

CONTRA A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: REEXAME INOVADOR DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Juarez Freitas*

Sumário: 1. Introdução; 2. O Princípio da Proporcionalidade: Vedação do Excesso e da Omissão Inconstitucional; 3. Responsabilidade Extracontratual do Estado e o Princípio Proporcionalidade; 4. Conclusões.

1 Introdução

A omissão inconstitucional literalmente mata. Espera-se que as instituições de Estado contribuam, mais incisivamente, para alterar o quadro brasileiro de passivismo inescusável, em termos de atendimento mínimo das demandas oriundas da aplicação direta dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, útil refletir de maneira inovadora: há lesiva omissão inconstitucional no descumprimento do dever de matrícula das crianças em creche pública, tendo em conta a aplicabilidade direta e imediata do direito fundamental à educação?¹ Deve o Poder Público prestar tutela integral e prioritária às crianças e aos adolescentes? Ou pode – insensível – invocar a discricionariedade administrativa ou a reserva do possível para não

* Professor do Mestrado e do Doutorado em Direito da PUCRS, Professor de Direito Administrativo da UFRGS, Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, Membro do Conselho Nato do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, Advogado, Consultor e Parecerista.

¹ Sobre o tema, vide RE-AgR 410715 / SP, Rel. Min. Celso de Mello, no sentido de considerar “inaceitável omissão governamental.”

implementar programas de atendimento às crianças vítimas de abusos sexuais?² Está configurado o nexo de causalidade e o evento danoso, em face da negligência estatal na vigilância de apenado que, após terceira fuga, comete crime terrível? Verifica-se, nesse caso, a responsabilidade objetiva por inércia injustificável, nos termos do art. 37, parágrafo 6º, da CF?³

Para enfrentar, assertivamente, tais e outras indagações do gênero, a responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser redimensionada à luz forte do primado eficaz dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental à boa administração pública.⁴ Sempre no intuito de exigir o cumprimento, em tempo útil, dos deveres prestacionais do Estado ou prontamente reparar eventuais danos (materiais e intangíveis), inclusive os gerados pela perversa omissão.

O primado, na prática, dos direitos fundamentais demanda assimilar o princípio da proporcionalidade como proibição simultânea de excessos e vedação simultânea da inércia ou da inoperância. É em sintonia com essa perspectiva de romper com o peso inercial “status quo”, que o Estado deve ser responsabilizado por omissão. Naturalmente, admitidas as excludentes do nexo causal, a saber, a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente (excludente parcial), o ato ou fato de terceiro (excludente, no geral das vezes), a força maior (irresistível), o caso fortuito (desde que não atribuível a razões internas) e a impossibilidade motivada de cumprimento do dever (nessa hipótese, a reserva do possível não pode ser simplesmente alegada, mas cabalmente demonstrada).

Assim, a responsabilidade do Estado pode ser traduzida como obrigação de reparar ou compensar os danos materiais e imateriais causados a terceiros por ação ou omissão desproporcional e antijurídica dos agentes públicos, nessa qualidade.

Eis argumento-chave a favor da intelecção aqui proposta: o sistema brasileiro consagra a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, parágrafo 1º), oponíveis inclusive perante o Poder Público. Segundo tal raciocínio, as condutas comissivas e omissivas, uma vez presente o liame causal, serão ilícitas em sentido amplo, se e quando violarem direitos fundamentais, até por execução equivocada da lei. Quer dizer, ao que tudo indica, não há nada de substancial, em nosso sistema, que justifique um tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões. Antes pelo contrário: a

² Sobre o tema, em correta defesa da prioridade constitucional e do afastamento da invocação da reserva do possível, vide RE 482.611/SC, Rel. Min. Celso de Mello.

³ Sobre o tema, vide decisão que reconhece a responsabilidade objetiva do Estado por vigilância, no RE 573595, AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau.

⁴ Vide Juarez Freitas in *Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

responsabilidade haverá de ser o proporcional cumprimento, sem inércia, dos deveres relacionados à tutela dos direitos fundamentais.

