

# RESPONSABILIDADE OBJETIVA NOS CASOS DE OMISSÃO ESTATAL: COMENTÁRIOS AO JULGAMENTO DO RE 598.356/SP

*OBJECTIVE LIABILITY IN THE CASES OF  
STATE OMISSION: COMMENTS ON THE  
JUDGMENT OF THE RE 598,356/SP*

**RAFAEL VALLE VERNASCHI**

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direitos Humanos pela ESPGESP. Defensor Público do Estado de São Paulo. [rvernaschi@hotmail.com](mailto:rvernaschi@hotmail.com)

Recebido em: 03.11.2018  
Aprovado em: 11.12.2018

**ÁREA DO DIREITO:** Administrativo

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar o julgamento do RE 598.356/SP, que, em votação unânime, condenou empresa prestadora de serviço público ao ressarcimento dos danos decorrentes de furto de caminhão de empresa de transportes, ocorrido no momento da fiscalização em posto de pesagem. O tema central de debate é a aplicação da responsabilidade objetiva nos casos de conduta omissiva do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil do Estado – Responsabilidade objetiva – Omissão estatal – Empresa prestadora de serviço público.

**ABSTRACT:** This article aims at analyzing the judgment of RE 598,356/SP, which, in a unanimous vote, condemned a company that provides public service to compensate for the damages caused by theft of a transportation company truck, which occurred at the time of inspection at a weighing station. The central topic of debate is the application of objective liability in cases of omissive conduct by the State.

**KEYWORDS:** Civil liability of the State – Objective liability – State omission – Public service provider.

**SUMÁRIO:** 1. Ementa do acórdão. 2. Resumo dos argumentos dos ministros. 3. Brevíssima análise crítica do julgado. Referências bibliográficas.

## 1. EMENTA DO ACÓRDÃO

Responsabilidade civil – Serviço público – Furto – Posto de pesagem – Veículo. A teor do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, há responsabilidade civil de pessoa jurídica prestadora de serviço público em razão de dano decorrente de crime de furto praticado em posto de pesagem, considerada a omissão no dever de vigilância e falha na prestação e organização do serviço.

## 2. RESUMO DOS ARGUMENTOS DOS MINISTROS

O acórdão em exame, proferido em recurso extraordinário, originou-se de ação indenizatória, movida em face de DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A, por empresa que teve caminhão furtado no posto de pesagem da empresa ré, no momento da lavratura de auto de infração por excesso de peso.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, confirmando a decisão de primeiro grau, manteve a improcedência do pedido por entender não configurada a responsabilidade objetiva do Estado (artigo 37, § 6º, da CF/88), perante a inexistência de ato comissivo do agente e a não configuração do nexo causal. A Corte estadual, ainda, afastou a responsabilização ante a inexistência do dever de guarda da empresa ré, que no momento do furto estaria em pleno exercício de poder/dever legal de fiscalização.

Inconformada com a decisão, a empresa de transportes interpôs recurso extraordinário, invocando ofensa direta ao artigo 37, § 6º, da Lei Maior e reafirmando a responsabilidade do agente fiscalizador de cuidar do bem alheio no momento em que exercia fiscalização em suas dependências. Em suas contrarrazões, a recorrida DERSA anotou não ser de sua responsabilidade a guarda do veículo, incumbindo ao preposto da empresa proprietária zelar pelo automóvel.

O extraordinário, provido por unanimidade, assentou a responsabilidade da DERSA, reformando o acórdão recorrido.

De acordo com o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, o artigo 37, § 6º, da CF/88 é inequívoco ao estabelecer a responsabilidade civil objetiva do Estado ou da pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, norma que concebe como direito e garantia fundamental do cidadão e, portanto, autoaplicável e de eficácia plena. Nas hipóteses de sua ocorrência, resta ao Poder Judiciário verificar o nexo causal entre o ato e o dano, concretizando o referido dispositivo em sua plenitude. Trata-se, a rigor, de obrigação do Estado perante a vítima, fundamentada “nos riscos decorrentes das atividades desempenhadas pelo ente estatal e na exigência de legalidade do ato administrativo”.

O Ministro relator reforça sua fundamentação com consubstanciais contribuições doutrinárias. Ao transcrever ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, destaca que o artigo 37, § 6º, da CF/88, abandona definitivamente a teoria subjetiva da culpa, firmando a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Também traz à tona ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que a responsabilidade objetiva do estado, agasalhada pela Constituição Federal de 1988, visa, em última análise, a proteção do cidadão, na medida em que os administrados não podem evitar ou sequer minimizar o perigo de dano proveniente da ação ou omissão do Estado.

