



IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES. TANCREDO
DE ALMEIDA NEVES”

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA

VÍCTOR RESENDE GOUVEA

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 37, §6º, onde prevê a responsabilidade objetiva para danos causados por seus agentes. Sucede que tal dispositivo não trouxe de forma expressa se a teoria objetiva também se aplicaria aos danos causados por omissões. Diante dessa lacuna legislativa, a doutrina e a jurisprudência não são unânimes em seus posicionamentos, fazendo análises subjetivas (culpa do serviço) ou objetivas (risco administrativo). Independentemente do posicionamento adotado, o Estado pode ser obrigado a ressarcir os danos causados a terceiros por suas omissões. O presente estudo tem por objetivo buscar alternativas para que o Estado diminua ou mesmo evite tais responsabilidades. Através de análises nas jurisprudências dos Tribunais Superiores e, principalmente, no que hoje vigora no Supremo Tribunal Federal, além de pesquisas em doutrinas e artigos publicados, será elaborado o presente trabalho. Através desse estudo, pôde-se concluir que o STF adota a teoria objetiva, fazendo referência ao risco administrativo. O controle interno, exercido pela Administração Pública, juntamente com os princípios da precaução e da prevenção, são os principais meios que podem ser utilizados pelo Estado para diminuir ou evitar ressarcimentos a terceiros por suas omissões.

Palavras-Chave: Responsabilidade. Estado. Controle. Precaução. Prevenção.

1 Introdução

A Responsabilidade Civil do Estado é, de forma sucinta, a obrigação do Estado em ressarcir ou reparar os danos causados por seus agentes, no exercício de suas atividades ou pela sua inércia.

Cabe destacar que a interpretação dessa responsabilidade do Estado evoluiu com o passar dos anos, passando de uma análise subjetiva para uma análise objetiva, gerando várias dúvidas e discussões acerca do tema.

Diante da conhecida crise nacional que hoje vivemos, os órgãos públicos devem evitar gastos ocasionados por inércia de seus servidores ou do próprio ente estatal, dessa forma, o presente artigo visa encontrar soluções para que o Estado não venha a ser responsabilizado por suas omissões.

Os principais objetivos desse estudo serão a análise da mudança jurisprudencial que vem ocorrendo com este instituto, além de buscar alternativas para que a Administração Pública melhore seu poder de autotutela, através do controle interno, com o fim de minimizar tais responsabilidades.

O presente trabalho será realizado através de análises das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais de justiça brasileiros, além de uma fervorosa pesquisa em livros e artigos de diversos autores que discutem sobre o tema em questão, fazendo uma análise do tema apresentado sob o ponto de vista acadêmico.

Primeiramente, neste trabalho, buscar-se-á introduzir o tema da responsabilidade civil, analisando a evolução histórica deste instituto, que passou de uma fase de irresponsabilidade, para a fase civilista e posteriormente para a fase publicista.

Em um segundo momento, serão analisados os fundamentos das principais teorias adotadas na atualidade, ou seja, a teoria objetiva e a teoria subjetiva, demonstrando as disposições legais de cada uma, citando diversos autores que as defendem, explicando, sem muito aprofundamento, os fundamentos utilizados por eles. Posteriormente, fará uma análise na jurisprudência atual que versa sobre o tema, trazendo o que hoje vigora nos tribunais superiores.

Por fim, será demonstrado o resultado final do presente estudo, trazendo o controle interno, ou princípio da autotutela, associado aos princípios da precaução e da prevenção, como mecanismos eficazes para que a Administração Pública evite

prejuízos ao erário público em razão de omissões administrativas, que poderiam ter sido evitadas. O assunto é ainda alvo de muitas dúvidas e discussões e o presente trabalho busca auxiliar na elucidação do entendimento doutrinário e jurisprudencial atual.

2 Responsabilidade Civil do Estado.

Responsabilidade civil do Estado é compreendida como sendo a obrigação do Estado em ressarcir os danos causados a terceiros por razão de suas atividades, sejam elas lícitas ou ilícitas.

Diógenes Gasparini conceitua a Responsabilidade Civil como:

a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivos, legítimos ou ilegítimos, material ou jurídico, que lhe seja imputável (2011, p. 1109).