Entendido o nexos causal nessas bases, não se constata motivo plausível para a vítima ter de provar culpa ou dolo dos agentes públicos por omissão prestacional. À vítima incumbe alegar a antijuridicidade, ora pelo cometimento de excessos, ora pela não menos nociva inatividade. Numa hipótese e noutra, desde que ocorrida a violação, cristaliza-se o dano indenizável.⁵ Já o agente⁶ será responsabilizável apenas subjetivamente na ação regressiva ou na antecipação dela, via denúncia da lide.⁷

Dito em outros termos: reorientada pela diretriz da proporcionalidade, a teoria do risco administrativo⁸ revela-se sóbria, efetiva e eficaz, avessa a atalhos heurísticos perigosos⁹ e superadora da concepção naturalística da causalidade.

Presentes tais premissas, útil desdobrá-las na releitura da responsabilidade civil do Estado sob o influxo do princípio da proporcionalidade.

2 O princípio da proporcionalidade: vedação do excesso e da omissão inconstitucional

O princípio constitucional da proporcionalidade determina que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo inoperante, na consecução dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º). Desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao aludido princípio e, portanto, inconstitucionalidade.

Para ilustrar, se a Administração Pública, a título de retirar de circulação alimentos deteriorados, destrói vasta gama de produtos saudáveis, incorre em vício por descomedimento. No polo oposto, quando não respeita, por exemplo, a

⁵ Sobre as características do dano indenizável, vide Jean Rivero in *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 314-315. A respeito da natureza pecuniária do ressarcimento, vide Renato Alessi in *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1960. A respeito, ainda, de dano indenizável, convém meditar sobre os enunciados formulados por Youssef Cahali in *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 49-69. Note-se que, no primeiro enunciado, embora aluda à noção de falha de serviço, enfatiza a deficiência como causa e, no último, já explicita aspecto relevante do princípio da proporcionalidade.

⁶ Sobre as pessoas suscetíveis de serem consideradas agentes, vide Celso Antônio Bandeira de Mello in *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1008.

⁷ Inafastável o dever de promover (presente culpa ou dolo) a regressiva. Na órbita federal, vide a Lei 4.619/65. Em contrapartida, inconstitucional qualquer tentativa de responsabilização objetiva do agente público, em sentido amplo.

⁸ Há significativas distinções entre responsabilidade extracontratual e contratual, no campo do Direito Administrativo. O presente estudo versa apenas sobre a responsabilidade extracontratual.

⁹ Vide Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky (editores) in *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

duração razoável do processo administrativo disciplinar, quebra a proporção, por restar aquém do cumprimento do dever constitucionalmente estabelecido, em especial a partir da Emenda Constitucional 45.¹⁰

A antijuridicidade, isto é, a quebra da constitucionalidade sucede em ambos os casos. No primeiro, ocorre excesso arbitrário. No segundo, tem-se a não menos reprovável inobservância do dever. No primeiro caso, arbitrariedade por excesso. No segundo, arbitrariedade por omissão.

Dessa maneira, do nexos causal direto (primeiro requisito) e do dano juridicamente injusto (segundo requisito), dimanam o dever reparatório ou compensatório, incumbido o ônus da prova da não formação do nexos causal ao Poder Público.¹¹

Força notar que o princípio da proporcionalidade não estatui simples adequação meio-fim. Para ser preciso, a ofensa à proporcionalidade ocorre, com frequência, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente público dá prioridade a um deles, em detrimento abusivo de outros. Comum, no entanto, que haja sacrifícios aceitáveis na aplicação do Direito Público. O vício ocorrerá somente na instauração do sacrifício iníquo.

Nesse passo,¹² convém grifar que se, além da preservação necessária de direito, erradicar-se nuclearmente outro direito, aí consubstanciar-se-á a conduta abusiva e indenizável. Por exemplo: se, no processo administrativo ou judicial, restar aplicada restrição severa demais ou prisão indevida, verificar-se-á uma grave violação que pode gerar dano indenizável. Sem que o Poder Judiciário, para coibir tais condutas (omissivas ou comissivas), tenha de usurpatoriamente invadir o impropriamente denominado mérito administrativo.¹³

Vale dizer, o agente público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais.¹⁴ Essa fórmula revela-se decisiva em sede de responsabilidade do Poder Público, ao menos se se quiser que o Estado assegure a proteção efetiva do núcleo indisponível¹⁵ dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

¹⁰ A Emenda Constitucional 45 nada mais fez do que explicitar o direito fundamental a processos efetivos.

