

A&C
Revista de Direito
Administrativo & Constitucional



EDITORA AFILIADA

RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS POR CONDUTAS OMISSIVAS, APÓS A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Georghio Alessandro Tomelin¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Dignidade da pessoa humana e Estado de direito. 3 O Estado democrático de direito e a responsabilização. 4 Fundamento da responsabilização e dever de indenizar. 5 A responsabilidade por atos omissivos. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O estudo das condutas estatais categorizadas como omissivas tem despertado grande interesse, especialmente no pertinente à indenização pelos danos delas advindos. De fato, ou o Estado age ou não age. Agindo, o fará sempre na esteira do princípio da legalidade, devendo reparar, ao menos em princípio, os malefícios que causar aos administrados, em homenagem até ao princípio da equânime distribuição das cargas públicas.

O conteúdo das condutas comissivas estará sempre de antemão traçado no texto legal. Quanto às omissivas, também para que ganhem relevância jurídica, imprescindível a causalidade normativa – seu requisito essencial. A administração é a atividade daquele que não é senhor (Caio Tácito), e qualquer conduta de conteúdo negativo terá na lei, necessariamente, sua delimitação formal.

A mais autorizada doutrina – na esteira do pensamento francês – resolve a responsabilidade decorrente de conduta estatal omissiva por meio da teoria da *culpa de serviço*. Nestas hipóteses

¹ Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP.

afastar-se-ia a teoria do risco integral (responsabilidade objetiva) para entender como subjetiva a responsabilidade extracontratual da administração.

Assim esteve pacificado até que veio a lume o Código de Defesa do Consumidor (CDC), momento em que toda a sorte de vantagens foi conferida aos consumidores, com vistas a suprimir suas *vulnerabilidades*. Tratados presumidamente como hipossuficientes, se lhes conferiu a possibilidade de argüir a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços, sejam públicos ou privados (CDC, art. 14 c.c. art. 22).

Mas o Estado não pode ser erigido à categoria de *segurador universal*², mesmo porque “não é dado ao intérprete inculcar imbecilidade à norma jurídica”³. Neste momento, deve ser revisto o elastério que se tem atribuído à teoria objetiva, para só então definir quais os casos em que estará o Estado obrigado a reparar o dano decorrente de sua inação, pela simples prova da linha de causação entre a conduta genericamente descrita no texto da lei e o dano experimentado pelo particular.

Há que se definir se os interesses difusos dos consumidores configuram “*dimensão óbvia dos simples direitos subjetivos*”, como pretende o professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, ou se estamos realmente diante da superação da *summa divisio* entre o público e o privado propugnada por Mauro Cappelletti⁵.

A questão é relevantíssima e terá inúmeras conseqüências na prática cotidiana dos administradores. Estará o Estado em todos os seus atos jungido aos preceitos do CDC? Equiparar o conceito de *cidadão* ao de *consumidor* configura maior ou menor garantia para os administrados?

² A locução é de Celso Antônio Bandeira de MELLO, in **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros Editores, 9. ed., p. 616 (XVII/59).

³ A frase lapidar está inserida na **petição de impugnação** à Candidatura do Sr. Fernando Henrique Cardoso à Presidência da República, protocolada no Tribunal Superior Eleitoral (prot. n. 98.008.234), em 14.07.1998, pelo Advogado Celso Antônio Bandeira de Mello.

⁴ Em artigo publicado na **Rev. Trimestral de Direito Público** n. 15: “A Democracia e suas dificuldades contemporâneas”, p. 107.

⁵ Ver a respeito o artigo “Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil”, **RP-05**, jan./mar./77, p. 128-159.

Tais indagações merecem respostas aprofundadas e somente um estudo que parta da principiologia constitucional terá fôlego para respondê-las. Despretenciosamente segue um esboço.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ESTADO DE DIREITO

Coexistir implica sempre coarctar desilusões⁶. Instigados pela busca do ente que obviaria a tão sonhada *pax perpetua*, os cultores da filosofia contratualista desenvolveram toda uma justificação para a criação do Estado, por meio do *contrato social*.