Segundo Yussef Said Cahali (2007) este instituto de responsabilidade civil, tradicionalmente, abrange somente a reparação por atos ilícitos, não compreendendo as atividades feitas pelo Poder Público de forma legítima, como nos casos de desapropriação e requisição, porém, hoje já se tem uma maior amplitude desse instituto, abrangendo também os danos injustos causados por atos lícitos.

Dessa forma é explicado pela doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinados ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade (2010, p. 642).

Importante mencionar que, mesmo a responsabilidade civil sendo um instituto de direito civil, esta não é somente vinculada às normas do direito privado, ou regulamentada somente pelo Código Civil, quando se trata de responsabilidade civil estatal, é uma norma bem mais abrangente, por se tratar de Direito Administrativo, tendo normas e fundamentos próprios, sendo regulamentada, inclusive, na Constituição Federal, em seu artigo 37, §6º que assim rege:

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.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica o porquê da responsabilidade civil do Estado, ter fundamentos e normas próprias, da seguinte forma:

seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos (2010, p. 1005).

2.1 Evolução Histórica.

O Instituto da Responsabilidade Civil vem sofrendo alterações com o passar dos anos. Na época do absolutismo, falava-se de irresponsabilidade total, vigorava o princípio da Supremacia do Interesse Público, onde a administração não respondia por nenhum de seus atos muito menos por suas omissões, pois estaria assim agindo para o bem de todos, não levando em consideração o bem particular.

Nesse período, vigorava o ditado “*the king can do no wrong*” (o rei não erra), onde demonstrava que o Estado era soberano, ou seja, gozava de imunidade total.

No século XIX, a fase da irresponsabilidade total do Estado foi superada, como assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010), passando a vigorar as teorias civilistas da culpa. Nessa fase, começaram a distinção entre atos de império e atos de gestão.

Os atos classificados como atos de império estavam isentos de qualquer julgamento, pois estes seriam atos soberanos da Administração, sendo impostos unilateralmente. Atos de gestão seriam praticados em igualdade de condição com os particulares, sendo assim, verificada a culpa da Administração, o terceiro prejudicado deveria ser indenizado.

A grande crítica feita a essa corrente era saber separar o que seria ato de império (praticado pelo Rei) do ato de gestão (praticado pelo Estado). Diante desse quadro, os autores que ainda pregavam a teoria civilista passaram a desenvolver a teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva.

Na teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva, o agente prejudicado deve indicar o responsável pelo dano, além de demonstrar que este agiu com culpa ou dolo.

Diógenes Gasparini explica o instituto da responsabilidade subjetiva da seguinte forma:

Por esse artifício o Estado torna-se responsável e, como tal, obrigado a indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente, que levava a culpa ou dolo ao Estado. É a teoria da culpa civil. Essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela incorria a obrigação de indenizar do Estado (2011, p. 1112).

Com o passar do tempo, a doutrina civilista foi perdendo força e começou a desenvolver a teoria publicista, que são as chamadas teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa e a teoria do risco.

A teoria da culpa administrativa é muito bem explicada por Hely Lopes Meirelles:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço – culpa da administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa (2014, p. 739).

Como ensina Sérgio Cavalieri Filho (2007), devemos entender que a Administração Pública gera risco a todos em decorrência de suas atividades normais ou anormais e como o Estado representa a todos, deve ele suportar o ônus de suas atividades.

Dessa evolução surgiu a responsabilidade objetiva do Estado, que extinguiu os elementos subjetivos (dolo ou culpa), devendo o agente que sofreu o dano

demonstrar o ato do Estado, o dano sofrido e o nexo de causalidade, que assim é explicado por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause **dano específico** (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e **anormal** (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano (2010, p. 646).

3 Responsabilidade Civil do Estado por conduta omissiva.

A Constituição Federal de 1988, mais especificadamente o seu artigo 37, §6º, estabeleceu a responsabilidade objetiva por ato/ação do Estado, porém, gerou muitas controvérsias para os casos de omissão administrativa.

Existe muita divergência a respeito desse tema, parte dos doutrinadores entendem que tal responsabilidade por omissão seria objetiva, dessa forma devendo ser demonstrado a omissão estatal, o dano sofrido e o nexo de causalidade entre eles. A outra parte da doutrina, hoje dominante, leciona que essa responsabilidade deve ser subjetiva, devendo ser demonstrado, além dos elementos já mencionados, a culpa ou dolo da administração.