¹¹ Por essa razão, afigura-se convergente, apesar de diferente linha de argumentação, a abordagem de Marçal Justen Filho in Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 796-799, no ponto em que afirma a antijuridicidade como indispensável à responsabilização do Estado, assim como ao pretender o tratamento unitário para ações e omissões.

¹² Para abordagem aprofundada do tema, vide Juarez Freitas in A Interpretação Sistemática do Direito. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

¹³ Vide o MS 7983, julgado pelo STJ, para ilustrar a aplicação do princípio da proporcionalidade.

¹⁴ Vide Juarez Freitas in O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁵ Vide, sobre a indisponibilidade dos direitos fundamentais, Marçal Justen Filho in ob. cit., p. 45.

Tome-se, por sua atualidade, o direito fundamental a medicamento de uso contínuo. Nessa hipótese, o carente possui direito invocável contra o Poder Público, em face da aplicação imediata dos direitos à saúde e à própria vida. Ora, o descumprimento desse dever, ao acarretar, por falta do medicamento, a morte do paciente ou o agravamento do seu estado, será idôneo para ensejar o dever indenizatório.

Além disso, recorde-se que a influência do princípio da proporcionalidade, no Direito Público deita raízes longínquas. Foi no contexto do “poder de polícia administrativa” que a proporcionalidade fez a sua aparição no mundo jurídico moderno.¹⁶ Na virada do século XIX para o século XX, Otto Mayer destacava que a proporcionalidade, nas manifestações do poder de polícia, deve produzir o seu efeito também quando se tratar do zelo pela boa ordem da coisa pública (“guter Stand des Gemeinwesens”).¹⁷

Na prática dos atos de “polícia administrativa”, já então, a conduta do Estado deveria ser a mais suave e branda possível, observadas, como medidas de intensidade, as exigências ditadas pelo interesse público. Ao disciplinar o exercício dos direitos à liberdade e à propriedade, o Estado só deveria lançar mão das medidas mais enérgicas como derradeira “*ratio*”, pois ninguém poderia ser constrangido a suportar restrições acima do grau necessário à satisfação dos interesses superiores da comunidade. Para exprimir de modo sugestivo o âmago do princípio, Fritz Fleiner, fazendo coro a Walter Jellinek, proclamou: “a polícia não deve utilizar canhões para abater pardais.”¹⁸

Como se observa, nos albores da sistematização do Direito Administrativo, a doutrina operava com o clássico trinômio “lei-finalidade-proporcionalidade”. Com a mesma energia que realçou a estrutura teleológica dos preceitos normativos (toda lei pressupõe uma finalidade), boa parte da doutrina aceitou, sem muito hesitar, que os fins inerentes às normas deveriam ser perseguidos dentro e nas fronteiras da proporcionalidade. Mas as suas virtudes benfazejas, a passo e passo, iluminaram outros segmentos do Direito, notadamente na seara constitucional.

¹⁶ Peter Badura in Staatsrechts. München: C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1986, p. 84, assinala que o princípio da proporcionalidade, no início, estava ligado ao exercício do poder de polícia (“Der Grundsatz ist zuerst im Polizeirecht entstanden”). Algum tempo depois, transformou-se em limite geral à intervenção do Poder Executivo (“allgemeine Grenze des Einschreitens der Executive”). Ainda de acordo com Badura, as intervenções do Poder Público somente seriam consideradas legítimas (“rechtmässig”), quando atendessem aos requisitos da necessidade (“Erforderlichkeit”) e da proporcionalidade (“Proportionalität”), requisitos que se encontrariam fundidos na ideia de vedação de excessos (“übermassverbots”).

¹⁷ In Le Droit Administratif Allemand. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904, vol. II, p. 60: “... la condition de la proportionnalité, inhérente à toutes les manifestations du pouvoir de police, doit produire son effet”.

¹⁸ In Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1963, p. 404: “Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen”.

Uma das novas fronteiras desbravadas pela máxima do equilíbrio entre meios e fins foi a da produção legislativa. Em meados do século passado, Ernst Forsthoff noticiava que o princípio da proporcionalidade ganhara *status* constitucional, aplicável também ao Poder Legislativo.¹⁹ De lá para cá, a força vinculante da proporcionalidade não cessa de se mostrar prestimosa à vigilância, no tocante à qualificação da conduta do agente público, em sentido lato.

