperícia ou negligência), sendo necessária, dessa forma, a demonstração da culpa do funcionário público para tentar obter a indenização.

O Código Civil de 1916, envolvido nessa atmosfera subjetiva, trazia em seu art. 15: *As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.*

Note-se, pois, que as expressões acima destacadas denotam, às claras, a responsabilidade estatal baseada na culpa.

Mas, na maioria das vezes, nesses casos, como nos informa o Prof. Caio Mário da Silva Pereira<sup>2</sup>, tornava-se difícil – quando não impossível – à vítima a demonstração da culpa do agente público, por se encontrar em posição de inferioridade diante do ente estatal, e, por isso, raramente atingia tal desiderato e, comumente, ficava sem ver reparados os danos.

Sensível a tal situação de desigualdade, o constituinte de 1946 resolveu dar acolhida à responsabilidade civil estatal sem perquirição acerca do elemento culpa. Prescreveu no art. 194: *as pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os*

*seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros, o que resultou na não-recepção do mencionado dispositivo da lei substancial civil de antanho, como observa a moderna doutrina de José dos Santos Carvalho Filho: Se comparado esse texto com o do art. 15 do Código Civil, não será difícil observar que foram retirados da norma os pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância de dever legal, exatamente aqueles que denunciavam a adoção da responsabilidade subjetiva, ou com culpa. Resulta da alteração da norma que o direito pátrio, através da regra constitucional, passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na qual não era exigida a perquirição do fator culpa. Interpretação comparativa leva a concluir-se que o art. 15 do Código Civil sofreu derrogação pelo advento do art. 194 da Constituição de 1946<sup>3</sup>.*

Daí em diante, não mais se retirou do sistema jurídico brasileiro a responsabilidade civil do Estado. Como disserta, pontualmente, o citado Sérgio Cavaleiri Filho, a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita de culpa, mas, tão-somente, da relação de causalidade. Prova do que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço. O dever de indenizar da Administração opor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos público<sup>4</sup>.

Substanciando a consagrada responsabilidade estatal objetiva, veio a teoria do risco administrativo. Como toda atividade estatal é exercida, direta ou indiretamente, em benefício de todos, prega essa teoria que, também no caso de dano, o Estado, que representa todos, deve suportar o ônus de sua atividade sem que se cogite da culpa de seus agentes. Donde se pode concluir, juntamente com Carlos Roberto Gonçalves que, para o dever estatal de indenizar, não se exige, pois, comportamento culposos do funcionário. Basta que haja o dano, causado por agente público agindo nessa qualidade, para que decorra o dever do Estado de indenizar<sup>5</sup>.

Risco administrativo não é sinônimo de risco integral. A teoria do risco administrativo vincula-se à res-

ponsabilidade objetiva do Estado e, para que esta aflore, devem ser demonstrados a conduta estatal (positiva ou negativa), o dano, o nexos causal entre tais elementos e a inexistência de causa excludente desse nexos, isto é, fato da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior<sup>6</sup>. Ao contrário, a teoria do risco integral inadmitte que se oponham as excludentes. E fez bem o legislador constituinte brasileiro, senão haveria risco de todos os danos serem atribuídos ao Estado. E tal não pode ser admitido, sob pena de promovê-lo a segurador universal. Consoante lições do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Direito brasileiro, como é sabido por todos nós, aceita a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Mas, será que isso quer dizer a responsabilidade do Poder Público por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo no qual esteja envolvido, direta ou indiretamente? Qualquer acadêmico de Direito que tenha uma mínima noção dos requisitos para a configuração dessa responsabilidade sabe que não<sup>7</sup>.

A Carta de 1988 pontificou no art. 37, § 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.* Daí se pode notar, com Hely Lopes Meirelles, que a Constituição seguiu a linha traçada nas constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral<sup>8</sup>.

### 1.2 O ESTADO COMO PRESTADOR DE SERVIÇOS E OS USUÁRIOS – RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CONSUMERISTA

No rastro da proteção da parte mais fraca numa relação jurídica, em 1990 vem a lume a Lei n. 8.078/90, consagrada como Código brasileiro de Defesa do Consumidor.

Num primeiro instante, define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, caput).

Fornecedor, por sua vez, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira

ra, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (art. 3º, caput).

