

## **A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: interpretação sistemática do Direito. Constituição Federal, novo Código Civil e jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal**

Por Augusto Vinícius Fonseca e Silva.

Procurador do Município de Juiz de Fora/MG, Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Ex-pesquisador/bolsista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Viçosa em convênio com o com a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais na área de Direito Administrativo e Direito Comunitário Europeu, Ex-professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo em Juiz de Fora/MG.

---

### **1.Introdução e proposta do presente trabalho:**

O presente estudo buscará analisar a responsabilidade do Estado por suas condutas omissivas, tomando por base a Constituição Federal de 1988, em ser art. 37, §6º, o Novo Código Civil Brasileiro, em seu art. 43 e chegando-se a uma conclusão a partir do exercício hermenêutico sistemático.

Será analisado o embate doutrinário jurisprudencial e doutrinário acerca da matéria, colacionando-se as idéias dos seus principais defensores. As posições atuais de nossos Tribunais de cúpula também são trazidas, tudo no intuito de se demonstrar que a matéria ainda se encontra envolta em divergência ferrenha.

Contudo, a partir das normas citadas, da ênfase que se buscará dar à importância da interpretação sistemática do Direito para solução desta *vexata quaestio* e da necessidade premente de se enxergar o Direito Civil sob a ótica das lentes constitucionais, tentar-se-á dar uma solução a tema tão controvertido.

### **2- A responsabilidade objetiva do Estado**

2.1) Evolução da responsabilidade estatal – Da Constituição de 1946 até a Constituição atual, passando-se pelo Código do Consumidor

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

Não chegamos, nunca, a cogitar da irresponsabilidade estatal de seus atos, pois, como nos informa Sérgio Cavalieri 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 desprenderam-se da responsabilidade estatal. Prescreviam as Constituições anteriores uma espécie de solidariedade estatal em relação a atos de seus agentes.

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

O Código Civil de 1916, envolvido nesta 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." (grifou-se)

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

Mas, na maioria das vezes, nestes casos, como nos informa o prof. Caio Mário da Silva Pereira<sup>(2)</sup>, ficava difícil – quando não impossível – para a vítima a demonstração da culpa do agente público, pois que se encontrava em posição de inferioridade diante do ente estatal, pelo que raramente conseguia atingir tal desiderato e, comumente, ficava sem ter 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 deste diploma que "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, no sistema jurídico brasileiro não mais foi retirada 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. Provado que o dano sofrido pelo particular é conseqüência 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, no benefício de todos, prega aquela 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, para o dever estatal de indenizar "não se exige, pois, comportamento culposo 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>

Mister lembrar, rapidamente, que risco administrativo não é sinônimo de risco integral. A teoria do risco administrativo vincula-se à responsabilidade objetiva do Estado e, para que esta aflore, devem ser demonstrados a conduta estatal (positiva ou negativa), o dano, onexo causal entre tais elementos e a inexistência de causa excludente deste nexos, isto é, fato da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior. <sup>(6)</sup> E, ao contrário, a teoria do risco integral inadmite que se oponham as excludentes. E fez bem o legislador constituinte brasileiro, pois senão haveria risco de todos os danos serem atribuídos ao Estado. E tal não pode ser admitido, sob pena de se tê-lo como 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 que as "pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." Pelo que 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>

2.2) O Estado enquanto prestador de serviços e os usuários – Relação jurídica de natureza consumerista – o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor e a posição atual do Superior Tribunal de Justiça

No rastro da proteção da parte mais fraca numa relação jurídica, em 1990, vem a lume a Lei 8078/90, 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, 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 – grifou-se)

Note-se que mesmo o Estado é considerado fornecedor, podendo, pois, figurar no pólo passivo de relação de consumo. E nesta qualidade deve fornecer serviços adequados, eficiente, seguros e contínuos, no que toca aos essenciais.