Nessa toada, a Carta que dá nascedouro jurídico ao Estado brasileiro, eleva à categoria de sobreprincípio a dignidade da pessoa humana. A um só tempo cria o ente supraindividual e lhe irroga a competência para curar, de maneira isonômica, as inevitáveis seqüelas advindas da coexistência em sociedade.

Os homens possuem expectativas, que ora recaem sobre suas próprias existências, ora recaem sobre a pleora multitudinária que os cerca. Inevitável a conflituosidade: *communio est mater rixarum*.

Na mesma medida em que todos vêm na conjuração das desilusões individuais o caminho para a felicidade, é inexorável que acreditem num plexo mínimo de direitos coletivos, imprescindível a uma coexistência digna e pacífica. A definição destes, por acordo de vontades, gera o Estado Democrático de Direito, cuja principiologia, insculpida no preâmbulo do Texto Maior, ilumina todo o conjunto de garantias constitucionais ali elencadas, visando à homogeneização procedimental dos relacionamentos intersubjetivos e à conseqüente proteção da pessoa humana.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A RESPONSABILIZAÇÃO

Partimos do homem e de sua realidade fática. *Ex facto, ius oritur*. Nesse contexto, qual o papel do Estado? O que justificaria sua existência enquanto órgão superindividual?

⁶ Para um maior aprofundamento desta idéia, consulte-se a obra magistral: **Função Social da Dogmática Jurídica**, do professor Tercio Sampaio FERRAZ, Editora Max Limonad, 1998, reedição (no prelo).

Toda a tessitura do órgão estatal se volta para a função precípua de dar vazão ao somatório de expectativas humanas que subjazem ao inconsciente coletivo. A coisa pública deve então estar sinergicamente imantada por este somatório de expectativas. Na impossibilidade de atender à vontade de todos, atenderá à da maioria, por meio dos seus representantes, sempre em nome da *vontade geral*⁷. Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido.

Para tanto, impõe-se à administração aplicar a lei de ofício (Seabra Fagundes). O que não implica seja a competência a ela outorgada um cheque em branco (Caio Tácito). Deve-se sempre buscar a finalidade ótima insculpida no texto da lei (Celso Antônio), como vetor ao cumprimento de toda a principiologia insculpida no texto da Lei Maior (CF, art. 1º, incs., art. 37, *caput*, art. 170, incisos etc.). Ademais, ao Estado se atribui o monopólio do exercício da violência dita legítima, que, no direito administrativo, pode muito bem ser representada pelo *poder de polícia* e pela *auto-executoriedade* dos atos administrativos⁸.

Neste sentido, é de se perquirir, em cada momento histórico (Foucault), qual o ontos epistêmico da função que se inculcará ao ente supraindividual. É o *modus operandi* de sua estrutura que vai garantir um funcionamento afinado com a prefalada vontade geral.

Ele (o Estado) é 'questionado' pela proposta de tratar a metódica jurídica como a totalidade de todas as indagações segundo: funções – estruturas – modos de trabalho, i. é, pela proposta de simultaneamente questionar como também praticar o Estado de Direito, porque ele é mediado pela realidade social e histórica, e de fazer isso segundo a pretensão do próprio Estado de Direito à racionalidade.

⁷ A locução vontade geral celebrou-se na obra **Do Contrato Social**, do filósofo Jean-Jacques ROUSSEAU, grande defensor da *democracia direta*. Logo, é de se ressaltar sua posição sempre avessa à democracia representativa (MONTESQUIEU) exaltada no mesmo parágrafo.

⁸ “Para Balladore PALLIERI, o Estado tem a ‘competência das competências’, já que fixa sua própria competência, sem depender de outras entidades.” (Roque Antônio CARRAZZA. **Curso de Direito Tributário Constitucional**. Malheiros Editores, 10. ed., 1997, p. 85).

*dade, ao controle, à modificação por meio da comunicação e do consenso ao invés da violência destituída de linguagem*⁹.