Essa divergência doutrinária é trazida por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, §6, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço público (2010, p. 654).

A partir da análise bibliográfica, pesquisando em doutrinas e artigos que versam sobre esse tema e nas recentes decisões do Poder Judiciário brasileiro será redigido este artigo, pretendendo chegar a um ponto em comum que hoje vigora no cenário jurídico brasileiro, demonstrando-se, ao final, formas de prevenir as omissões administrativas, para que dessa forma possa preservar a viabilidade da manutenção da estrutura administrativa do Estado, não comprometendo o erário público com eventual abuso na impetração de ações de reparação civil por omissão.

3.1 Fundamentos da Responsabilidade Civil Objetiva em Casos de Omissão.

A responsabilidade Civil, como já mencionado anteriormente, é a obrigação jurídica e patrimonial de reparar um dano causado a um terceiro.

Para que se tenha um direito de indenização, segundo os defensores da responsabilidade civil objetiva, deve ser demonstrados três elementos, que são: o fato, o dano e o nexo causal.

Para se explicar a teoria objetiva, foram surgindo algumas teses, como a culpa administrativa, o risco administrativo e o risco integral. Para alguns doutrinadores, tal distinção não tem muito valor, sendo julgadas como sinônimas, porém, outros, como Hely Lopes Meirelles (2014), fazem a distinção de cada uma delas, da seguinte forma.

A primeira teoria, pós-subjetivismo, foi a da culpa administrativa, que leva em conta a falta do serviço, para que se possa falar da culpa administrativa. Nessa teoria não se fala de culpa do agente ou da administração pública e sim a falta objetiva do serviço público que ocasionou o dano, dessa forma deve ser o agente prejudicado indenizado.

Essa teoria exige da pessoa prejudicada comprovar, além do dano, que a administração deixou de realizar o serviço, ou o fez de maneira atrasada, ou ainda, comprovar o mal funcionamento do serviço, para que se possa exigir a indenização.

A teoria do risco administrativo não se exige a comprovação da falta do serviço, exige-se somente a comprovação do fato e que o agente prejudicado não tenha concorrido para o acontecimento. A culpa, para esta teoria, está embutida no ato da administração, dessa forma não precisa comprová-la.

Essa teoria é muito bem explicada por Hely Lopes Meirelles “Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no *risco* que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportados pelos demais” (MEIRELLES, 2014, p. 739).

Cabe ressaltar que a teoria do risco administrativo admite que a Administração Pública possa excluir ou diminuir sua responsabilidade, demonstrado algumas causas de excludentes, como a culpa exclusiva da vítima.

A teoria do risco integral é a mais prejudicial à Administração Pública, pois age de forma mais rígida, ou seja, todo e qualquer ato, ou mesmo omissão da administração que gere algum tipo de dano, deverá ser por ela indenizado, não se permite aqui qualquer forma de excludente.

A doutrina é quase unânime em defender que no Brasil se aplica a teoria do risco administrativo, levando em consideração as jurisprudências e o que determina o artigo 37, §6º “(...) pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)”, dessa forma não abrange os danos causados por terceiros ou por fenômenos naturais.

Os defensores da teoria objetiva afirmam que o constituinte não fez qualquer distinção entre atos e omissões no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, fazendo dessa forma uma análise literal do artigo.

Conforme menciona Yussef Said Cahali (2007), danos causados por omissões administrativas há presunção absoluta de culpa, pois o Estado tinha o dever de agir e não o fez, assumindo dessa forma o risco.

O doutrinador Sergio Cavalieri Filho (2007) também defende a teoria da responsabilidade objetiva para os casos de omissão, porém, faz ressalvas diferenciando a omissão genérica da omissão específica, sendo esta última, o dever do Estado em agir para evitar ocorrência de eventos danosos.

Para explicar tal diferença, o doutrinador acima expõe o seguinte exemplo:

Se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que está na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado (2007, p. 231).

Podemos dessa forma concluir que nos casos de omissão administrativa, os doutrinadores que defendem a teoria objetiva, em sua maioria, defendem a ideia do risco administrativo, onde a administração pública poderá minimizar seus prejuízos, se comprovar que agiu prudentemente, ou mesmo demonstrar culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, entre outras excludentes.

