

## FILTRAGEM HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS OMISSIVOS

Augusto Vinícius Fonseca e Silva\*

Apesar de o Direito brasileiro, desde a Constituição Federal de 1946, ter adotado a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado nos casos de responsabilização civil extracontratual, ainda grassa, na doutrina e na jurisprudência, controvérsia quando o problema toca aos atos omissivos estatais.

A Constituição atual, no art. 37, § 6º, parece ser bem clara na adoção de tal teoria, porquanto não faz qualquer menção a elemento que induza à adoção da subjetivação da responsabilidade. Nesse mesmo sentido, veio à tona o art. 43 do Código Civil de 2002, cuja redação praticamente repete a daquele dispositivo, mas que consubstanciou significativa alteração do tema na seara infraconstitucional, haja vista que o art. 15 do Código Civil de 1916 permitia ilação de ser subjetiva a responsabilidade do Estado.<sup>1</sup>

A clareza dos dispositivos da Constituição de 1988 e do Código Civil novo, porém, não afasta a necessidade de interpretá-los. O brocardo *in claris cessat interpretatio*, já se dizia, é “uma afirmativa sem nenhum valor científico, ante as idéias triunfantes da realidade” (MAXIMILIANO, 1979, p. 33). Bem por isso, a doutrina não prescinde do exercício hermenêutico, mesmo quando claras as prescrições normativas. A bem da verdade, a clareza não é inerente à letra da lei, mas ao resultado da interpretação que se faz de tal letra. Flávia de Almeida Viveiros de Castro (2004, p. 7) preconiza incisivamente que “a clareza e a obscuridade não são, via de regra, qualidades intrínsecas a um texto, que precederiam a interpretação do mesmo. Elas são fruto da atividade interpretativa”.

Logo, como disserta Pietro Perlingieri (2002, p. 72), “a clareza, se existe, não pode ser um *prius*, mas um *posterius* da interpretação: não a premissa, mas o resultado da interpretação”.

A interpretação, para Ronald Dworkin (1998, p. 71), 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.

Conseqüentemente, é escorreito afirmar, com Paulo Bonavides (2003, p. 437), que “busca a interpretação, portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito (...). Não há norma jurídica que dispense interpretação”.

Mas quem exerce a interpretação? Responde Peter Häberle (1997, p. 15): “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete desta norma”.

---

\* Juiz de Direito em Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Unesa - Rio de Janeiro. Ex-Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá - Campus Juiz de Fora. Ex-Procurador do Município de Juiz de Fora.

<sup>1</sup> CC/1916, 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”.

Sendo, pois, imperioso o exercício hermenêutico de tais dispositivos, deve ser feito, inexoravelmente, à luz da Constituição Federal, que deve joeirar todo o processo interpretativo. Já afirmara Luis Roberto Barroso (2004) que

(...) o Direito Constitucional é um modo de olhar o Direito, e a Constituição é a lente por que se deve ler e interpretar os demais ramos do Direito, de modo que o Direito infraconstitucional deve ser lido e reinterpretado a partir da Constituição, cuja supremacia, além de formal, é axiológica. Enfim, toda interpretação jurídica é constitucional. A norma infraconstitucional deve ser interpretada como forma de viabilizar e concretizar a vontade constitucional.

O processo de “filtragem constitucional”, assevera Paulo Ricardo Schier (1999, p. 104), quer dizer que

(...) a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento da aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.

Subsumindo-se, pois, o tema da responsabilidade civil estatal por omissão ao critério da filtragem hermenêutico-constitucional, procurar-se-á demonstrar, ao final, que, mesmo nos casos omissivos, tem aquela responsabilidade natureza objetiva.

Esclareça-se, entretantes, que não tem por escopo o presente trabalho sinalizar no sentido de a conclusão alcançada ser a única correta, pois,

(...) a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal, especialmente (KELSEN, 1994, p. 390-391).

Por isso, é que há corrente sectária da teoria subjetiva, capitaneada por juristas de escol.

Tem-se na pessoa do professor Celso Antônio Bandeira de Mello o maior defensor da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos. Segundo ele,

(...) 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’ (Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos - RT 552/13).