Mesmo o Estado é considerado fornecedor, podendo, pois, figurar no pólo passivo da relação de consumo. E nessa qualidade deve fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, no que toca aos essenciais.

Logo, se o Estado pode ser parte de relação dessa natureza, bastando, para tanto, que descumpra aqueles deveres, pode ser compelido a reparar os danos que venha a causar, na forma prevista neste Código. Disso conclui-se que, no campo da reparação desse tipo de dano, o Código do Consumidor atua com toda a sua força. Não se requer do consumidor – a parte vulnerável da relação de consumo de serviço público, conforme o art. 4º, inc. I – qualquer prova sobre a conduta culposa do Estado. A responsabilidade será sempre objetiva, segundo o art. 14 do diploma em apreço.

Na mesma linha de raciocínio, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Rodovias. Serviços. Acidentes. Usuário. Foro competente.

*A Turma decidiu que o foro competente para dirimir ação de indenização por acidentes com veículos em rodovia, movida por usuário contra a pessoa jurídica – concessionária de serviços rodoviários – é determinado pelo domicílio do autor (CDC, art. 101, I), por se tratar de uma relação de consumo<sup>9</sup>.*

Ante o exposto, com apoio em Zelmo Denari e nos demais autores do CDC, parece razoável concluir que, a partir do evento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Estado pelo funcionamento dos serviços públicos não decorre da falta, mas do fato do serviço público, ficando evidente que o legislador acolheu, ineludivelmente, a teoria do risco administrativo (...) <sup>10</sup>.

Assim, com base na monografia precisa de João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão, não é difícil concluir que, a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Estado pelo serviço público remunerado por tarifa ou preço público, é de natureza objetiva, tanto para as condutas comissivas como para as omissivas <sup>11</sup>.

*A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. É responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não-individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente.*

Importante enfatizar, contudo, ainda segundo esses autores, que o Estado somente será considerado fornecedor e, portanto, estará sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade objetiva), quando for produtor de bens ou prestador de serviços, remunerados por “tarifas” ou “preços públicos”. Por outro lado, não serão aplicadas as normas do CDC aos casos em que aquele ente for remunerado mediante atividade tributária em geral (impostos, taxas e contribuições de melhoria).

### 1.3 O ART. 43 DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Robustecendo o entendimento acima, esposado tanto no ordenamento positivado quanto na doutrina e na jurisprudência, o novo Código Civil (Lei n. 10.406/02), sem dispositivo correspondente em seu antecessor, consagra a responsabilidade objetiva estatal no art. 43, que prescreve: *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo* <sup>12</sup>.

A redação em muito se aproxima daquela inserta na norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal e, ao contrário do que previa o Código Civil, nem fumaça de responsabilidade subjetiva estatal há, pelo que se pode concluir parcialmente valerem para esse dispositivo os mesmos comentários feitos acima.

Adotando idêntica posição, a moderna doutrina acerca do novo Código Civil afirma: *A evolução da*

*responsabilidade do Estado, no sentido de sua objetivação, fica ainda mais evidente quando se constata a redação (...) do novel Código Civil, que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003 (...).*

*Fica absolutamente claro que o legislador contemplou, mais uma vez, a responsabilidade objetiva do Estado – embora já não fosse necessário fazê-lo –, permitindo a perquirição sobre a presença do elemento subjetivo (culpa ou dolo) tão-somente na ação regressiva (do Estado) em face do (agente) causador do dano* <sup>13</sup>.

### 1.4 DANOS DECORRENTES DE ATOS OMISSIVOS DO ESTADO

Ainda grassa controvérsia sobre o tema em nosso ordenamento jurídico, mesmo com a consagração da responsabilidade objetiva, quando se trata do Estado como causador de dano.

Na defesa da subjetividade na responsabilização estatal por omissão, tem-se por arauto o maior administrativista brasileiro da atualidade, Celso Antônio Bandeira de Mello, seguido de perto por Maria Sylvania Zanella di Pietro <sup>14</sup> e José dos Santos Carvalho Filho <sup>15</sup>. Desde 1981, quando publicou artigo na Revista dos Tribunais, edição n. 552, tornou-se o maior defensor de tal vertente.

