

# RE 136.861: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CONDUTAS OMISSIVAS

---

## RE 136,861: STATE OMISSION LIABILITY

**IGOR VOLPATO BEDONE**

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orcid: 0000-0001-6699-4544  
igorvbedone@yahoo.com.br

Recebido em: 30.09.2019  
Aprovado em: 17.10.2019

**ÁREAS DO DIREITO:** Civil; Administrativo

**RESUMO:** O debate sobre a responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva deveria estar focado na relação de imputação entre o dano e a conduta estatal, não no elemento subjetivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo – Responsabilidade civil do Estado – Responsabilidade por omissão estatal.

**ABSTRACT:** The debate about the state liability for its omissive conduct is wrongly centered on the subjective element of fault, when it should focus on causation, or rather on attribution of liability.

**KEYWORDS:** Administrative law – State liability – Attribution of liability – Liability for state omission.

SUMÁRIO: 1. Introdução. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado, de acordo com o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é objetiva. Foi adotada a teoria do risco administrativo, calcada na repartição dos encargos sociais, segundo a qual os danos derivados do risco de atividade estatal têm de ser suportados por toda a sociedade, representada pelo Estado. Quando o dano é praticado por agente estatal, exige-se que atue nessa qualidade, mesmo que esteja fora do exercício das funções, mas tenha agido a pretexto delas.

Quando se trata de condutas omissivas estatais, há uma conhecida polêmica doutrinária envolvendo a natureza da responsabilidade civil, refletida na jurisprudência. De um lado, diz-se que se trata de responsabilidade subjetiva, pois na omissão é mister que exista um dever de agir imposto pela lei. Se havia um dever de agir e a Administração não agiu, houve cometimento de ato ilícito e, assim, a responsabilidade seria subjetiva. A conduta administrativa seria mera condição, não causa, do dano, e a imputação de responsabilidade objetiva transformaria o Estado em segurador universal. Desse modo, na omissão seria necessário perscrutar negligência, imprudência ou imperícia por parte da Administração Pública, podendo a culpa ser presumida relativamente. Aplicar-se-ia, então, a teoria da culpa do serviço, da culpa anônima, também conhecida como teoria da *faute du service*<sup>1</sup>.

De outro lado, diz-se que, se a Constituição não fez qualquer distinção no que tange à responsabilidade do Estado pelo critério da natureza da conduta, não caberia ao intérprete fazê-la. Assim, a responsabilidade estatal, mesmo na omissão, seria objetiva. Argumenta-se que a conduta administrativa, embora não seja causa no sentido natural, poderia ser considerada causa no sentido jurídico. Nessa esteira, o Estado não se tornaria segurador universal diante da necessidade de verificação do nexo causal, bem como pela possibilidade de manejo das excludentes<sup>2</sup>.

Uma terceira posição a respeito da imputação de danos na omissão estatal é aquela que divide a omissão em genérica e específica. No primeiro caso, a responsabilidade seria subjetiva; no segundo, objetiva. Para seus adeptos, há omissão específica quando o Estado, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação que tinha o dever de impedi-lo. Em outros termos, quando a própria entidade pública, por não agir da maneira esperada, gera condições para que o risco se concretize no evento danoso. Nesse caso, a responsabilidade do Estado é objetiva. Já na omissão genérica, o Estado não se colocou na posição de garante, visto que sua omissão não contribuiu de maneira específica e circunstanciada para a produção do dano, o que torna sua responsabilidade subjetiva<sup>3</sup>.