No mesmo diapasão, Rui Stoco (2004, p. 963), já dissertando sob a égide do CC/2002:

A premissa fundamental, portanto, é a de que a responsabilidade do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, só é objetiva quando os danos a terceiros forem causados diretamente por seus agentes, nessa qualidade. É a teoria do risco que dispensa qualquer indagação acerca da juridicidade e da culpabilidade.

Ora, a omissão do Estado é anônima, posto que se produz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público.

Se assim é, o comportamento omissivo do próprio Poder Público não se encaixa nem no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, nem no art. 43 do Código Civil, e, portanto, empenha responsabilidade subjetiva.

Embora o art. 43 do atual Código Civil tenha se apartado da teoria abraçada no art. 15 do revogado Código de 1916, pois este adotava a responsabilidade subjetiva do Estado, e aquele preceito do Código atual – na linha do princípio estabelecido pela Constituição Federal – tenha acolhido a responsabilidade objetiva do Estado, a situação não muda, segundo nos parece.

A jurisprudência, tanto dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, quanto do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também endossa a posição subjetivista:

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, reconhecera 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 se caracteriza 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 (STF - RE 372472/RN - Rel. Min. Carlos Veloso - j. em 04.11.2003 - *Informativo* nº 329 STF).

Processual civil. Administrativo. Violação dos arts. 131, 165 e 458, II, do CPC configurada. Aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva. Omissão do Poder Público. Pleito de danos materiais e morais. Morte de funcionário em hospital público. Fato presumível. *Onus probandi*.

- 1. É cediço no Tribunal que: 'Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado. - A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.

- 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.

- 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

- 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.

- 5. Incidência de indenização por danos morais.

- 6. Recurso especial provido (STJ - 1ª T. - REsp 738833/RJ - Rel. Min. Luiz Fux - j. em 08.08.2006 - *DJ* de 28.08.2006, p. 227).

Indenização. Lesão corporal de detento sob custódia do Estado. Ato omissivo. Responsabilidade subjetiva. - Tratando-se de suposto ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade é subjetiva, exigindo a presença do dolo ou da culpa por *faute du service* dos franceses. Assim, a espécie é regida pelo direito comum - art. 159 do Código Civil (vigente à data dos fatos), que estabelece a responsabilidade civil de indenizar àquele que por ação ou omissão voluntária causar prejuízo a outrem. Se a situação específica era evitável, decorre daí a omissão do Estado, como condição do dano, porque foi essa omissão que propiciou a sua ocorrência e, portanto, a sua responsabilidade indenizatória (TJMG - Processo nº 1.0024.03.058108-6/001 - Rel. Des. Geraldo Augusto - j. em 25.10.2005 - pub. em 25.11.2005).

A análise dos atuais dispositivos - constitucional (art. 37, § 6º, da CF/88) e legal (art. 43 do CC/2002) - deve obedecer aos métodos de interpretação jurídica, seja os clássicos, seja os que concernem especificamente à seara constitucional.

No campo dos métodos clássicos, não há como fugir da interpretação literal ou gramatical. Diante de um texto, ensina Miguel Reale (1998, p. 281):

(...) o primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor expressional (...). A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática – tomada esta palavra no seu sentido mais amplo - o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal. Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto.

Entretanto, não se pode coarctar o exegeta à fria letra da lei, isoladamente. Esse apenas é um primeiro passo rumo ao desvendar do texto posto, pelo que ganha destaque a advertência de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 287), para quem, no fundo, a interpretação gramatical “tem na análise léxica apenas um instrumento para mostrar e demonstrar o problema, não para resolvê-lo. A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica”.

Após essa perquirição filológica, continua Reale (1998, p. 281),

(...) impõe-se um trabalho lógico, pois nenhum dispositivo está separado dos demais. Cada artigo situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores lingüísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse segundo passo denomina-se interpretação sistemática do Direito.

Daí, o intérprete é levado ainda mais fundo no ordenamento jurídico, pois

(...) interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito (...). 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 plexos 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 (FREITAS, 2002, p. 71).