Os avanços doutrinários²⁰ e o trabalho jurisprudencial contribuíram para aperfeiçoar e, acima de tudo, tornar correntes os instrumentos conceituais concretizadores da noção de que o Poder Público está obrigado a sacrificar o mínimo para alcançar o máximo eficaz dos direitos fundamentais.

Claro, a evolução do princípio da proporcionalidade está apenas esboçada. Falta, no atinente às relações de administração, imprimir maior concreção à proibição de inércia ou inoperância. Sob a pressão e a insegurança derivadas do déficit prestacional em matéria de direitos fundamentais, a aplicação do princípio, nesse ângulo, requer, sem tardar, o foco prioritário de todos, designadamente de administradores e juízes.

De passagem, mister recapitular, no exame da trajetória do princípio, os critérios que permitem, de maneira segura, aferir a responsabilidade extracontratual por ação ou por omissão. Nesse sentido, há, pelo menos, três subprincípios de cuja confluência depende a aprovação, ou não, no conhecido teste da proporcionalidade:²¹ o subprincípio da adequação entre meios e fins, o subprincípio da necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Urge, pois, com ênfase e sem omissão inconstitucional, cobrar aplicação desse teste, indistintamente e de maneira intensa e extensa, no controle proporcional das condutas das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público.

¹⁹ In ob. cit., p. 130: “Sous le régime de la loi fondamentale, le principe de la proportionnalité des moyens au but est également devenu un principe ayant valeur constitutionnelle et qui s’impose ainsi au respect du législateur...”.

²⁰ Vide Hartmut Maurer in *Droit Administratif Allemand*. Trad. de Michel Fromont, Paris: L.G.D.J., 1994, p. 248-249: “Les principe de proportionnalité au sens large découle du principe de l’État de droit e doit toujours être respecté. Il ne s’applique du reste pas seulement à l’administration, mais aussi au législateur”.

²¹ A reprovação no teste tríplice da proporcionalidade acarreta o dever de indenizar. Sobre outro teste (NESS test), recomendável conferir a contribuição de Richard Wright e a abordagem de Herbert Hart e Tony Honoré. Vide, mais recentemente, *Relating to Responsibility*. Editado por Peter Cane e John Gardner. Oxford: Hart Publishing, 2001. Para uma reflexão mais recente sobre o tema em relação à negligência, confira-se Joseph Raz in “Responsibility and Negligence Standard,” *Oxford Legal Studies*, Research paper 29/2009.

3 Responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade

3.1 O princípio da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado pelas condutas causadoras de lesão antijurídica é um dos pilares do sistema constitucional, à vista dos específicos riscos inerentes à conduta estatal (omissiva ou comissiva)²²

Sim, os riscos da omissão inconstitucional também são impressionantes e nada subestimáveis, mormente em função da inaceitabilidade da visão antiga do Estado passivo. Por isso, a entronização crítica da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, parágrafo 1º) funciona como possível antídoto contra a postura passivista, segundo a qual não poderia ser o Estado, na maior parte das vezes, responsabilizado por omissões prestacionais na implementação das políticas públicas. *Veiz por todas, as razões de Estado não podem suplantar as razões da Constituição.*

Bem assimilados, os requisitos da responsabilidade estatal são a existência de dano material ou imaterial, o nexo causal direto e a conduta omissiva ou comissiva desproporcional do agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, nessa qualidade.

Assim, o nexo causal haverá de ser direto: não se perfectibiliza o dano juridicamente anômalo se a vítima houver dado causa exclusiva, nem na hipótese de força maior (irresistível por definição, diversamente do caso fortuito, que pode resultar de causa interna), tampouco por fato de terceiro alheio à prestação do serviço público.²³ E não se estabelece o nexo se inviável o cumprimento do dever (“reserva do possível”).²⁴ Deveras, não seria razoável admitir o liame causal, no caso da inviabilidade comprovada do cumprimento das diligências públicas, afastada a erronia dos que enveredam para a teoria do risco integral (sem excludentes). De mais a mais, indisputável que, se houver culpa parcial da vítima (ou concausa), parcial será o dever indenizatório.

²² Vide as várias posições a respeito, na obra que organizei, intitulada *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

²³ Aparente exceção encontra-se na Lei 10.744/2003, consoante a qual fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidade civil perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. No art. 4º, porém, consta que pode ser cancelada a assunção. Bem observadas as coisas, trata-se mais de assunção do que propriamente de dano injusto causado pelo Estado.