Conforme já tivemos a oportunidade de dizer, o debate dogmático a respeito do tema está mal focado, pois o elemento central para resolver tais questões é o

1. Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 1025 e ss.
2. Por todos: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 212-213.
3. CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 56-58.

nexo de imputação entre omissão e dano, dada sua especificidade na omissão, não propriamente o elemento subjetivo da responsabilidade. Confira-se:

“22. A conduta omissiva não implica subjetivação da responsabilidade estatal. A teoria subjetivista teve o mérito de perceber que na omissão há a especificidade da imposição de um dever de agir, mas esse elemento é relativo ao nexo causal, não ao elemento subjetivo da responsabilidade. O que se deve perscrutar, então, não é se houve negligência, imprudência ou imperícia, noções de difícil adaptação à atividade estatal abstratamente considerada, mas sim se havia o dever, no caso, de interromper determinado desdobramento causal, isto é, se o Estado deveria, se lhe era exigível, no caso, ter impedido aquele desdobramento causal. Destarte, despropositada a invocação de responsabilidade subjetiva pelo fato de a conduta estatal ser omissiva, devendo o foco de análise ser concentrado no nexo de imputação.

23. Reconhecer a responsabilidade objetiva na omissão, todavia, não implica escancarar as portas da responsabilidade estatal, transformando-o em seguidor da atividade social, como pretendem alguns. Com efeito, a doutrina que defende puramente a responsabilidade objetiva muitas vezes não volta os olhos a essa minúcia da causalidade (imputação), pretendendo assim uma ampla e irrestrita responsabilização do Estado pelos danos.

24. Imperioso, pois, reconhecer a correção da teoria da responsabilidade subjetiva quando identifica que na omissão se deve perscrutar um dever de agir do Estado no caso concreto, de modo a não responsabilizá-lo por qualquer evento em que esteve mediatamente envolvido, como se tivesse dever de interromper qualquer processo causal, mas apenas se afirma que não se trata de transformar a responsabilidade em subjetiva, mas somente de reconhecer a especificidade da causalidade na omissão, ou melhor, reconhecer se há viabilidade na imputação do dano ao Estado, isto é, se houve um dever de agir descumprido.”<sup>4</sup>

A dogmática ainda patina na formulação de critérios teóricos para a conformação da responsabilidade estatal nesses casos, estando presa, ainda, àqueles posicionamentos antigos. Há um grande campo para se avançar na matéria.

A jurisprudência brasileira, por sua vez, é oscilante no tema, havendo diversos julgados fazendo menção a cada uma das correntes expostas neste trabalho<sup>5</sup>.

4. BEDONE, Igor Volpato. *Imputação de danos na omissão estatal*. 2013. Dissertação Mestrado em Direito) – PUCSP, São Paulo, p. 215-216.

5. *Idem, ibidem*, p. 160 e ss.

Assim, a questão teve repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

“*Responsabilidade civil do Poder Público por omissão* (art. 107, EC 1/69). Explosão de local destinado ao comércio de fogos de artifício. Comunicação prévia à autoridade municipal comprovada. Efetivo pagamento de taxa para expedição de licença. Ausência de precedentes específicos. Necessidade de submissão ao plenário. Repercussão geral reconhecida.

A Turma, ao apreciar agravo regimental interposto pelo município de São Paulo à decisão monocrática proferida pelo ministro relator, reconheceu a existência de repercussão geral (art. 543-A, § 4.º, CPC) e, considerando a inexistência de precedentes específicos – responsabilidade civil do poder público por omissão relativa à fiscalização de local destinado ao comércio de fogos de artifício cujo proprietário requerera licença de funcionamento e recolhera a taxa específica –, deu provimento ao agravo regimental para submeter o recurso extraordinário a julgamento do Plenário, oportunizando-se às partes a possibilidade de sustentações orais.” (RE 136.861 AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 01.02.2011)

O julgamento teve início em 27 de setembro de 2018, mas não terminou porque houve um pedido de vista por parte do Ministro Dias Toffoli. Não se sabe, pois, o inteiro teor dos votos, que virão ao conhecimento público somente quando da publicação do acórdão, mas pela notícia no sítio eletrônico do Tribunal já se pode ter algumas pistas sobre os fundamentos que foram utilizados. Confira-se:

“Pedido de vista do ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 136861, com repercussão geral reconhecida, no qual se discute a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de suposta omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício. Atualmente, existem 39 processos sobrestados envolvendo o mesmo tema.