De toda esta sistemática exsurtem como sobranceiros os princípios da representatividade e da responsabilidade, imanentes ao princípio republicano, todos sempre tão caros ao inolvidável Geraldo Ataliba. Tem a palavra final o publicista maior:

“Se a coisa é pública pertence ao povo, perante este todos os seus gestores devem responder”¹⁰.

4 FUNDAMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO E DEVER DE INDENIZAR

Fundamenta-se a responsabilidade estatal por atos lesivos ao patrimônio de alguns na idéia geral de que o sobrevalor social não pode assentar-se sobre o desvalor de alguns. Em razão da natureza do ato praticado, o fundamento da responsabilização se *biparte*, conforme a licitude da conduta, na lição magistral do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, cujas palavras são insubstituíveis:

- a) No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos ilícitos *comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*.
- b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos ligados à situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por

⁹ MÜLLER, Friedrich. **Direito – Linguagem – Violência: Elementos de uma teoria constitucional**, 1. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995, p. 32.

¹⁰ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. Malheiros Editores, 2. ed., 1998, p. 66.

ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito¹¹.

No direito brasileiro, todavia, não se abraçou irrestritamente a teoria do risco integral, persistindo a necessidade de provar a culpa ou o dolo nas hipóteses em que o serviço *não funcionou, funcionou mal* ou *tardamente*, podendo ter funcionado. Nestes casos a responsabilidade será subjetiva. A mera comprovação do nexo causal entre o dano experimentado e a inação do Estado não são suficientes a ensanchar a sua responsabilização. Necessário se faz provar a culpa do serviço.

Com efeito, nosso direito segue a dualidade do direito francês:

La responsabilité de la puissance publique, de même, est normalement liée à la faute; exceptionnellement, elle peut exister en l'absence de faute. Mais la faute administrative, ou faute de service, présente, par rapport à la faute civile, des caractères originaux; quand à la responsabilité sans faute, tout demeurant subsidiaire, elle est beaucoup plus développée qu'en droit privé, et ne se fonde pas exclusivement sur le risque créé¹².

Certeira a lição do mestre Rivero: o poder público, se age em descompasso com o mandamento legal, é presumivelmente faltoso, havendo ainda responsabilidade independentemente do risco criado; e adicionamos, sempre que se lesam alguns para benefício da coletividade.

Ensina o mestre dos mestres, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *in verbis*:

A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômico ou social, em be-

¹¹ Ob. cit., p. 608-909 (XVII/36) (os grifos estão no original).

¹² RIVERO, Jean et WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. Dalloz, Paris, 1994, p. 238.

*nefício da instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atentam contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns inerentes à vida em sociedade*¹³.

Nesta sede, trataremos especificamente das *condutas omissivas*, restando, destarte, afastada a teoria objetiva. Isto pelo fato de que, nas lesões decorrentes de condutas comissivas, o problema do confronto com o CDC não se põe, pois nestes casos o mero descumprimento da lei administrativa inculcará responsabilidade objetiva ao poder público, esbanjando proteção ao administrado, pois os direitos administrativo e consumerista se complementam.

O problema surge quando o dano decorre da não-prestação por parte de agente público de serviço que deveria ter prestado a tempo e modo à população. Figurem-se a título de exemplo os serviços prestados gratuitamente em hospital da rede pública e os serviços rodoviários prestados por empresa concessionária do Estado, remunerada por meio de pedágio.

Trabalharemos, em homenagem à clareza, com estas duas hipóteses.

5 A RESPONSABILIDADE POR ATOS OMISSIVOS

Em linha de princípio, é aplicável às duas hipóteses aventadas o regime de direito administrativo, pois tanto o servidor do hospital quanto o administrador da concessionária estão jungidos ao plexo de normas publicísticas que imanta o atuar de todos os que laboram em nome do interesse público. Ademais, o caráter *intuitus personae* está presente em ambas as situações: o servidor prestou concurso, e a concessão¹⁴ operou-se por meio de procedimento licitatório. Esta é a regra.