Logo, se o Estado pode ser parte de relação desta natureza, bastando, para tanto, que descumpra aqueles deveres, pode ser compelido a reparar os danos que venha a causar, "na forma prevista neste Código." Pelo que se pode concluir que no campo da reparação de danos desta natureza, o Código do Consumidor atua com toda a sua força, não se requerendo do consumidor – que é a parte vulnerável da relação de consumo de serviço público, conforme art. 4º, I – qualquer prova sobre a conduta culposa do Estado. A responsabilidade será sempre objetiva, conforme art. 14 do Diploma em apreço.

Na mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, no [REsp 467.883-RJ](#), Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 17/6/2003:

"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." (grifou-se)

Pelo exposto, escorando-se 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>(9)</sup>  
<sub>(10)</sub>

Assim, com base 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>

Importante, contudo, enfatizar, com base nestes autores, que "o Estado somente será considerado fornecedor e, portanto, estará sujeitos 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)."

### 2.3) O art. 43 do Novo Código Civil Brasileiro

Robustecendo o entendimento acima esposado tanto no ordenamento positivado, quanto no na doutrina e na jurisprudência, a Lei 10406/02 (Novo Código Civil), sem dispositivo correspondente em seu antecessor, consagra a responsabilidade objetiva estatal em seu 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>

Note-se que a redação em muito se aproxima daquela inserta na norma

do art. 37, §6º da Constituição Federal e, ao contrário do que previa o vetusto Código Civil, nem fumaça de responsabilidade subjetiva estatal há. Pelo que se pode concluir, em parcial, valerem para este dispositivo os mesmos comentários tecidos acima.

Adotando esta mesma 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>

Num contexto geral, enfim, possível é concluir, nos moldes da moção aprovada na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada entre 11 e 13 de Setembro de 2002, cuja coordenação científica ficou a cargo do ex-Ministro do STJ, Ruy Rosado, que "no que tange à responsabilidade civil, o novo Código representa, em geral, notável avanço, com progressos indiscutíveis".

2.4) Danos decorrentes de atos *omissivos* do Estado – Divergência doutrinária e jurisprudencial – Responsabilidade Subjetiva ou Objetiva?

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

Na defesa da vertente subjetiva da responsabilidade por omissão estatal, tem-se por arauto o maior administrativista brasileiro da atualidade: Celso Antônio Bandeira de Mello, no que é seguido de perto por Maria Sylvia Zanella di Pietro <sup>(14)</sup> e José dos Santos Carvalho Filho <sup>(15)</sup>.

Desde os idos de 1981, quando publicou artigo na Revista dos Tribunais, edição de n.º 552, tornou-se o maior defensor da subjetividade na responsabilização estatal por omissão.

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 hajam 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> (grifos do autor)

E esta é a posição que 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 este autor, antes de se dizer, peremptoriamente, ser subjetiva a responsabilidade do Estado por omissão, deve ser feita uma distinção entre omissão genérica e omissão específica. Esclarece, escorando-se 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 decorreu de inação do Estado, diretamente, por exemplo: não se pode responsabilizá-lo por atropelamento causado por motorista embriagado, pelo simples fato de encontra-se nesta situação. Isto seria omissão genérica e, para haver responsabilidade do ente estatal, mister provar a culpa estatal.

Agora, 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. Aqui, neste último caso, fala-se em omissão específica, isto é, "quando a inércia administrativa é causa direta e imediata 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, esta 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 a 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>

O aspecto ainda vacilante da matéria foi bem obtemperado por Silvio de Salvo Venosa, quando aduziu que "como se nota no art. 43 do novo Código, ora transcrito, não existe mais referência às omissões da Administração. Diz esse dispositivo que as pessoas jurídicas de direito público interno são responsáveis pelos atos de seus agentes. A pergunta é saber se a responsabilidade objetiva do Estado passa a estender-se também às omissões da Administração, com essa supressão na nova dicção legal. À primeira vista parece que a responsabilidade objetiva do Estado é ampliada também para suas omissões. Há, porém, argumentos em contrário que devem ser ponderados, sob o risco de se estender em demasia a responsabilidade do Estado. A responsabilização objetiva por omissões inviabilizaria, na prática, a Administração. Caberá à jurisprudência e aos estudos de direito administrativo estabelecer os limites e pressupostos dessa aparente alargamento." <sup>(22)</sup> (grifou-se)

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. Vejamos:

"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>(23)</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>(24)</sup>

Destarte, vê-se que, ainda hoje, contrapõem-se a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Corte esta que apresenta entendimentos divergentes, como demonstrado. A seguir, procurar-se-á dar uma proposta de solução.