²⁴ Vide, a propósito, Paulo Modesto in “Responsabilidade Civil do Estado”. *Revista de Direito Administrativo*, n.227, p.291-308, jan./mar. 2002.

Desse modo, o dano juridicamente injusto, que prejudica direito ou interesse legítimo (individual ou transindividual), caracteriza-se por ser: (i) certo, (ii) especial (não eventual), ainda que reflexo e (iii) discrepante dos parâmetros do normalmente aceitável. Numa palavra: desproporcional.

Nessa ótica, imprescindível transcender, em profundidade, o vetusto e rígido corte dicotômico entre atos lícitos e ilícitos. No próprio Código Civil, aliás, não é correto asseverar que haja apenas responsabilidade por atos ilícitos. Trata-se de regra que comporta exceção.²⁵ De qualquer sorte, para os fins da responsabilização estatal, regida pelo Direito Constitucional Administrativo, importa sobrepassar a própria dicotomia, por uma razão superlativa: inegável que a apuração das condutas públicas (comissivas e omissivas), presa à lógica subjetivista, não se justifica em face do alargamento das funções contemporâneas do Estado como assegurado dos direitos fundamentais e, ainda, em face da nova compreensão da juridicidade constitucional. Categoria que ultrapassa, com sobras, a licitude no sentido estrito de outrora.

Da noção de responsabilidade proporcional, assim pensada, derivam as seguintes principais consequências:

(a) O dever de proporção faz com que a vítima, em razão da sua presumida vulnerabilidade (por força da Constituição, art. 37, parágrafo 6º), não tenha jamais o ônus de provar a culpa ou o dolo do agente. Suficiente que nada exclua, no curso do processo, a formação do nexo causal direto entre a ação ou a inatividade e o evento danoso. Contudo, a responsabilidade extracontratual objetiva não pode ser entendida como imputação cega do dever indenizatório. Tal entendimento mostrar-se-ia conducente ao destempero do risco absoluto. Ao revés, acolhe-se a presunção “*juris tantum*” da existência do nexo de causalidade, resguardadas as citadas excludentes.

(b) Na sistemática brasileira, não se vai ao ponto de preconizar a indenização por danos alheios à Administração, sequer na hipótese de danos nucleares (CF, art. 21, XXIII, “c”), porque se admitem, também nessa situação, algumas das excludentes.

(c) Impende ressaltar que a opção do constituinte originário no atinente à responsabilidade objetiva foi reforçada pela legislação infraconstitucional (sobretudo pela Lei 8.987/95), sem que se embaralhem, em termos de regime, as atividades delegadas com as propriamente privadas.

(d) Crítico efetuar o contraste do comando constitucional (art. 37, parágrafo 6º) com os arts. 43 (menos abrangente), 186 e 927, do Código

²⁵ Vide, por exemplo, a hipótese prevista no art. 188 do Código Civil.

Civil, em face da necessária releitura da teoria do risco administrativo, distinta de teorias como a do risco-proveito:²⁶ consoante a inteligência temperada pelo princípio da proporcionalidade, sempre que se formar, sem interrupção, o nexo causal entre a conduta dos agentes públicos, nessa qualidade, e o dano injusto causado a terceiros (dano desproporcional), haverá o dever de indenizar, distribuído o ônus da prova no que concerne à excludente (parcial ou total) ao Estado ou, se for o caso, aos delegados da execução indireta dos serviços públicos.²⁷

(e) Mister grifar que, sem lançar mão do problemático conceito de “culpa anônima” (não individualizável) em sede de responsabilidade pelas condutas omissivas do Poder Público, a falta do cumprimento dos deveres (ou o desidioso cumprimento) gera o dever de indenizar. Por outras palavras, a omissão é causadora de dano anômalo e injusto. Desaconselhável enquadrá-la como simples condição para o evento danoso, tampouco concebê-la como mera situação favorável ao prejuízo. *A omissão carrega, por assim dizer, o frustrado “princípio ativo” do dever estatal não cumprido.*²⁸ Bem por isso, é de se evitar a indagação adstrita à noção de omissão “voluntária”, negligência ou imprudência, nos termos do Código Civil, art. 927, “caput.” Tudo porque, à semelhança do que sucede com as condutas comissivas, a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão haverá de ser proporcional, com a mencionada inversão do ônus da prova, que não se confunde com a simples presunção de culpa do Poder Público.²⁹

²⁶ Sobre o tema, vide Eugênio Facchini in “ Da Responsabilidade Civil no novo Código” in O Novo Código Civil, obra coletiva, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 151-198.