O caso teve origem em ação ajuizada por familiares de vítimas de uma explosão em estabelecimento que comercializava indevidamente fogos de artifício em ambiente residencial. A alegação foi de omissão da Prefeitura de São Paulo, que não teria fiscalizado nem impedido a venda dos fogos em área residencial. De acordo com os autos, os proprietários do estabelecimento solicitaram licença para instalação da loja, mas não foi realizada a vistoria da Prefeitura no prazo de 24 horas, conforme determinado pelas normas do município.

A primeira instância julgou parcialmente procedente a ação para condenar o município a indenizar os familiares, salvo quanto a danos morais reclamados por um dos autores que perdeu esposa e dois filhos no acidente. No entanto,

no julgamento de recurso, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) reformou a sentença e negou o pedido de indenização. Contra o acórdão do TJ-SP, os familiares interpuseram o RE ao Supremo.

### *Julgamento*

O julgamento teve início na última quinta-feira (27) com a apresentação do relatório pelo ministro Edson Fachin (relator) e a sustentação oral da Procuradoria do Município de São Paulo. Na sessão de hoje (3), o relator apresentou voto no sentido do provimento parcial do recurso.

Para Fachin, houve violação do dever fiscalizatório por parte do Município de São Paulo. Segundo o ministro, o município, apesar de provocado por meio de processo administrativo para fiscalizar o local a fim de conceder autorização para o comércio de fogos de artifício, ‘manteve-se inerte’, e o acidente ocorreu cerca de dois meses depois de formalizado o pedido formulado.

Segundo Fachin, a presença de causas complementares não elimina o nexo de causalidade entre a conduta omissiva estatal e o dano, pois o Estado era obrigado a agir em decorrência de lei. O relator explicou que a fiscalização do local de instalação dessa espécie comercial era, na época dos fatos, regulamentada pela Lei Municipal 7.433/1970 e pela Portaria 843/SAR/1981. Ambas as normas preveem que a administração pública deveria, impreterivelmente no prazo de 24 horas após o protocolo, fazer a vistoria prévia no local indicado pelo solicitante.

A alegação de que não houve autorização do Estado para o funcionamento da loja, segundo Fachin, também não afasta o nexo de causalidade. ‘Se houvesse sido realizada a vistoria prévia no imóvel, a autorização teria sido imediatamente negada, e o estabelecimento deveria ter sido lacrado e interditado, sendo retirados todos os artefatos explosivos’. Contudo, o município, ao deixar de realizar a vistoria prévia, paralisando o processo administrativo, permitiu, mediante sua omissão, que o comércio funcionasse clandestinamente.

O relator afirmou, no entanto, não ser possível o deferimento de indenização na parte referente a danos morais sofridos por um dos recorrentes que, no acidente, perdeu esposa e dois filhos, em razão de se tratar de matéria infraconstitucional.

Fachin votou pelo provimento parcial do RE para restaurar integralmente os termos da sentença e apresentou a seguinte tese de repercussão geral: ‘A omissão no dever legal de fiscalizar a atividade de comercialização de fogos de artifício, se dano acarretar a terceiro em virtude dessa conduta omissiva específica, gera a responsabilização objetiva do Estado’.

Os ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello votaram no mesmo sentido.

### *Divergência*

O ministro Alexandre de Moraes abriu divergência ao votar pelo desprovimento do RE. Segundo o ministro, a aplicação da responsabilidade objetiva

do Estado exige a observância de requisitos mínimos. No caso, entendeu que ao menos dois dos requisitos exigíveis para a aplicação da teoria do risco administrativo e para o reconhecimento da responsabilidade objetiva não estão presentes. Para ele, não houve conduta omissiva ou comissiva do Estado e, conseqüentemente, o nexo causal não pode ser aferido.

O ministro explicou que a legislação municipal exige, primeiramente, a apresentação de protocolo para funcionamento do estabelecimento, seguido de requerimento de vistoria junto à Polícia Civil. Somente após a realização da vistoria, é expedida ou não licença. ‘A vistoria é elemento constitutivo da possibilidade da concessão de licença. Não há, para esse tipo de atividade, possibilidade da abertura de um comércio sem a vistoria realizada pela Polícia Civil’.