Logo, se o hospital não promoveu o procedimento cirúrgico só responderá se for provado que o serviço não funcionou, fun-

¹³ Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Forense, Rio de Janeiro, v. II, p. 487.

¹⁴ “L’importance de son objet fait de la concession de service public un acte dominé par l’intuitus personal.” LAUBADÈRE, André de. **Traité de Droit Administratif**. L.G.D.J. Tome 1, 14^a édition, 1996, p. 829-830.

cionou mal ou tardiamente – quando estivesse em condições de funcionar. O mesmo se dá com a hipótese da concessionária¹⁵.

Diferentemente se concluirá, entretanto, se entendermos que o CDC incluiu no conceito de fornecedor de serviço *qualquer pessoa pública*. É o que se deduz de uma leitura rápida dos arts. 3º, 14 e 22 da Lei 8.078/90. Se assim for, aplica-se às duas hipóteses toda sorte de presunções legais inseridas no Código, e tanto a concessionária quanto o hospital responderão objetivamente. Assim tem entendido grande parte da doutrina consumerista, como se desprende da lição de Zelmo Denari, *in verbis*:

*... parece razoável concluir que, a partir do advento 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 pátrio acolheu, ineludivelmente, a teoria do risco administrativo (...)*¹⁶.

Seria desastroso. Todas as vítimas do precário atendimento da rede hospitalar pública brasileira mereceriam indenização. Fática e juridicamente esta não é a melhor solução, ainda que axiologicamente seja extremamente desejável.

Vejamos.

O que singulariza espécie de relação de consumo tutelada pelo CDC é o fato de ser grafada pela contraprestacionalidade direta, imediata, representada pela remuneração do serviço. É pressuposto lógico para o CDC que o consumidor do serviço sempre haja versado os recursos que financiaram o conjunto dos procedimentos efetuados. Logo, o Código quer banir das relações de consumo a baliza que o elemento financeiro inculca aos serviços prestados.

¹⁵ Verdade é que os contratos de concessão costumam ser minudentes, podendo ainda ser alterados unilateralmente pela administração, motivo pelo qual se garante ao concessionário o equilíbrio econômico-financeiro. A administração assim o faz para a garantia dos administrados. Este fato, entretanto, não impede a existência de situações reais de responsabilização por omissão fundada na teoria da “*faute de service*”.

¹⁶ *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Forense Universitária, 5. ed., 1998, p. 179 (grifamos).

Nesse diapasão e na busca do equilíbrio, imputa responsabilidade objetiva ao prestador em caso de falha, como meio de compensar o consumidor por eventuais prejuízos decorrentes do apetite capitalista ou da mera exploração da atividade econômica. Tudo permeado pela idéia apriorística de que a *perfectibilidade* do serviço prestado deve ser o correlato lógico do *lucro* percebido. *Perfeição* e *lucro* restariam equiparados, respectivamente, aos funtores necessário e *contingente* estudados pela lógica alética¹⁷.

Por óbvio, “a conjugação ‘orgânica’ da técnica com o lucro precede a sua junção com a ciência”, alerta o filósofo Jean-François Lyotard¹⁸. Ressalve-se, contudo, que aos serviços prestados pelo ente estatal se inculca *performatividade máxima*, representada pela finalidade ótima inserida no texto da lei, a ser buscada por aqueles que manuseiam poderes públicos. O mesmo não se pode exigir do mercado, jungido a leis de índole privatística. Na esfera privada se pode fazer tudo o que a lei não proíbe.

Temos, destarte, dois regimes que se entremeiam quando da prestação, em nome do Estado, de serviços aos particulares. Qual regime aplicar para o ressarcimento dos danos eventualmente advindos das escaramuças entre o atos estatais e a esfera de direitos dos particulares?

Se estivermos diante da mais-valia, inquestionavelmente será aplicável o Código do Consumidor, e teremos responsabilidade objetiva, independentemente da natureza do ato.

Sempre que estivermos diante de um serviço prestado diretamente pelo Estado em obediência à lei, independentemente de prestação pecuniária direta, será aplicável o direito administrativo, e teremos a possibilidade de responsabilidade subjetiva (*faute de service*), fazendo-se necessária a prova da culpa do serviço.