2.5) Conclusão: A necessidade de se olhar o Direito Civil através de lentes constitucionais - A contribuição da interpretação sistemática e conseqüente proposta para solução da controvérsia

O Direito Civil está em crise. Esta afirmação já foi feita a partir do momento em que se procurou dar nova visão a certos institutos que, antes da Constituição de 1988, tinha caráter preponderantemente privado.

Após a Constituição, necessário se fez um giro paradigmático, de maneira que os institutos civilísticos passassem a ser vistos a partir de outras lentes, agora, com base em princípios constitucionais de estatura normativa superior e condicionante de validade.

Fez-se, assim, oportuno uma releitura do Código Civil, agora à luz da Constituição Federal. Aliás, esta interpenetração do Direito Civil com 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 professor Francisco Amaral, é uma das tendências do Direito Civil contemporâneo. <sup>(25)</sup>

Para este autor significa isto 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." Donde não ser precipitado dizer que, hoje, toda interpretação da lei civil deve principiar-se da ótica constitucional.

Não só a interpretação da lei civil, mas de todas as normas jurídicas (normas-regras e normas-princípios) devem 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 contrasendo. 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>(26)</sup>

Mas, já de 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-se. É importante constatar que os princípios são normas.

Não existem, portanto, argumentos que contrastes a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinária que disciplinem a *fattispecie* 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>(27)</sup>

Vê-se que, antes de tudo, é importante a contextualização do tema. E isto só será possível se ele for colocado 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>(28)</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>(29)</sup>

A interpretação, nesta seara, assume importância fundamental, pois, 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>(30)</sup>

E a interpretação *jurídica*, que, neste conjunto, é explicada de maneira completa pelo professor José Alfredo de Oliveira Baracho:

"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>(31)</sup>

A questão, pois, não escapa da interpretação jurídica. Mas, esta não pode tomar-se insuladamente. Deve ser analisada dentro do todo unitário e harmônico em que se assenta o sistema jurídico. Donde decorre falar-se em *interpretação sistemática*.

Denomina-se técnica *sistemática* de interpretação que leva o intérprete ainda mais fundo no ordenamento jurídico, pois, como disserta com brilhantismo o professor 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>(32)</sup>

E é pelo método *sistemático* que se desatará 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 tomada 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 toda razão:

"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 plexo 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>(33)</sup> (Grifos originais)

Do que se expôs, 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, não podendo e não devendo o intérprete fazer distinções e acréscimos não inseridos pela lei, sob pena de subversão das regras hermenêuticas acerca da interpretação de normas públicas.

É o que confirma Sérgio Cavalieri Filho, salientando que "é 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>(34)</sup>

Se se exige para configuração da responsabilidade estatal por atos omissivos a demonstração de culpa, 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 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 conquista de cidadania e concretizante do princípio da igualdade material.

Além do mais, se se insere 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 interpretis 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>(35)</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

do 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>(36)</sup>

De mesmo sentido, as lições de Gustavo Tepedino, para quem "cabe ao intérprete, não mais ao legislador, a obra de integração do sistema jurídico; e esta tarefa há de ser realizada em consonância com a legalidade constitucional." <sup>(37)</sup>

Portanto, à vista do exposto, interpretando-se o art. 43 do novel Código Civil a partir da norma constitucional do art. 37, §6º, como forma de releitura do Direito da Responsabilidade Civil, é forçoso concluir que responsabilidade do Estado, inclusive por atos omissivos, é objetiva, dispensando-se, assim, qualquer análise acerca do elemento culpa. <sup>(38)</sup>

### Notas bibliográficas e Jurisprudência

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 240.