Sustenta sua posição na diferenciação preliminar que faz entre causa e condição e na preexistência de um dever legal de atuação que foi omitido pelo agente estatal, à similitude da omissão qualificada ou imprópria do art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro. Assim: *Há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre*

que os danos ensejadores da reparação tenham sido causados por agentes públicos. Se não foram eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa é outra; não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Donde não há cogitar, neste caso, responsabilidade objetiva (...). A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não-individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou "faute de service" dos franceses, entre nós traduzida por "falta do serviço"<sup>16</sup>.

Essa posição se mantém até os dias de hoje: *Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva*<sup>17</sup>.

Noutra margem situa-se o professor Sérgio Cavalieri Filho. Para ele, antes de se afirmar, peremptoriamente, ser subjetiva a responsabilidade do Estado por omissão, deve-se distinguir entre omissão genérica e omissão específica. Esclarece, baseado em monografia de Guilherme Couto de Castro, *não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir*<sup>18</sup>.

Omissão genérica é a que não decorre de inação do Estado, diretamente. Por exemplo: não se pode responsabilizá-lo por atropelamento causado por motorista embriagado, pelo simples fato de encontrar-se nessa situação. Isso seria omissão genérica e, para haver responsabilidade do ente estatal, mister provar a culpa estatal.

Contudo, se o hipotético motorista houvesse passado por blitz policial pouco antes do atropelamento e os policiais não tivessem notado e não tivessem investigado o estado etílico do motorista, aí, sim, poder-se-ia falar em responsabilidade objetiva. No último caso, trata-se de omissão específica, isto é, *quando a inércia administrativa é causa direta e ime-*

*diata do não-impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula*<sup>19</sup>.

E o Supremo Tribunal Federal parece já ter adotado, até há pouco tempo, essa corrente. Vejamos:

CONSTITUCIONAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, CF. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO.

(...) Caracteriza-se a responsabilidade objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados por invasores em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não-conhecidos<sup>20</sup>.

AGRAVO REGIMENTAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA GENÉRICA DO ESTADO – OMISSÃO

*Sendo certo que não se pode admitir responsabilidade objetiva genérica do Estado por omissão, quanto a todos os crimes ocorridos na sociedade, no caso, para se chegar à conclusão contrária à que chegou o acórdão recorrido, seria mister reexaminar os fatos da causa para se verificar se existiu ou não, na hipótese sob julgamento, o nexo de causalidade negado pelo acórdão recorrido, por não ter havido falha específica da Administração, mas, sim, dolo de terceiros, não sendo cabível para isso o recurso extraordinário. Agravo a que se nega provimento*<sup>21</sup>.

Porém, no mês de novembro de 2003, a Suprema Corte, já composta pelos novos Ministros Carlos Ayres de Britto, Joaquim Barbosa e César Peluso, promoveu um giro paradigmático em seu entendimento, passando a considerar subjetiva a responsabilidade estatal por omissão. Confira-se: *A Turma negou provimento a recurso extraordinário no qual se pretendia, sob alegação ao art. 37, § 6º da CF, a reforma do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que, entendendo caracterizada na espécie a responsabilidade objetiva do Estado, reconheceu o direito de indenização devida a filho de preso assassinado dentro da própria cela por outro detento. A Turma, embora salientando que a responsabilidade por ato omissivo do Estado caracteriza-se como subjetiva – não sendo necessária, contudo, a individualização da culpa, que decorre de forma genérica, da falta de serviço –,*

*considerou presente, no caso, o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano, por competir ao Estado zelar pela integridade física do preso*<sup>22</sup>.

*Por entender ausente o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a particular, a Turma conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para, reformando o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afastar a condenação por danos morais e materiais imposta ao mesmo Estado, nos autos de ação indenizatória movida por viúva de vítima de latrocínio praticado por quadrilha, da qual participava detento foragido da prisão há 4 meses. A Turma, assentando ser a espécie hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado, considerou não ser possível o reconhecimento da falta do serviço no caso, uma vez que o dano decorrente do latrocínio não tivera como causa direta e imediata a omissão do Poder Público na falha da vigilância penitenciária, mas resultara de outras causas, como o planejamento, a associação e a própria execução do delito, ficando interrompida, portanto, a cadeia causal*<sup>23</sup>.

Ainda hoje, contrapõem-se a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual possui entendimentos divergentes, como demonstrado.

## 1.5 CONCLUSÃO

O Direito Civil está em crise. Essa afirmação já foi feita quando se procurou dar nova visão a certos institutos que, antes da Constituição de 1988, tinham caráter preponderantemente privado.