3.2 Fundamentos da Responsabilidade Civil Subjetiva em Casos de Omissão.

A teoria da responsabilidade civil subjetiva traz, para o agente que sofreu um dano, um ônus maior que o da teoria objetiva. Deve a pessoa prejudicada demonstrar, além do dano, do ato/omissão e do nexos causal exigidos na teoria objetiva, que o Estado agiu com culpa ou dolo.

Os defensores dessa teoria afirmam que o constituinte não abrangeu os casos de omissão no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, pois, ao usar o verbo causar, pressupõe uma ação. Nesse sentido explica Diógenes Gasparini:

O texto constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo “causar” (causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público. Nesses casos a culpa do Estado é presumida, invertendo-se, portanto, o ônus da prova. Sendo assim, não haverá responsabilidade objetiva por atos omissivos, devendo a vítima, nestes casos, provar a culpa do Estado, pois sua responsabilidade é subjetiva (2011, p. 1127).

Celso Antônio Bandeira de Mello explica os atos de omissão como sendo falta de serviço. Dessa forma, defende o caráter subjetivo da responsabilidade civil por omissão, explanando que:

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário de que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2010, p. 1.012).

Cabe aqui ressaltar que tal hipótese de responsabilidade subjetiva defendida pelo autor acima mencionado, restringe-se ao da omissão, não incorporando o que o autor denomina de danos dependentes de alguma situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, como por exemplo, o assassinato de um preso por outro dentro do presídio, por ser considerado o fato da conduta anterior do Estado.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2010) também defende a responsabilidade civil subjetiva em casos de omissão, pois, segundo ela, estas omissões decorrem de atos de terceiros ou mesmo da natureza, não tendo, dessa forma, sido causados por agentes públicos.

Segundo a autora, para se ter responsabilidade por omissão, deve-se demonstrar o dever de agir ou mesmo a possibilidade de agir do Estado, ou seja, “(...) tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível” (DI PIETRO, 2010, p. 655).

Os defensores dessa teoria ainda defendem que, para acarretar responsabilidade civil, diferentemente dos atos comissivos, que podem ser por conduta ilícita ou lícita, os atos omissivos devem ser ilícitos.

3.3 Análise Jurisprudencial.

Como demonstrado acima, a doutrina não é unânime na interpretação da norma constitucional do artigo 37, § 6º. Diante disso, na jurisprudência também existem muitos posicionamentos distintos.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a Responsabilidade Civil por omissão deve sempre ser interpretada segundo a teoria subjetiva, como podemos observar a seguir.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA DE ÁRVORE. DANO EM VEÍCULO ESTACIONADO NA VIA PÚBLICA. NOTIFICAÇÃO DA PREFEITURA ACERCA DO RISCO. INÉRCIA. NEGLIGÊNCIA ADMINISTRATIVA COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. 1. **A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de omissão, devendo ser demonstrada a presença concomitante do dano, da negligência administrativa e do nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público. Precedentes.** (...) (STJ - REsp: 1230155 PR 2011/0002730-3, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 05/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2013 – negrito do pesquisador).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sua grande maioria, entende que a responsabilidade civil em casos de omissão é subjetiva, seguindo dessa forma, o que vigora no Superior Tribunal de Justiça, como podemos observar em julgamento recente.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - OUVIDORIA - DENÚNCIA ANÔNIMA REVELADA - ATO ILÍCITO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - AUSÊNCIA DE DANO MORAL - MERO ABORRECIMENTO. 1- **A responsabilidade do Estado pela reparação de danos causados por ato omissivo ilícito de seu servidor é subjetiva, sendo necessária a comprovação de culpa;** (...) 3- O erro na prestação de serviços pela Ouvidoria do TJMG, que possibilitou a identificação do reclamante em insurgência quanto à morosidade processual, não tem o condão de causar danos morais indenizáveis, configurando-se como mero aborrecimento. (TJMG - Apelação Cível 1.0261.15.005988-7/001, Relator(a): Des.(a) Renato Dresch , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/03/2017, publicação da súmula em 14/03/2017).

Dessa forma, para o TJ/MG, deve ser demonstrado que o Estado agiu com dolo ou culpa (nas já conhecidas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia), para que se tenha o direito a ser indenizado.