Ao que tudo indica, para o Hospital da rede pública se aplica a responsabilidade subjetiva, fazendo-se necessária a prova da culpa, quando inquinado de omissão. Já para a concessionária de

¹⁷ Na lógica alética existem ainda os funtores *possível* e *impossível*. Já na lógica deontica temos os modais *obrigatório* e *facultativo*, *permitido* e *proibido*, sempre em relação de contrariedade. Na lógica jurídica se resumem aos funtores *permitido*, *proibido* e *obrigatório*.

¹⁸ Em **A Condição Pós-Moderna**, Gradiva Publicações Ltda., 1989, Lisboa.

serviços rodoviários, remunerada por meio de pedágio – contra-prestação direta – se imputa responsabilidade objetiva, bastando a prova da ocorrência do dano e o nexo causal.

6 CONCLUSÃO

A promulgação do Código do Consumidor constituiu um grande avanço e um instrumento a mais na proteção dos administrados. Não tem este, contudo, o condão de derogar o regramento de direito administrativo validamente expedido e afinado com o Texto Básico de 1988.

Erigir o Estado à categoria de segurador universal em nada contribuiria para o desenvolvimento e melhoria da qualidade de vida como um todo. As soluções reais para os problemas que afligem a parcela da população menos afortunada virão com a atualização da técnica, pelo investimento e pela pesquisa.

A relação de hipossuficiência de que fala o CDC não se aplica às relações diretas entre administrado e Estado. Frente ao *Estado* nunca seremos vulneráveis ou hipossuficientes pois *ele* nos pertence. O Estado é a própria sociedade civil jurídica e politicamente organizada¹⁹.

De revés, frente aos concessionários – aos quais a administração delega a execução de serviço público em nome próprio – persiste a relação de hipossuficiência, sendo assegurado ao usuário lesado pela desídia do fornecedor a responsabilização objetiva deste, mesmo nos casos de conduta omissiva.

Outra não poderia ser a conclusão. Admitir como plausível que o Estado responda sempre objetivamente, em todas as hipóteses, equivaleria a dizer que as prioridades estatais, após a publicação do Código de Defesa do Consumidor, são passíveis de inversão em face das contingências inerentes à vida humana. Uma simples epidemia que assolasse a população teria o condão de paralisar o Estado por falta de recursos, pelas infinitas indenizações que passariam a ser devidas. Ao que tudo indica não é esta a *mens legis* que se quis atribuir ao CDC.

¹⁹ Apesar do caráter peremptório de tal afirmação, entendemos que em nada resta vergastada a distinção entre *interesse público primário* e *interesse público secundário* tão cara ao administrativista Renato ALESSI.

7 REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. Malheiros Editores, 2. ed., 1998.
- _____. “A Democracia e suas dificuldades contemporâneas”, artigo publicado na **Rev. Trimestral de Direito Público** n. 15, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil”, artigo publicado na **RP-05**, jan./mar./1977.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Tributário Constitucional**. Malheiros Editores, 10. ed., 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Atlas, 8. ed., 1997.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1967.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**, Editora Max Limonad, 1998, reedição (no prelo).
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores, 1998.
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Nau Editora, Rio de Janeiro, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Forense Universitária, 5. ed., 1998.
- LAUBADÈRE, André de. **Traité de Droit Administratif**. L.G.D.J., Tome 1, 14. édition, 1996, p. 829-830.
- LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Gradiva Publicações Ltda., 1989, Lisboa.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir**. 4. ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. Malheiros Editores, 9. ed., 1997.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Forense, Rio de Janeiro, v. II.
- MÜLLER, Friedrich. **Direito – Linguagem – Violência: Elementos de uma teoria constitucional**, I. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995.
- RIVERO, Jean et WALINE, Marcel. **Droit Administratif**. Dalloz, Paris, 1994.
- TÁCITO, Caio. **Abuso de Poder Administrativo no Brasil – Conceitos e Remédios**, 1959.