Após a Constituição, necessário se fez um giro paradigmático, de maneira que os institutos civilísticos passassem a ser vistos por outra ótica, com base em princípios constitucionais, de estatura normativa superior e condicionantes de validade.

Fez-se, assim, oportuna uma releitura do Código Civil, desta vez à luz da Constituição Federal. Aliás, a interpenetração entre o Direito Civil e o Direito Constitucional (ou a despatrimonialização do Direito Civil ou, ainda, a civilização do Direito Constitucional ou, mesmo, a repersonalização do Direito Civil), como nos informa o Prof. Francisco Amaral, é uma das tendências do Direito Civil contemporâneo<sup>24</sup>.

Para o referido autor, significa isso dizer que *as matérias tratadas pelos civilistas entraram na Constituição (...), representando a substituição dos fundamentos constitucionais do Direito Civil pelos fundamentos civis do Direito Constitucional, tudo isso traduzindo, de imediato, a superação da clássica dicotomia Direito Público/Direito Privado. Na verdade, o Direito Civil constitucional é materialmente Direito Civil contido na Constituição e só formalmente Direito Constitucional. E a Constituição Federal preside, por sua própria natureza, a ordem jurídica brasileira.* Portanto, não é precipitado dizer que, hoje, toda interpretação da lei civil deve principiar pela ótica constitucional.

Não só a interpretação da lei civil, mas de todas as normas jurídicas “normas-regras” e “normas-princípios” deve estar em concerto com a Constituição, pois, como afirma Amir José Finocchiaro Sarti, *não há como deixar de reconhecer que “tanto o direito privado – sem exceção de quaisquer de suas disposições legais – não pode entrar em choque com a Constituição, também a interpretação que dele se faz deve ser conforme a Constituição” e que, afinal, “a locução ‘Direito Civil constitucional’ é um tanto equívoca, à medida que conduz à idéia de um possível Direito Civil inconstitucional, o que é, obviamente, um contra-senso. Afinal, desde Marshal e a supremacia da Constituição, o Direito tem de ser constitucional, caso contrário ou será nulo ou inexistente, conforme se adote uma ou outra teoria a respeito do fenômeno da inconstitucionalidade”*<sup>25</sup>.

Contudo, já há algum tempo, tal era pregado pelo professor italiano Pietro Perlingieri, cujas linhas, de precisão irrefutável, merecem transcrição:

*As opções feitas no plano normativo superior refletem-se na atividade hermenêutica, nos conteúdos e significados das normas de nível ordinário. Certamente, o caráter sistemático da interpretação, que encerra em si a própria atividade cognitiva, enquadrando cada normativa no panorama geral do ordenamento, deve inspirar-se nas normas constitucionais (...). As normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-*

A conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser deixada de lado. A vulnerabilidade da parte mais fraca é reconhecimento da cidadania e concretizante do princípio da igualdade material.

(...), se é inserido o elemento culpa como necessário à caracterização dos elementos de responsabilidade estatal por omissão, faz-se distinção onde a Carta Magna não faz, o que é fortemente inadmitido.

*se. É importante constatar que os princípios são normas.*

*Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinária que disciplinem a “fatispecie” em consideração), ser fonte da disciplina de uma relação de Direito Civil. Esta é a única solução possível se se reconhece a preeminência das normas constitucionais e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos*<sup>26</sup>.

Antes de tudo, é importante a contextualização do tema, o que só será possível se ele for inserido num sistema, entendido este, conforme o citado Francisco Amaral, como *um conjunto unitário e coerente de elementos harmonicamente conjugados, com relações de subordinação e coordenação entre si*<sup>27</sup>, ou, mais precisamente, como um *complexo axiológico e hierarquizado de normas jurídicas (normas-regras e normas-princípios) que, superando e evitando antinomias, colima atingir as metas características do Estado democrático de Direito, realizando a paz social*<sup>28</sup>.

A interpretação, nesta seara, assume valor fundamental, portanto, como nos informa Ronald Dworkin, importa *o relato de um propósito; ela pressupõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra*<sup>29</sup>.