O Tribunal Regional Federal da 1ª região também segue essa mesma teoria, como podemos observar no seguinte acórdão:

CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. DNIT. MÁ CONSERVAÇÃO DA RODOVIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRESSUPOSTOS COMPROVADOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. O pedido indenizatório envolve o descumprimento de suposta obrigação do Estado - no caso o DNIT - de conservar rodovia federal, para que todos que nela trafegam tenham segurança para chegar ao seu destino. 2. **A responsabilidade civil cogitada decorre, portanto, de ato omissivo, de forma que se deve verificar realmente se houve culpa por parte do poder público. Diferentemente da responsabilidade civil por ato comissivo, que é objetiva para a pessoa jurídica de direito público, ou seja, para que surja o dever de indenizar basta que a parte demonstre o fato, o prejuízo e o nexo de causalidade entre eles, a responsabilidade civil por ato omissivo é subjetiva, sendo imprescindível a demonstração de culpa da parte acusada, ainda que seja o Estado. É a teoria da responsabilidade pela falta do serviço, sempre subjetiva.** (...) 7. Remessa oficial e apelação do DNIT desprovidas. (AC 0000235-20.2006.4.01.3806 / MG, Rel. JUIZ FEDERAL GLÁUCIO MACIEL, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 09/02/2017).

Destaca-se que no acórdão acima, o relator Gláucio Maciel fez questão de demonstrar que a responsabilidade é subjetiva, utilizando da teoria da falta de serviço.

A teoria da falta de serviço ou “culpa do serviço”, como utiliza o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2010), sendo muito bem explicada por ele, abrange os casos em que o Estado devendo funcionar, não funciona ou funciona atrasado.

A teoria da falta do serviço (teoria subjetiva) em muito se assemelha com a do risco administrativo (teoria objetiva), ambas entendem que há presunção de culpa e que cabe ao Estado provar que agiu de maneira correta, ou seja, comprovar que não agiu com dolo ou culpa, portanto, a diferença existente entre essas teorias é relativamente muito pequena, sendo mais uma questão doutrinária.

O Supremo Tribunal Federal por muitos anos firmou-se no sentido que a responsabilidade civil do estado por omissão era subjetiva, porém, isso vem sendo alterado, como podemos observar no julgado abaixo.

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. **Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva.** Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. **A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. (...)** (STF - ARE: 754778 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 26/11/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013 – realces acrescentados pelo pesquisador).

Nesse julgado, os ilustres ministros do STF entenderam que o aluno, estando sob custódia do Estado, tem este o dever de zelar pela integridade física do mesmo, entendendo dessa forma que se trata de uma omissão específica, ou seja, a culpa do Estado está no seu dever legal de prevenir, dessa forma, caso o Estado tivesse demonstrado que agiu dentro da legalidade, poderia ter sua responsabilidade diminuída ou mesmo excluída, conforme teoria do risco administrativo, explicada por Hely Lopes Meirelles (2014).

Como podemos observar, a jurisprudência vem caminhando para uma análise objetiva da responsabilidade civil por omissão, embora muitos ainda entendem ser subjetiva, porém, mesmo adotando tal teoria não se faz uma análise de risco integral e sim de risco administrativo, onde cabe ao poder público demonstrar, no caso concreto, que agiu de maneira correta, tomando todas as medidas cabíveis para que o dano não viesse a ocorrer.

Conforme observado acima, independentemente da Responsabilidade Civil ser objetiva ou subjetiva, o Estado poderá ter que arcar com ônus de sua inércia. Diante de tal cenário, se faz necessário a busca por alternativas para que a Administração Pública melhore seu poder de autotutela, com o fim de minimizar tais responsabilidades. Diante disso, passamos à análise do Controle administrativo ligado aos princípios da Precaução e Prevenção, como meios eficazes de evitar a ocorrência de danos.

4 Meios para evitar a ocorrência de danos decorrentes de omissão administrativa

Como podemos observar, a Administração Pública, independente da teoria que se adota, tem o dever de indenizar o terceiro, por danos causados nos casos de ações ou omissões a que ela deu causa.

Com foco nas omissões administrativas, esta seção irá demonstrar os meios possíveis que o Estado pode utilizar para minimizar os casos em que será responsabilizado por falhas de seus agentes.

Através do mecanismo do controle administrativo, também conhecido como princípio da autotutela, associado aos princípios da prevenção e da precaução, podemos chegar a uma forma de minimizar ou mesmo evitar prejuízos ao erário público.