<sup>2</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 131.

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 415 e 416.

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa...*, p. 242.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 171.

<sup>6</sup> Neste sentido: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 899. Também: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 12ª ed.. São Paulo: Atlas, 2000, p. 507. É também a posição pacífica no Supremo Tribunal Federal: REExt. N.º 109.615-2/RJ – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 02/08/1996, p. 25785; RDA 137/233.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?*. Disponível em <http://www.idp.org.br>. Acesso em 28/07/2002.

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 564.

<sup>9</sup> DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed.. São Paulo: Forense Universitária, 2000, p. 192. Neste sentido, também, a posição de José dos Santos Carvalho Filho: *Manual...*, p. 258.

<sup>10</sup> 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*. In: Revista Diálogo Jurídico – n.º 13 – Abril/Maio de 2002 – Salvador/BA – Disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br) – acesso em 08/11/2002.

<sup>11</sup> 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 05 nov. 2003, p. 22.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>13</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. Texto citado, p. 21.

<sup>14</sup> *Direito...*, p. 508.

<sup>15</sup> *Manual...* Sua posição sobre a responsabilidade *subjetiva* do Estado por atos omissivos é mais marcante a partir da 9ª edição de seu livro, do ano de 2002, pp. 444 e 445.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*. In: RT552/13.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 672.

<sup>18</sup> *Programa...*, p. 247.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 247. Neste sentido, as seguintes decisões do STF: RE 109.615-2/RJ – Rel. Min.

Celso de Mello – DJ de 02/08/1996, p. 25785; RE 170014-9/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJ de 13/02/1998, p. 12.

<sup>20</sup> STF – RE 282989/PR – 1ª Turma - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJ de 13/09/2002, p. 85

<sup>21</sup> STF – AI 350074AgR/SP – 1ª Turma - Rel. Min. Moreira Alves – DJ de 03/05/2002, p. 15.

<sup>22</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª ed.. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2003, p. 278.

<sup>23</sup> STF – RE 372472/RN – Rel. Min. Carlos Veloso – Julgado em 04/11/2003 – Informativo nº 329 STF.

<sup>24</sup> STF – RE 369820/RS – Rel. Min. Carlos Veloso – Julgado em 04/11/2003 – Informativo nº 329 STF.

<sup>25</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 155.

<sup>26</sup> SARTI, Amir José Finocchiaro. *A constitucionalização do direito civil*. Revista Jurídica. N. 312, p. 33, ano 51, outubro, 2003.

<sup>27</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

<sup>28</sup> *Direito...* p. 39.

<sup>29</sup> SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *O Direito enquanto ciência e a hermenêutica do Direito: importância e atualidade dos temas*. Disponível em: [www.praetorium.com.br](http://www.praetorium.com.br); [www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br) e [www.pjf.mg.gov.br/procuradoria](http://www.pjf.mg.gov.br/procuradoria) – Acesso em 18/08/2003.

<sup>30</sup> DWORCKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 71.

<sup>31</sup> OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 49 e 50.

<sup>32</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

<sup>33</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação...*, p. 74.

<sup>34</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Responsabilidade Civil Constitucional*. Artigo disponível no site da Cia Editora Forense – [www.forense.com.br](http://www.forense.com.br).

<sup>35</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9ª ed.. Rio de Janeiro: 1979, p. 247.

<sup>36</sup> PEDRA, Anderson Sant'ana. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, a.7, n. 99, 10 out. 2003. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>. Acesso em 10 out. 2003.

<sup>37</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Cidadania e Direitos da Personalidade*. Revista Jurídica nº 309, p. 22 ano 51, Julho, 2003.

<sup>38</sup> Neste sentido: MORAES, Alexandre. Obra citada, p. 899.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: interpretação sistemática do Direito. Constituição Federal, novo Código Civil e jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 271, 4 abr. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5025>>. Acesso em: 06 ago. 2004.