E a interpretação jurídica, que, neste conjunto, é explicada de maneira completa pelo professor José

Alfredo de Oliveira Baracho: *A interpretação jurídica é uma atividade que se desenvolve em duas formas: de um lado representa o Direito, do outro indica o caso a ser regulado de acordo com o Direito. A interpretação jurídica é uma atividade eminentemente prática, no sentido de que juridifica e condiciona os casos práticos e a finalidade de sua resolução. Normalmente, a interpretação procede do caso. Só na interpretação científica, da ciência do Direito, a atividade interpretativa procede por meio inverso, isto é, do Direito ao caso, modificando a ordem da prioridade dos fatores da compreensão jurídica.*

*Enquanto atividade teórico-prática, a interpretação jurídica está adstrita a dois pólos: o caso a regular e a norma reguladora*<sup>30</sup>.

A questão, portanto, não escapa da interpretação jurídica. Mas esta não pode tomar-se insuladamente; deve ser analisada dentro do todo unitário e harmônico em que se assesta o sistema jurídico, donde decorre tratar-se de interpretação sistemática.

Denomina-se “técnica sistemática de interpretação” a que leva o intérprete ainda mais fundo no ordenamento jurídico, pois, como disserta com brilhantismo o Prof. Juarez Freitas, em obra ímpar, *interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito*<sup>31</sup>.

Pelo método sistemático se desatarão os nós que, porventura, venham a aparecer. O intérprete parte do pressuposto de que uma lei não existe isoladamente no ordenamento e, por isso mesmo, não pode ser considerada sozinha, sob pena de não

conseguir jamais o hermeneuta apreender seu verdadeiro significado. Por umas vezes, terá de utilizar o processo dialético; por outras, o processo silogístico; e, cada vez mais, terá de usar sua flexibilidade mental e seu conhecimento para desvendar a real prescrição normativa.

Não é por outra razão que Juarez Freitas escreve, com propriedade: *não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento da interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação*<sup>32</sup>.

Vê-se a importância da interpretação sistemática para o desate da questão. A norma do art. 43 do Código Civil de 2002 deve ser lida a partir do art. 37, § 6º, da Constituição, e não pode ou não deve o intérprete fazer distinções e acréscimos não-inseridos na lei, sob pena de subversão das regras hermenêuticas acerca da interpretação de normas públicas.

Confirma tal ideia Sérgio Cavalieri Filho, salientando ser *regra superior de interpretação que as normas inscritas no corpo da Constituição subordinam a aplicação de todos os textos infraconstitucionais compreendidos na matéria a que elas se referem, de vez que indicam os valores superiores eleitos pelo constituinte (...). Em suma, quem interpreta a lei para aplicá-la, deve fazê-lo de maneira que esta resulte conforme a norma constitucional a que está subordinada*<sup>33</sup>.

Se se exige a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade estatal por atos omissivos, como quer o insigne Celso Antônio Bandeira de Mello, *data venia*, restaura-se a situação de desigualdade da vítima/usuário do serviço público danoso, além de constituir a exigência verdadeiro retrocesso na escala evolutiva da responsabilidade civil estatal. A conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser deixada de lado. A vulnerabilidade da parte mais fraca é reconhecimento da cidadania e concretizante do princípio da igualdade de material.

Além do mais, se é inserido o elemento culpa como necessário à caracterização dos elementos de responsabilidade estatal por omissão, faz-se distinção onde a Carta Magna não faz, o que é fortemente inadmitido. Tal conclusão é decorrência direta do brocardo *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet*, assim explicado pela doutrina sempre técnica de Carlos Maximiliano: *Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar distinções novas, nem dispensar nenhuma das expressas*<sup>34</sup>.

Por fim, valendo-se das palavras de Anderson Sant'ana Pedra, um chamado àqueles que se aventuram no árduo caminho da interpretação sistemática do Direito: *à mercê da vigência do novo Código Civil, chegou a hora de o aplicador-intérprete da norma alterar o foco do direito civil, deixando que este se ilumine pelos valores contidos na Constituição de 1988 a fim de conseguir um novo contorno do Direito Civil, agora à luz do Texto Constitucional vigente*<sup>35</sup>.