Situadas as normas num sistema e nesse contexto interpretadas, deve ter-se em mente que toda interpretação deve conduzir à realização da vontade ou legalidade constitucional. Escorado nisso, concluiu o citado Pietro Perlingieri (2002, p. 74) que: “(...) a legalidade constitucional impõe uma interpretação da norma ordinária ou de grau inferior, à luz dos interesses e dos valores constitucionalmente relevantes (...)”. Atento a isso, Michel Temer (2004, p. 23) pontua que “a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte”. Mas o aplicador do direito não é livre para interpretar o texto normativo como bem entender. Há limites - objetivos - que deve respeitar, sob pena de conspurcar a *ratio* do dispositivo, o que não pode ser admitido. Significa isso dizer que

(...) ao aplicador do Direito - por mais ampla que seja sua necessária liberdade de interpretação - não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, nem tampouco ir além do sentido lingüisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como limite da interpretação (COELHO, 2003, p. 67).

É, outrossim, a posição do Ministro Eros Roberto Grau (2003, p. 52), para quem “todo intérprete, embora jamais esteja submetido ao ‘espírito da lei’ ou à ‘vontade do legislador’, estará sempre vinculado aos textos normativos, em especial - mas não exclusivamente - pelos que veiculam princípios”. E é por isso que chega esse professor a dizer que “interpretar o direito é formular juízos de legalidade”.

E qual seria esse “limite de interpretação”? Respondem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2000, p. 78):

(...) a letra da lei possui uma dupla finalidade, funcionando, por um lado, como ponto de partida da elucidação do sentido pelo intérprete e, por outro, definindo os limites postos à sua atividade interpretativa. Ultrapassados esses limites, que servem de fronteira entre a interpretação em sentido estrito e a livre criação judicial do direito, a atividade hermenêutica como que se contamina de subjetividade e voluntarismo, expondo o intérprete ao risco de produzir uma decisão ilegítima e, por isso, fadada a se tornar socialmente ineficaz.

Circunscrito a tal limite, vê-se que, de fato, há uma “moldura dentro da qual toda interpretação que escolha um ponto fora da moldura há de ser necessariamente inconstitucional. Essa limitação imposta pelo Texto Constitucional tem que ser sempre obedecida, sob pena de ser inócua” (LEITE, 2004, p. 208).

Enfim, visa o presente trabalho, despretensiosamente, a demonstrar que toda e qualquer interpretação deve passar pela filtragem constitucional. A letra da lei, com sua dupla função de ponto de partida e de limite de interpretação, não pode ser distorcida, nem muito menos ignorada, porque, caso contrário, subverter-se-á o seu próprio sentido. A se admitir isso, estar-se-á chancelando o caos hermenêutico ou a anarquia hermenêutica. Sim, é certo que, como visto, todo aquele que vive num contexto social é um potencial intérprete da Constituição. Mas, há lindes que devem ser respeitados, a fim de conjurar um clima de insegurança jurídica que, certamente, não é o desejado.

No caso específico da responsabilidade civil do Estado por omissão, se observarmos tanto o que dispõe o art. 37, § 6º, da CF/88, quanto o art. 43 do CC/2002, veremos que não há nenhum aceno ou fumaça de palavra/expressão que induza o intérprete a concluir pela subjetivação da responsabilidade, sindicando-se acerca do elemento culpa. Se, pois, há um limite objetivo que não pode ser desobedecido, não deve o intérprete extrapolá-lo.

Aliás, de há muito já se dizia: *ubi lex non distinguit, nec interpretres distinguere debet*. Se opta o exegeta pela inclusão do elemento culpa para os casos de omissão estatal, concluindo, pois, ser subjetiva a responsabilidade nesse caso, faz distinção onde nem a Constituição nem a Lei Civil nova fazem, aviltando-se, pois, uma das mais mezinhas regras de hermenêutica constitucional.

Diante do exposto, conclui-se que, uma vez respeitados os limites objetivos de interpretação e feita a devida filtragem hermenêutico-constitucional, a responsabilidade civil estatal por omissão tem natureza objetiva, *data venia* de outros posicionamentos.

### Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. Hermenêutica e interpretação da Constituição. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 24., 12 a 14 maio de 2004, São Paulo. (Notas taquigráficas.)

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Robert. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEITE, Marcelo Santos. A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política (IBDC)*. nº 48, ano 12, jul./set. 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *RT* 552/13.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil - Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional - Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

-:--