Tais fundamentos, nos termos do voto, são pertinentes tanto para os atos comissivos quanto para os casos de omissão estatal. Nesse sentido, mencionou a decisão do Recurso Extraordinário 841.526, com repercussão geral e de relatoria do ministro Luiz Fux, que consolidou o entendimento quanto à necessária observância da responsabilidade objetiva do Estado no tocante às omissões administrativas.

Nessa linha de intenção, conclui, para a configuração da responsabilidade objetiva, no caso em análise, uma vez comprovado o dano decorrente do furto do caminhão, restaria tão somente verificar a efetiva ocorrência do *nexo* causal, que para o Ministro é evidente. O liame causal estaria caracterizado ante a falha na prestação do serviço, uma vez que a DERSA “deixou de agir com o cuidado necessário quanto à vigilância no posto de pesagem, por ocasião do estacionamento obrigatório do veículo para lavratura do auto de infração”. Houve, em seu entendimento, “descuido de vigilância da pessoa jurídica privada prestadora de serviço público”, que veio a acarretar danos ao administrado.

Por fim, uma vez verificada a inobservância do dever de vigilância, o voto do relator concluiu também estar configurada a responsabilidade em sua modalidade subjetiva.

Acompanhando integralmente o relator, o ministro Luís Roberto Barroso apenas reafirmou que, no caso analisado, mesmo que afastada a responsabilidade objetiva por omissão estatal, resta configurada a responsabilidade subjetiva – *culpa in vigilando* – na medida em que a empresa concessionária tem o dever de guarda do veículo no momento da pesagem e fiscalização. O destaque foi seguido pela ministra Rosa Weber.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, rememorou ter presenciado, quando então Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a dificuldade de os tribunais estaduais fixarem a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, o que considera ter sido superado. Fez expressa menção à importância da obra de Sérgio Cavalieri para a consolidação desse entendimento.

Por fim, o ministro Alexandre de Moraes, também acompanhando integralmente o relator, destacou ser clara a ocorrência da responsabilização objetiva no caso em julgamento, inexistindo qualquer excludente de responsabilidade a afastar o nexo causal.

### 3. BREVÍSSIMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGADO

O acórdão em análise tem como tema central a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado perante aos particulares nos casos de omissão administrativa, assunto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Para os apontamentos pretendidos nesses breves comentários, necessária uma resumida abordagem da evolução da responsabilidade estatal no ordenamento jurídico nacional para, a seguir, deter-se nos casos em que inexistente uma conduta comissiva da Administração, o que permitirá uma comparação entre as teorias objetivistas e subjetivistas da responsabilidade estatal nessa modalidade, destacando-se os argumentos utilizados no acórdão, bem como apontando o posicionamento dominante que vem sendo adotado pelos tribunais superiores.

Como se sabe, a consagração da responsabilidade objetiva como forma de responsabilidade que dispensa a verificação do fator culpa quanto ao fato danoso, bastando a caracterização do nexo causal entre o fato e dano, não se deu de forma isolada, mas sim como resultado da evolução das teorias civilistas da culpa e da teoria da falta do serviço.<sup>1</sup>

Antes dessas teorias, prevalecia na metade do século XIX, de forte concepção liberal, o entendimento de que o Estado não possuía qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes, o que foi logo superado com a posterior consolidação do Estado de Direito, em que o Estado, assim como os particulares, deve estar submetido às leis.

O avanço para a possibilidade de responsabilização do Estado – culpa administrativa – pautou-se essencialmente nas teorias civilistas até então desenvolvidas, em que se exige a culpa do agente para que a responsabilidade reste configurada. A adaptação dessas teorias ao direito público se fez a partir da distinção dos atos estatais em atos de império e de gestão, considerados estes últimos aqueles praticados pelo Estado em condições de igualdade com os particulares e que, portanto, ao contrário dos atos de império, deveriam ser regidos pelo direito

---

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 556.

comum. Não obstante a total superação da distinção doutrinária de atos de império e de gestão, até mesmo perante a dificuldade prática de distinção destas espécies e, subsequentemente, de aferir os casos em que o Estado deveria ser responsabilizado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que muitos publicistas continuam apegados à doutrina civilista da responsabilidade subjetiva – culpa civil – ao exigir a demonstração da culpa do agente estatal para a caracterização da responsabilidade estatal.<sup>2</sup>