4.1 Controle Administrativo associado aos princípios da precaução e da prevenção

A Administração Pública deve sempre atuar de acordo com o princípio da legalidade, mesmo nos casos em que ela tem total poder, deve sempre agir dentro do que a lei lhe permite. Diante desse cenário, caso a Administração Pública venha a agir de forma ilegal, tal ato é eivado de vício, cabendo sua anulação, que pode ser feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Hely Lopes Meirelles conceitua controle administrativa como “faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade Exerce sobre a conduta funcional de outro” (MEIRELLES, 2014, p. 753).

A importância do controle interno é explicada de forma brilhante pela doutrinadora Odete Medauar, da seguinte forma:

A função de controle sobre si própria apresenta-se inerente à atividade administrativa, havendo, inclusive, órgãos ou funcionários dotados dessa atribuição específica, por exemplo, supervisores, inspetores, corregedores. O controle interno visa ao cumprimento do princípio da legalidade, à observância dos preceitos da “boa administração”, a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e a oportunidade de medidas e decisões no atendimento do interesse público (controle de mérito), a verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas (2010, p. 391).

O doutrinador Phillip Gil França (2011), explica que a administração tem, além do poder de exercer o controle, tem o dever de fazê-lo, colocando-o como uma obrigatoriedade.

Existem várias formas da Administração Pública exercer seu poder de controle administrativo, podemos aqui citar o controle hierárquico, controle de legalidade ou legitimidade, controle externo ou popular, controle interno, entre vários outros que não vêm ao caso.

Controle administrativo interno, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles (2014), é conceituado como “todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração. Assim, qualquer controle efetivado pelo Executivo sobre seus serviços ou agentes é considerado interno” (MEIRELLES, 2014, p. 755).

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 74, a exigência de que todos os órgãos públicos tenham um controlador interno, como podemos observar:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

O Supremo Tribunal Federal, através da súmula 473, também versou sobre o controle interno a ser praticado pela Administração Pública.

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Como podemos observar, o ponto de importância desses dispositivos é o poder que os órgãos públicos têm de rever, fiscalizar ou mesmo anular seus atos, quando estes estiverem eivados de vícios, ou mesmo, como mencionado na súmula 473 acima descrita, “por motivo de conveniência ou oportunidade”. Dessa forma, fazendo uma análise mais ampla com o tema em questão, a Administração Pública tem o poder/dever de agir quando se depara com alguma situação em que possa colocá-la em risco.

Como acima mencionado, o doutrinador Phillip Gil França (2011), defende que a Administração Pública tem o dever de praticar o controle de seus atos, para que dessa forma possa evitar ou mesmo corrigir reflexos negativos, destacando que “se tais reflexos forem inevitáveis, cabe a Administração se portar de maneira a prontamente corrigir o ato (ou omissão) não coincidente com os valores de legalidade e de direito” (FRANÇA, 2011, p. 86).

Marçal Justen Filho (2010) explica que o controle interno pode ser aplicado de forma prévia, contemporânea ou posterior aos atos, sempre seguindo os limites estabelecidos por lei. Continua mencionando que “O controle deve ser permanente, especialmente para evitar a consumação de desvios” (FILHO, 2010, p. 1105).

Para se evitar a consumação de danos, que podem gerar prejuízos aos cofres públicos, através do instituto da responsabilidade civil, deve-se utilizar controle interno, nos termos mencionados por Marçal Justen Filho (2010), acima citado, associados aos princípios da precaução e da prevenção, que são importantes meios para se evitar danos futuros que se tenha conhecimento ou que ainda sejam incertos, como veremos a seguir.

Os princípios da Precaução e da Prevenção foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 6.938 de 1981 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e posteriormente previsto no artigo 225 da Constituição Federal do Brasil.

O Princípio da Precaução tende a evitar danos ainda incertos, ou nos dizeres de Romeu Thomé “é considerado uma garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados” (THOMÉ, 2015, p. 68). Dessa forma, podemos definir que, agir de acordo com o princípio da precaução, é afastar o perigo de gerar algum dano, simplesmente pela dúvida, ou seja, através de um estudo prévio, feito por

profissionais capacitados, sendo apontado algum risco que possa ocorrer, a Administração deve agir de forma a prevenir tal incidente.