No caso, observou que os proprietários protocolaram o pedido para abertura do estabelecimento, mas não complementaram a documentação exigida nem comprovaram que haviam requerido a vistoria. ‘Com isso, o procedimento administrativo ficou obstado e, clandestinamente, deram início ao comércio’, disse. Diante desses aspectos, a atuação do Poder Público, a seu ver, não configurou omissão. ‘O Poder Público não tem a mínima condição de fiscalizar 100% de algo que é clandestino’, afirmou.

Por fim, o ministro chamou atenção para o fato de que no local funcionava não apenas uma loja de fogos de artifício, ‘mas um verdadeiro depósito de pólvora, em quantidade que se fazia supor uma fábrica clandestina’.

Acompanharam a corrente divergente os ministros Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.”<sup>6</sup>

Em primeiro lugar, é fácil observar que os Ministros examinaram provas com profundidade, o que seria vedado em sede de recurso extraordinário. Não obstante, ao menos pela informação que se tem por ora, nota-se que os ministros não debateram o elemento subjetivo da responsabilidade civil do Estado, não havendo disputa sobre seu caráter objetivo. O Ministro Alexandre de Moraes deixou claro, ao negar provimento ao recurso, que não havia “nexo causal” entre a conduta estatal e o dano, visto que o Estado não teria como fiscalizar 100% dos estabelecimentos comerciais que guardam fogos de artifício e que a empresa interessada não obteve licença, por não atingir os requisitos mínimos exigidos em lei. O Ministro Fachin, que votou em sentido contrário, entendeu haver violação do dever fiscalizatório da municipalidade, o que geraria sua responsabilização objetiva por omissão.

6. Disponível em: [[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391690](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391690)].

Em outros termos, o Ministro Fachin reconheceu haver uma omissão “específica” no caso, enquanto o Ministro Alexandre de Moraes reconheceu uma omissão “genérica”, sem, todavia, caírem na discussão inócua de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva<sup>7</sup>.

O caminho de focar o nexo de imputação entre conduta estatal e dano é o mais adequado, evitando-se, por conseguinte, a vetusta discussão sobre culpa na responsabilidade civil do Estado. Parece ser essa a opção trilhada pelo Supremo Tribunal Federal, embora a tal conclusão só possa se chegar com o conhecimento pleno dos votos dos ministros.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BEDONE, Igor Volpato. *Imputação de danos na omissão estatal*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUCSP, São Paulo.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

---

7. Conforme já dissemos: “A afirmação de que a espécie de omissão [genérica ou específica] altera a natureza da responsabilidade civil não é adequada tecnicamente. Na dita omissão específica há responsabilidade porque, no caso concreto, o Estado acaba por se colocar no dever de impedir aquele desdobramento causal. Na genérica não há responsabilidade pelo fato de não haver referido dever. A culpa não tem nenhuma relação com essa distinção. A questão que se coloca é o dever ou não do Estado de impedir o resultado, ou melhor, de quando surge tal dever para um ente de responsabilidades tão numerosas e genéricas. Não há falar, assim, em culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Destarte, a maneira correta de enxergar a dicotomia ora em comento é transportando a *vexata quaestio* do elemento subjetivo para a abrangência do dever de agir do ente estatal, ou seja, para a relação de imputação de sua omissão com o dano. Não se deve debater sobre culpa. Deve-se ter mente apenas se há o dever de impedir o desdobramento do nexo causal, haja vista que aquela situação concreta assim o exige. O debate para aferição da responsabilidade, destarte, deve ser restrito à relação de imputação do dano ao Estado (relação de causalidade), que na espécie é diferenciada pelo fato de a conduta ser omissiva” (*Imputação da danos na omissão estatal*, p. 152).

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrinas

- Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de) limitações da responsabilidade objetiva, de Tiago Bitencourt de David – RDCC 17/87-104 (DTR\2018\22651); e
- Responsabilidade objetiva nos casos de omissão estatal: comentários ao julgamento do RE 598.356/SP, de Rafael Valle Vernaschi – RDA 8/321-332 (DTR\2019\23972).