O passo seguinte foi o de possibilitar a responsabilização do Estado independente da identificação do agente, bastando a comprovação do mau funcionamento da atividade estatal, consoante doutrina consolidada por Paul Duez. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, “a ausência do serviço devido ou seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados”<sup>3</sup>. O autor, ainda, faz importante ressalva no sentido de que a responsabilidade por falta de serviço consiste em responsabilidade subjetiva, na medida em que dispensa a identificação do agente, mas permanece sendo baseada na culpa. Conclui, assim, traduzir-se num “elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva”.<sup>4</sup>

A responsabilidade objetiva estatal propriamente dita, na linha da evolução ora tratada, foi inicialmente prevista pela jurisprudência administrativa da França ao admitir hipóteses de responsabilidade independentemente de qualquer falta do serviço ou de comportamento censurável juridicamente, mas tão somente do risco administrativo da atividade exercida pelo Estado.<sup>5</sup>

De acordo com a teoria do risco administrativo, assim, a responsabilidade deriva do risco que a atividade estatal gera ao particular e da possibilidade de se acarretar danos a pessoas determinadas, fazendo-se necessária a coletivização dos danos mediante o ressarcimento do Estado àqueles diretamente prejudicados pela atividade estatal exercida.<sup>6</sup>

2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 717-718.
3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1031.
4. *Idem*.
5. *Ibidem*, p. 1034
6. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 726.

Diferentemente da teoria do risco administrativo, a teoria do risco integral, consoante distinção feita por Hely Lopes Meirelles, pauta-se pela responsabilização do Estado em todo e qualquer caso em que o particular sofra algum dano por ação estatal, mesmo que evidenciada uma das excludentes de responsabilidade: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior.

Prevalece em nosso ordenamento, contudo, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e conforme doutrina e jurisprudência consolidada, a responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco administrativo. Na verdade, o dispositivo constitucional em referência veio apenas a firmar a mesma modalidade de responsabilidade já prevista no artigo 194 da Constituição de 1946, revogando em parte o artigo 15 do Código Civil então vigente, que adotava a teoria civilista da responsabilidade subjetiva.<sup>7</sup>

De acordo com o próprio STF,

a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão<sup>8</sup>.

Confira-se a redação dos dispositivos constitucionais citados:

Artigo 194 da Constituição de 1946:

*As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.*

*Parágrafo único: caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.*

Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988:

*As pessoas jurídicas de Direito Público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

A definição de responsabilidade objetiva dada por Celso Antônio Bandeira de Melo, a qual se adota, é precisa ao estabelecer ser “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu

7. *Ibidem*, p. 729.

8. STF, RE 109.615, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 02.08.1996.

uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano”.<sup>9</sup>

Dessa definição se extraem duas importantes conclusões. Além da já tratada irrelevância da culpa do agente para a configuração da responsabilidade, o que em relação à responsabilidade objetiva estatal significa desconsiderar-se a culpa da Administração pela falta do serviço prestado, depreende-se da definição a não exigência da ocorrência de ilícito para que a responsabilidade se aperfeiçoe, bastando a ocorrência de um dano e o nexo de causalidade. A irrelevância da ilicitude estatal para a configuração da responsabilidade do Estado, ademais, já foi destacada em diversos julgados do STF.<sup>10</sup>

Se a doutrina e jurisprudência são pacíficas quanto à responsabilidade objetiva do Estado decorrente de condutas comissivas, o mesmo não ocorre nos casos de omissão estatal.

Para Chaves, Graba e Rosensvald, a inexistência de legislação infraconstitucional prevendo regulamentação específica para a matéria é fator preponderante para a permanente divergência. Para os autores, ademais, essa ausência legislativa e o fato do tema da responsabilidade civil envolver uma flexibilidade orgânica, entendida esta como acentuada concentração de conceitos abertos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, confere à jurisprudência um papel construtivo bastante intenso nesta área. Isso porque, segundo alegam, resta ao juiz, nos casos concretos, entre outras definições necessárias ao justo ressarcimento, a identificação, por exemplo, da efetiva ação ou omissão ocorrida, ou mesmo a definição do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.<sup>11</sup>

Ressalva feita à importância da jurisprudência nesse campo do direito, no âmbito doutrinário o cerne do debate concentra-se na divergência quanto à aplicação de um único regime jurídico de responsabilidade objetiva do Estado, a ser adotado tanto para as atuações comissivas quanto para as omissivas.