O Princípio da Prevenção, diferente do anterior, tende a evitar danos por riscos já conhecidos. A Administração Pública tem ciência do que pode ocorrer em caso de omissão ou mesmo de ação, devendo assim tomar medidas para que evite o dano.

Como já mencionado, ambos os princípios já são consagrados no Direito Ambiental, porém, podem ser um importante instrumento para que o Estado venha a agir, tomando as cautelas devidas, com o fim de evitar responsabilidades por suas omissões.

Dessa forma, podemos considerar que o controle interno, associado aos princípios da precaução e da prevenção, são meios eficazes para combater omissões administrativas que podem gerar reparações civis.

5 Considerações Finais

Como podemos observar, sempre que o Estado age ou deixa de agir e tal ação ou omissão gera prejuízo à terceira pessoa, esta tem o direito de ser ressarcida, com base no instituto da Responsabilidade Civil do Estado.

A discussão doutrinária sobre o tema Responsabilidade Civil do Estado por Omissão (se é subjetiva ou objetiva), na prática não tem tanta distinção, conforme análise jurisprudencial acima. Independentemente da corrente doutrinária adotada pelos julgadores, a ideia central quase sempre é a mesma, ou seja, cabe à administração pública comprovar que agiu de maneira correta e não teve culpa ou dolo no evento danoso.

As jurisprudências onde se adota o discurso da teoria subjetiva, através da *faute du service* (culpa do serviço), traz a ideia de que a culpa, elemento que deve ser demonstrado nesta teoria, já está embutida no contexto, pois o Estado tinha a obrigação de fazer e, não fazendo, agiu com imprudência, negligência ou mesmo imperícia.

A outra parte da jurisprudência onde se adota o discurso da teoria objetiva, leva em consideração o risco administrativo, muito bem explicada nos dizeres de Hely Lopes Meirelles (2014), onde se tem o Estado como gestor, diante disso não se fala em demonstração de culpa por parte do terceiro prejudicado, porém, pode a

Administração Pública demonstrar que agiu com prudência para se evitar o dano, podendo dessa forma diminuir ou mesmo afastar sua responsabilidade.

Diante desse cenário, onde o Estado pode diminuir ou mesmo evitar danos causados por suas omissões, independentemente da teoria adotada, os princípios da precaução e da prevenção incorporados e positivados como mecanismo do controle interno, são instrumentos essenciais na prática de uma boa administração.

O princípio da precaução pode ser utilizado sempre que o Estado estiver diante de um risco ainda incerto, dessa forma, por meio de estudos, feitos por profissionais competentes, for ventilada a possibilidade de ocorrer algum prejuízo a terceiro, deve a administração tomar medidas para que evite o acontecimento.

Diferente do anterior, o princípio da prevenção deve ser utilizado quando o Estado se deparar com um risco conhecido, próximo de ser concretizado, agindo de forma preventiva para evitar a efetivação do dano.

Dessa forma, a incorporação dos princípios da precaução e da prevenção ao Direito Administrativo, como forma de controle interno da administração pública, é a solução encontrada neste estudo, que, se utilizada levando em consonância com os princípios administrativos já consagrados, se tornarão um importante e eficaz meio de combate a omissões administrativas que geram danos aos cofres públicos.

Por fim, enumero as doutrinas, artigos e jurisprudências utilizadas para redigir o presente artigo, longe de ter esgotado o tema atual, que é muito complexo e ainda pouco debatido no Direito Administrativo, mas trazendo formas que poderão ser utilizadas em pesquisas posteriores.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1230155. Relatora: Ministra Eliana Calmon. 05/09/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30676248&num_registro=201100027303&data=20130917&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processo nº ARE 754778. Relator: Ministro Dias Toffoli. 26/11/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24803302/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-754778-rs-stf/inteiro-teor-112272819?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 mar. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, Marçal Junten. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANÇA, Phillip Gil. **O Controle da Administração Pública: Discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Processo 1.0261.15.005988-7/001. Relator: Desembargador Renato Dresch. 09/03/2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0261.15.005988-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 mar. 2017

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/Reexame Necessário. Processo nº 0000235-20.2006.4.01.3806. Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel. 09/02/2017. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=2352020064013806&pA=200638060002372&pN=2352020064013806>. Acesso em: 30 mar. 2017.

Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500. Acesso em: 31 mar. 2017.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2015.