²⁷ Observa René Chapus in *Droit Administratif Général*, tome 1, 13^a ed., Paris: Monthchrestien, 1999, 1193: “La responsabilité de la personne à qui réparation est demandée ne peut être engagée que si le fait qu’on lui impute a été cause (directe, insistent les arrêts) du préjudice”. Em nosso sistema, adota-se a teoria do dano direto e “imediato”, sem endossar a teoria da equivalência das causas. Vide, por sua vez, Mário Júlio de Almeida Costa in *Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra ed., 1984, p.516.

²⁸ Plausível cogitar de conduta comissiva por omissão. No entanto, apenas com reserva, seria viável a distinção entre inatividade formal e material. Sobre o tema, vide Marcos Gómez Puente in *La inactividad de la Administración*. Madrid: Aranzadi Editorial, 2002.

²⁹ Para Marçal Justen Filho in *ob.cit.*, o tratamento jurídico dos atos omissivos e comissivos é único e equivalente: a responsabilização civil dependerá da infração a um dever jurídico de diligência, que importa a objetivação do elemento subjetivo da conduta (p.802). Defende a presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial (p.803). Em nosso estudo, defende-se mais propriamente a presunção da existência do nexo causal, tanto nas ações como nas omissões, subordinada às excludentes, com inversão do ônus da prova. O resultado é semelhante, com a diferença de que se mantém intacto o caráter subjetivo da responsabilidade do agente, isto é, sem objetivação da culpa, no caso.

3.2. Assentado esses pontos, é o momento de consolidar os argumentos que corroboram as assertivas favoráveis à responsabilidade proporcional do Estado, tanto por ações como por omissões

Em primeiro plano, pelo exposto, não descende do art. 37, parágrafo 6º, da CF, nenhuma rigidez dicotômica no regime da responsabilidade do Estado, no tocante às condutas omissivas ou comissivas dos agentes públicos *lato sensu*, mormente ao se acolher, como preconizado, a noção de causalidade que não reduz a omissão à mera “conditio”, já que a inércia é entendida como possível elemento integrante da série causal de eventos danosos.

Em seguida, sopesadamente, não se cogita defender a culpa presumida, mas a inversão do ônus da prova do nexo de causalidade, toda vez que se discutir o dano injusto causado por uma conduta omissiva ou comissiva, sem prejuízo das excludentes. Ao Poder Público, como visto, dada a vulnerabilidade da vítima (presumida constitucionalmente), cabe o encargo de mostrar a falta de sequência da cadeia causal, oportunidade que não simplesmente põe entre parênteses, senão que afasta a indefensável responsabilização sem nexo.

Reitere-se que a Constituição Federal, no art. 5º, parágrafo primeiro, exige aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais (inclusive os sociais, relacionados a serviços públicos), donde segue a imprescindibilidade de uma teoria da responsabilidade ajustada à ampliação eficaz dos direitos. Nesses moldes, a sugerida técnica de responsabilização proporcional desponta como a mais recomendável, notadamente ao se observar que o Poder Público oscila impunemente entre dois vícios recorrentes: a negação ostensiva da eficácia dos direitos fundamentais ou a sua afirmação claudicante e insuficiente. Desproporcional em ambos os casos.

De fato e de direito, o Estado não pode chegar tarde. Eis, a propósito, duríssima lição das chuvas no Rio, em 2010. Mortes facilmente evitáveis. Omissão causadora de danos injustos. Até autoridades reconheceram que uma das causas residia na liberada ocupação territorial irregular. Acrescentem-se os erros de drenagem, de planejamento, ao lado do manifesto descumprimento do dever de remoção das pessoas que remanescem nas encostas e noutras áreas críticas (já mapeadas). Criaturas que subestimaram os riscos, seja por otimismo ingênuo e irrealista, seja por estarem gravemente embaraçadas na escolha racional e consciente. Numa palavra: desamparadas pelo Estado.