Para os que defendem a aplicação de um regime único de responsabilidade objetiva, não há que se fazer distinção entre atuação comissiva e omissiva, devendo o Estado ser responsabilizado a ressarcir o particular sempre que configurado

9. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1034.

10. Entre eles cite-se: STF, RE 93.734, rel Ministro Néri da Silveira, 1ª Turma, DJ02.03.1984 e STF, RE 262.651, relator Ministro Joaquim Barbosa.

11. FARIAS DE, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALDO, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1003.

o nexo de causalidade entre o dano efetivo e a conduta. A exclusão da comprovação da culpa do Estado foi feita para ambos os casos, não havendo previsão de distinção de tratamento.<sup>12</sup>

Ademais, de acordo com os adeptos desse posicionamento, quando o artigo 37, § 6º, da CF/88, estabeleceu que o Estado responderá pelos danos que seus agentes “causarem a terceiros”, não restringiu tal terminologia às condutas comissivas, o que implicaria até mesmo contrariedade à hermenêutica contemporânea de limitar ao máximo o campo de inação estatal.<sup>13</sup>

Em sentido contrário, os adeptos da aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade estatal nos casos de atuação omissiva, propugnam que, nesses casos, como o Estado não realizou a conduta, não pode ser responsabilizado por dano que não causou, mas tão somente se, no caso, tinha que evitar a causa do dano. Trata-se da *falta de serviço*, em que o serviço não funcionou, funcionou de forma tardia ou de forma insuficiente a impedir o dano. Nesses casos, então, o Estado só responde se tinha o dever de obstar o dano, devendo sua culpa restar caracterizada.

Ciente da dificuldade, senão impossibilidade prática de o administrado provar a culpa estatal nos casos em que tinha o dever de evitar o dano, Celso Antônio Bandeira de Mello, percussor dessa corrente doutrinária, defende o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, de modo a ocorrer inversão do ônus da prova, com o Estado tendo a incumbência de provar ter atendido todos os seus deveres.<sup>14</sup>

Embora também acolha a responsabilização subjetiva do Estado nos casos de omissão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta haver, em tais hipóteses, uma presunção de culpa do Estado, cabendo ao ente público demonstrar que atuou com diligência.<sup>15</sup>

12. Entre os adeptos da responsabilidade objetiva também nos casos de omissão estatal, citem-se, entre outros, Carmen Lúcia Rocha (*Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004), Carlos Roberto Gonçalves (*Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012), Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosendo (Novo tratado de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017), Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: RT, 2012).

13. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALDO, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1043.

14. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1044.

15. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 662.



Em sentido próximo, Marçal Justen Filho fala de objetivação do elemento subjetivo, de modo que a afirmativa da responsabilidade objetiva deve ser interpretada em termos. Há, na verdade, uma presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial, sendo que nos atos omissos próprios há um dever de diligência preciso e determinado, enquanto nos atos omissivos impróprios o dever de diligência não tem conteúdo exato, devendo ser aferido no caso concreto.<sup>16</sup>

Diferentemente dos posicionamentos anteriores, que, embora diverjam quanto à exigência da culpa estatal para a configuração da responsabilidade, convergem em pressupor a ocorrência donexo causal para a responsabilização, Ricardo Marcondes Martins entende que na responsabilidade por omissão não há que se falar em nexocausal, mas sim de imputação. Segundo o autor, nesses casos, ao Estado é imputado o dever de evitar o dano e, caso esse dever seja descumprido, ao Estado será imputado o dever de repará-lo.<sup>17</sup>

Na jurisprudência, a celeuma da responsabilidade objetiva por omissão estatal é intensa, podendo-se afirmar que, atualmente, enquanto no Superior Tribunal de Justiça prevalece a concepção subjetivista, no Supremo Tribunal Federal a vertente objetivista está praticamente consolidada.<sup>18</sup>

Apenas a título ilustrativo, transcreve-se dois acórdãos paradigmas do Supremo Tribunal Federal firmando a responsabilização objetiva estatal nos casos de omissão:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no parágrafo do artigo 37 da Carta magna não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexocausalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros (STF, RE 130.764, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 07.08.1992).

Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasões, em propriedade particular, quando o

- 
16. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Fórum, 2011. p. 1216.
  17. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 663.
  18. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALDO, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1043-1046.

Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido (STF, RE 283.989, Rel. Min Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 13.09.2002).

Conforme constou no voto do Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão em análise, a aplicação da responsabilidade objetiva por omissão foi, recentemente, consolidada no acórdão, com repercussão geral, do Recurso Extraordinário 841.526. Contudo, de rigor se observar que o recurso extraordinário aqui tratado é de data anterior à entrada em vigor do sistema de repercussão geral.

“Recurso extraordinário. Repercussão geral. Responsabilidade civil do Estado por morte de detento, artigos 5º, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal”. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, submete-se a teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas como para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

O acórdão estudado, portanto, acompanha entendimento já firmado do STF, e agora sedimentado em repercussão geral, o que se reputa acertado.

Aos argumentos já expostos em favor da responsabilização objetiva do Estado, mesmo em casos de omissão, importante somar os apontamentos de Gustavo Tepedino ao abordar a interpretação a ser conferida ao artigo 37, § 6º, da CF/88. Segundo o autor, “não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte”. Assevera, ainda, que no momento em que a Constituição Federal aplica a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera-se a dogmática nesse campo, de modo a preponderar a incidência de princípios como a isonomia e da justiça distributiva, afastando-se, assim, qualquer construção subjetivista.<sup>19</sup>

Reforce-se, conforme já aludido, que a exclusão da culpa para a aferição da responsabilidade estatal não implica tornar o Estado um responsável universal pelos danos sofridos pelos particulares, tal como argumentado pelos que sustentam a responsabilidade subjetiva, eis que o nexo causal entre a omissão e o dano apenas se estabelecerá quando o Poder Público descumprir o seu dever de evitar

19. TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 221.

o dano. A aferição da responsabilidade centra-se, portanto, no nexo de causalidade, e não da culpa do Estado.

Nesse sentido, nota-se o acerto da decisão ao concluir pela configuração do nexo causal, consistente na ausência de diligência do Estado no seu dever de vigilância em relação a veículos estacionados em dependências próprias, e que lá estavam estacionados em razão de fiscalização realizada pela empresa concessionária, incumbida desse dever. Basta para a responsabilização, portanto, a configuração desse nexo causal com o dano, decorrente do próprio furto do caminhão. Não há que se falar em necessidade de se perquirir a culpa estatal, ou seja, de se buscar elementos probatórios, mesmo que se invertendo o ônus da prova, aptos a evidenciar que a empresa fiscalizadora teve culpa em sua omissão.

Por fim, cumpre-se destacar não haver dúvidas de que a empresa DERSA, pessoa jurídica de direito privado, deve ser considerada sujeito para a responsabilização objetiva, o que até mesmo decorre da própria redação do artigo 37, § 6º, da CF/88. Indubitável que, no caso, houve por parte da referida empresa prestação de serviço público, o que leva à conclusão de que também ocorreu delegação pelo poder público, já que essa modalidade de atividade estatal apenas pode ser realizada diretamente pelo Estado ou mediante delegação, sendo despidendo precisar de que forma tal delegação ocorreu, ou seja, se por concessão, permissão ou outra forma de delegação prevista em nosso ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALDO, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Fórum, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MEDAUAR, Odete Madauar. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Rocha. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Responsabilidade civil estatal: fuga do preso e consequências para o Estado por sua omissão, de Luciana Vilar de Assis; Wilker Jeymisson Gomes da Silva e Raphael Estevão de Sousa Muniz, *RT* 975/133 – 152 (DTR\2016\25000); e
- Segurança pública e a greve dos policiais: da (ir)responsabilidade civil do Estado, de Rodrigo Santos Neves, *RT* 983/73 – 95 (DTR\2017\5532).

# O DOLO ESPECÍFICO E AS FORMALIDADES PERTINENTES À DISPENSA OU À INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: ANÁLISE DO JULGADO INQ. 3.962/DF

*THE SPECIFIC INTENT AND FORMALITIES PERTAINING TO THE WAIVER OR UNENFORCEABILITY OF BIDDING: ANALYSIS OF JURISPRUDENCE INQ. 3,962/DF*

**PEDRO FLÁVIO CARDOSO LUCENA**

Advogado. Especialista em Direito Tributário (IBET). Mestre em Direito Administrativo (PUC-SP).  
Doutorando em Direito Administrativo (PUC-SP).  
pedro@cardosolucenaadv.com

**LEVANI DE FREITAS NETO**

Advogado. Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UNI-RN).  
levanineto@yahoo.com.br

Recebido em: 05.11.2018.  
Aprovado em: 12.12.2018.