À vista do exposto, da necessidade de interpretar o art. 43 do novel Código Civil a partir da norma constitucional do art. 37, § 6º, como forma de ler o Direito da Responsabilidade Civil, é forçoso concluir que a responsabilidade do Estado, inclusive por atos omissivos, é objetiva, dispensando-se, assim, qualquer análise acerca do elemento culpa<sup>36</sup>.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 240.
- 2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 131.
- 3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 415-416.
- 4 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 242.
- 5 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 171.
- 6 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 899; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 507. É também a posição pacífica no Supremo Tribunal Federal: RE n. 109.615-2/RJ – Rel. Min. Celso de Mello –

DJ 2/8/1996, p. 25785; *Revista de Direito Administrativo*. v. 137, p. 233.

- 7 MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?* Disponível em <<http://www.idp.org.br>>. Acesso em: 28 jul. 2002.
- 8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 564.
- 9 STJ-RESP. Recurso Especial n. 467.883-RJ. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 17 de junho de 2003.
- 10 DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2000. p. 192. Nesse sentido, também, a posição de CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 258. Contra, entendendo não poder haver equiparação entre usuário de serviço público e consumidor: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 8 nov. 2002.
- 11 GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 5 nov. 2003.
- 12 Idem, p. 22.
- 13 GANDINI, *op. cit.*; SALOMÃO, *op. cit.*, p. 21.
- 14 PIETRO, *op. cit.*, p. 508.
- 15 CARVALHO FILHO, *op. cit.* Sua posição sobre a responsabilidade **subjetiva** do Estado por atos omissivos é mais marcante a partir da 9ª edição de seu livro, ano de 2002, p. 444-445.
- 16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *Revista dos Tribunais*, n. 552, p. 13.
- 17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 672.
- 18 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 247.
- 19 Idem. STF: RE 109.615-2/RJ – Rel. Min. Celso de Mello – DJ de 2/8/1996, p. 25785; RE 170014-9/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJ de 13/2/1998, p. 12.
- 20 STF – RE 282989/PR – 1ª Turma - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJ de 13/9/2002, p. 85.
- 21 STF – AI 350074AgR/SP – 1ª Turma - Rel. Min. Moreira Alves – DJ de 3/5/2002, p. 15.
- 22 STF – RE 372472/RN – Rel. Min. Carlos Veloso – Julgado em 4/11/2003 – Informativo n. 329 STF.
- 23 STF – RE 369820/RS – Rel. Min. Carlos Veloso – Julgado em 4/11/2003 – Informativo n. 329 STF.
- 24 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 155.
- 25 SARTI, Amir José Finocchiaro. A constitucionalização do Direito Civil. *Revista Jurídica*, n. 312, out. 2003, p. 33.
- 26 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11.

- 27 AMARAL, *op. cit.*, p. 39.
- 28 SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *ODireito enquanto ciência e a hermenêutica do Direito*: importância e atualidade dos temas. Disponível em: <www.praetorium.com.br>; <www.ihj.org.br> e <www.pjf.mg.gov.br/procuradoria> – Acesso em: 18 ago. 2003.
- 29 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 71.
- 30 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 49-50.
- 31 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 70.
- 32 Idem. p. 74.
- 33 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Responsabilidade civil constitucional*. Disponível em: <www.foreense.com.br> .
- 34 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 247.
- 35 PEDRA, Anderson Sant'ana. Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional. *Jus Navigandi*, a.7, n. 99, out. 2003. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>. Acesso em: 10 out. 2003.
- 36 MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 899.

Artigo recebido em 4/2/2004.

### **ABSTRACT**

The author deals with the State civil responsibility for its omissive acts based on the Brazilian Constitution of 1988, article 37, paragraph 6<sup>th</sup>, and on the Civil Code of 2002, article 43.

He analyses the controversy about the nature of the public responsibility, if it is an objective or subjective one, as well as he explains divergences within the doctrine and the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court.

He proposes the systematic interpretation of the norms that rule the institute, because it allows them to be taken as a whole and in harmony with all of the legal system, presided by the Constitution.

He defends the State objective responsibility, therefore without requiring the characterization of the party's guilt for the acknowledgment of the duty to indemnify. He concludes this, after examining the need to interpret the mentioned article of the new Civil Code in the light of the Constitution of 1988, whose principles started permeating the Civil Law.

KEYWORDS – State; Responsibility – civil, objective; omission; Brazilian Constitution; Civil Law; Brazilian Supreme Court; Superior Court of Justice; Consumer's Defense Code.

**Augusto Vinícius Fonseca e Silva** é Procurador do Município de Juiz de Fora/MG.