O certo é que o Poder Público, em situações dessa natureza, tem a obrigação de alcançar uma alternativa razoável, notadamente às crianças e aos adolescentes, com prioridade absoluta. Com efeito, o princípio constitucional da prevenção,³⁰ em Direito Administrativo, mais até do que o da precaução, determina, sem mora ou sofisma acomodatório (inclusive em ano eleitoral), o cumprimento diligente, eficiente e eficaz, dos deveres de impedir o nexo causal de danos perfeitamente previsíveis, sob pena de responsabilização objetiva do Estado.

Embora vedada a inoperância, em todo o território, as omissões não cessam. O que dizer das políticas públicas de proteção aos idosos? E dos deveres de segurança, com a falta evidente e inescusável do policiamento ostensivo? E a qualidade do processo de desenvolvimento cognitivo e volitivo chamado educação?

Não se trata de clamar pelo populismo onírico, porém de combater racionalmente a inércia desproporcional e a omissão inconstitucional disseminada. Inércia ultrajante que faz terríveis determinadas dificuldades, as quais, se atacadas no início, seriam até de singela resolução administrativa.

Tome-se o paradigmático caso da tutela integral das crianças e dos adolescentes. O município, como reconheceu o Supremo Tribunal, não pode invocar a discricionariedade administrativa ou a reserva do possível para não manter um programa de atendimento das crianças vítimas de abusos sexuais. No entanto, com lastro numa visão anacrônica, não faltou autoridade que sustentasse exatamente o oposto, em pleno século XXI. Leitura desavisada do Direito Administrativo, mas reveladora da cultura protelatória ou omissivista. Não por acaso, a mesma cultura que adiou a inadiável abolição da escravatura, apesar da barbárie que representava.

Impositivo compreender que o mais relevante controle, em nosso meio, é o que combate a omissão, aquele mal que muitos praticam dissimuladamente. Às vezes, fingindo impotência. A responsabilidade fiscal, sim, é relevante e indescartável, contudo acima dela está a responsabilidade constitucional. O resto é omissão.

Afinal, em país que arrecada mais de um terço do PIB em tributos, não se mostra sério o argumento da falta de recursos para o descumprimento do essencial. Não há desculpa para o passivismo complacente, submisso, servil ou obscurantista. Passou da hora de acolher, com todos os efeitos, o direito fundamental à boa administração pública, cogente o bastante para reorientar a gestão pública brasileira, no intuito de fazê-la menos burocrática, mais

³⁰ Sobre os princípios constitucionais da prevenção e da precaução em Direito Administrativo, vide Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais* 4^ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, Cap. 1.

parceira da sociedade. Menos evasiva, mais assertiva e lúcida. Menos campeã das inconstitucionalidades (por ação e por omissão), mais responsável na guarda efetiva e prática dos direitos fundamentais.

Merece realce que desponta novo horizonte no campo hermenêutico sobre a responsabilidade estatal por omissão. Quase não perduram dúvidas quanto à responsabilidade, por exemplo, no caso de guarda de pessoas ou bens, hipótese em que o descumprimento do dever (inoperância) faz presumido onexo causal, até prova em contrário. Os sinais de mudança de atitude, apesar de nuançados, avolumam-se. Claro que subsistem decisões que seguem o escrutínio da responsabilidade subjetiva do Estado por omissão. Todavia, avança a consciência de que, perante a omissão do Poder Público, o proporcional, ao menos em nosso meio, é reputar irrelevante a consideração sobre culpa ou dolo (exceto em relação ao agente), pois o essencial é conferir importância à noção dos deveres fundamentais do Estado.

Ressurge, portanto, renovada e robustecida, a teoria da responsabilidade por ação ou omissão do agente estatal. Numa fórmula, se é certo que o Estado não deve ser o segurador universal, tampouco deve ser omissor e descumpridor dos seus deveres defensivos e prestacionais.

No prisma proporcional, o Estado brasileiro tem o dever de zelar pela aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, indenizável a omissão inconstitucional que afetar o âmago dos direitos fundamentais. A Constituição, bem compreendida, não admite inércia prestacional do Estado, sob pena de responsabilização, inclusive por falta das impostergáveis medidas preventivas.

Com efeito, eis o princípio da prevenção, nos seus elementos centrais: (a) alta e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; (b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitar tal dano e (c) o Estado arca com o ônus de produzir a prova da excludente reserva do possível ou de outra excludente séria do nexo de causalidade.