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Penal

**RESUMO:** O presente artigo realiza análise acerca do julgado Inq. 3.962/DF, cujo objeto principal é a discussão acerca da necessidade de comprovação de dolo específico para caracterização da conduta crimínosa tipificada na segunda parte do artigo 89 da Lei 8.666/93, qual seja: não observação das formalidades inerentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação. Restou fixado o entendimento de que as formalidades exigidas seriam aquelas dispostas em artigo 26 da lei supracitada, bem como foi pontuado, com fundamento no caso em estudo, que, diante do atendimento das formalidades legais por parte do gestor público, então, para a efetiva criminalização, faz-se necessário o dolo específico desinente a conduta, que, por exemplo, pode ser demonstrado se caracterizado conluio entre os agentes públicos envolvidos.

**ABSTRACT:** This article analyzes the Inq. 3,962/DF, whose main purpose is to discuss the need for proof of specific intent to characterize the criminal conduct defined in the second part of article 89 of Law 8,666 / 93, namely: failure to observe the formalities inherent in the dispensation or the non-enforceability of bidding. The understanding was that the formalities required would be those set forth in article 26 of the aforementioned law, as well as punctuated, on the basis of the case under analysis, that, in view of the fulfillment of legal formalities through the public manager, then, for the purpose of effective criminalization, it is necessary for specific fraud to disinfest conduct, which, for example, can be demonstrated if there is a collusion between agents involved.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dolo específico – Formalidade legal – Licitação – Criminalização – Agente público.

**KEYWORDS:** Specific intent – Legal formality – Bidding – Criminalization – Public agent.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Voto relator. III. Voto divergente. IV. Análise crítica do julgado. Referências.

## I. INTRODUÇÃO

O presente julgado teve – como objeto – a discussão acerca de possíveis irregularidades em contratação pública de patrocínio, que, supostamente, teria ocorrido sem a observância de formalidades legais no tocante ao processo administrativo de inexigibilidade de licitação. Quanto a isso, a denúncia formulada pelo Ministério Público atribuiu ao denunciado o cometimento de crime previsto em art. 89 da Lei 8.666/93.

Cumprе ressaltar: tendo em vista a existência de foro por prerrogativa de função, o processo foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que restou determinado o seu desmembramento, para, assim, permanecer sob a jurisdição da Suprema Corte apenas a apreciação de imputação penal que pesava contra o denunciado eleito para o exercício de mandato de deputado federal.

## II. VOTO RELATOR

A relatoria do processo restou incumbida à responsabilidade da Excelentíssima Ministra Rosa Weber, que analisou a admissibilidade da acusação verificando, inicialmente: a materialidade delitativa, os indícios de autoria e o suporte probatório mínimo para fundamentar a descrição fática do *Parquet*. Isso levando em consideração o delito tipificado em artigo 89 da Lei 8.666/93, que, conforme elucidado pela Douta Julgadora, caracteriza-se por ser tipo penal misto alternativo a apresentar três condutas nucleares autônomas – *dispensar, inexigir e deixar de observar* – relacionadas aos procedimentos licitatórios.

Diante do preceituado, vislumbrando o apontamento do órgão acusador – qual seja: a de que o acusado deixou de observar formalidades legais relativas à inexigibilidade de licitação –, a relatoria ministerial reafirmou seu entendimento de que irregularidades pontuais inerentes às atividades burocráticas do Estado, por si só, não devem gerar criminalização de condutas, perante a possível ofensa ao bem jurídico tutelado em questão: o procedimento licitatório.

Ato contínuo, reafirmando o entendimento de que a figura delitiva suscitada é norma penal em branco, o voto relator fixou sua compreensão de que as formalidades supostamente afrontadas deveriam se referir às previsões do artigo 26 da Lei 8.666/93 – mais especificamente aquelas relacionadas aos incisos II e III, ou seja, razão de escolha e justificativa de preço. Ainda, em mesma linha de raciocínio, ressaltou que, quanto à ratificação da inexigibilidade pela autoridade superior, essa também detinha determinação legal quanto ao tocante de seu lapso temporal para cumprimento do ato – conforme demonstra o próprio *caput* do dispositivo de lei em questão.