No caso, antevê-se, com segurança, o resultado maléfico e, correspondentemente, nos limites das atribuições legais, resulta nítida a obrigação de o Estado tomar as medidas necessárias e adequadas, interruptivas da rede causal, de molde a impedir o dano antevisto. Decididamente, não configuradas as excludentes, forma-se o liame causal, em função da antijuridicidade provocada pela quebra desproporcional do dever de prevenção.

Em suma, Estado que não previne é Estado da omissão inconstitucional. Afinal, em vez de adversário hostil à afirmação dos direitos fundamentais, exige-se, doravante, que o Estado passe a atuar como responsável agente assegurador e cumpridor dos objetivos fundamentais da República. Não é sonho, tampouco pedir demais.

4 Conclusões

Tudo considerado, a teoria do risco administrativo desponta profundamente enriquecida pela articulação com o princípio da proporcionalidade, como vedação de excessos e de omissões.

Conclui-se, em largos traços, que:

(I) O Estado brasileiro deve ser proporcionalmente responsabilizado, pois toda e qualquer quebra nuclear da proporcionalidade faz com que a ação ou omissão deva ser tida como anormal e injustificável. Assim, as condutas comissivas ou omissivas, uma vez presente o nexa causal com evento danoso e certo, serão sempre antijurídicas, no mínimo por violarem o princípio da proporcionalidade.

(II) Nessa perspectiva, viável responder, de maneira direta, às perguntas inicialmente formuladas: sim, configura-se lesiva a omissão inconstitucional oriunda do descumprimento do dever de matrícula das crianças em creches públicas, haja vista a aplicabilidade direta do direito fundamental à boa administração. Sim, por força do insofismável dever de prioridade, presente no art. 228 da CF, o Poder Público não tem como se furtar da prestação da tutela integral às crianças e aos adolescentes, de modo precípua, vedada a invocação da discricionariedade administrativa ou da reserva do possível para, por exemplo, deixar de implementar programas municipais de atendimento às crianças vítimas de abusos sexuais. Sim, pode estar inequivocamente configurado o nexa de causalidade entre a inércia estatal de vigilância e o dano causado por apenado que, após reiteradas fugas, comete crime bárbaro. Sim, nesse caso, força cogitar de responsabilidade objetiva do Estado, a quem incumbe a prova das eventuais excludentes.

(III) Necessário, ao tratar da responsabilidade extracontratual do Estado, apagar o passivismo, de ordem a evoluir para a performance estatal apta a honrar os objetivos fundamentais da República, máxime o da salvaguarda eficaz e intertemporal dos direitos fundamentais.

(IV) Uma vez reconhecida a antijuridicidade gerada por ação ou omissão anômala e desproporcional, acima das considerações sobre a licitude restrita de outrora, incentiva-se a tempestiva prevenção e, se cabível, a precaução justificada. No intento de que cesse a sina das omissões inconstitucionais, não raro, ceifadoras de vidas e mutiladoras das dignidades. Com efeito, não se admite o Estado arbitrário por excesso, nem arbitrário por omissão, isto é, descumpridor dos deveres fundamentais. Quer-se ver, sobretudo, os princípios da proporcionalidade e da responsabilidade compreendidos e aplicados, de maneira sistemática e concatenada, a favor da aplicação máxima do direito fundamental à boa administração pública.

Referências bibliográficas

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1960.
- BADURA, Peter. *Staatsrechts*. München: C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1986.
- CAHALI, Yusef. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tome I, 13^{ème} ed. Paris, MonthChrestien, 1999.
- COSTA, Mário Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Ed, 1994.
- FACCHINI, Eugênio et al. *O Novo Código Civil*, Obra coletiva, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FLEINER, Fritz. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1963.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (editores). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand*. Trad. de Michel Fromont, Paris: L.G.D.J., 1994.
- MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904, vol. II.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- MODESTO, Paulo. *Responsabilidade Civil do Estado*. Revista de Direito Administrativo, n. 227, p. 291-308, jan./mar. 2002.
- PUENTE, Marcos Gómez. *La inactividad de la Administración*. Madrid: Aranzadi Editorial, 2002.
- RAZ, Joseph. *Responsibility and Negligence Standard*, Oxford Legal Studies, 2009
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.