A partir de então, a Douta Ministra Rosa Weber passou a expor sua argumentação direcionando foco para questões relacionadas à escolha do executante e a justificativa do preço, que, conforme preceituado por ela, levando em consideração principalmente a excepcionalidade dos procedimentos de inexigibilidade licitatória, deveriam apresentar rigorosa motivação para justificar não só o interesse da Administração Pública, mas igualmente a compatibilidade do preço contratado com os demais praticados em mercado.

Ato contínuo, no entendimento da Ministra, restou demonstrado em autos processuais que o gestor acusado teria fundamentado sua decisão em dois pareceres: um jurídico e outro técnico. Com relação ao segundo, a análise foi elaborada através da Diretoria de Marketing e Negócios do órgão público em questão, cuja determinação do entendimento se deu no sentido de ser – o patrocínio – uma forma apta ao atendimento das expectativas de divulgação pretendida, qual seja: o fortalecimento do turismo na cidade de Brasília.

Inclusive, conforme explicitado em razão do entendimento ministerial, a fundamentação da escolha de bloco específico ocorreu através de dados comparativos, todos aptos à demonstração da relação de custo benefício relacionado ao caso – por exemplo, explicitando preços relativos à veiculação de propaganda e as diferenças inerentes a tempo de exposição do marketing. Nesse sentido, com base em informações estritamente técnicas, ressaltou a Excelentíssima Rosa Weber, o parecer jurídico endossou a ideia de que fora demonstrado, mediante motivação oficial, o atingimento das exigências fixadas em artigo 26 da Lei de Licitações.

Assim, no entendimento do juízo, diante dos documentos apresentados, não seria possível verificar ilegalidade manifesta na conduta do gestor em relação à contratação direta. Isso porque estava em pauta, essencialmente, não as escolhas administrativas privativas do Executivo, mas, em verdade, a existência de argumentos legítimos para fundamentação das condutas do administrador, que, obrigatoriamente, deveriam estar amparadas pela esteira da legalidade administrativa – somente percebida em razão das provas carreadas em autos processuais.

Superadas as questões elencadas, verificando que as denúncias de falsificação documental não se dirigiam ao acusado em questão, o juízo passou a analisar a conduta de ratificação de inexigibilidade um dia após a consumação contratual. Conforme observou a Douta Ministra, a ordem cronológica para contratação direta exige a assinatura do contrato de forma anterior à ratificação do procedimento – isso em razão de ser – a ratificação – inequívoca condição de eficácia do contrato, nos termos do próprio artigo 26 da Lei 8.666/1993. Por conseguinte, mais uma vez na opinião ministerial, não existindo conduta atentatória ao Direito e, conseqüentemente, carecendo a denúncia de demonstração de tipicidade objetiva.

Enderençando seu voto aos argumentos finais, a Ministra Rosa Weber passou a direcionar sua investigação à necessidade de demonstração de existência de tipicidade subjetiva para tais denúncias. Asseverou que a inexistência de indicativo de conluio, ilegalidade manifesta ou desvio de finalidades, somados aos atos de gestão motivados através de orientações técnicas especializadas, em verdade, demonstram boa-fé presumida do gestor – inclusive, conforme decisões jurisprudenciais do próprio STF.

Em acordo com o prelecionado, o juízo fixou que, ao se basear em pareceres técnicos, no máximo, o gestor poderia incorrer em erro sobre a elementar do tipo, algo a impedir a tipificação criminosa da conduta – entendimento somente superável se, contrariamente, existisse provas a demonstrar ilicitudes decorrentes de atos conjuntos entre o gestor e os pareceristas, conforme frisou. Dessa forma, inexistindo indício de conluio, finalizou a Ministra, então ausente igualmente é o especial fim para agir – necessário à tipificação subjetiva do crime.

Finalmente, o voto relator fixou o entendimento de que o delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 exige o dolo genérico, bem como o especial fim de agir com o intuito criminoso – dolo específico de causar enriquecimento ilícito aos agentes e, ou, causar dano ao erário. Portanto, com fundamento em todo o elencado, a Excelentíssima Ministra Rosa Weber rejeitou a denúncia apresentada em face do gestor, ainda, ressaltando que o Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios apontou, por maioria de votos, a inexistência de irregularidades na contratação direta, objeto da denúncia.

Acompanharam o voto, sem objeções, os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux.

### III. VOTO DIVERGENTE

Os votos divergentes – e vencidos – foram proferidos pelos Exmos. Mins. Marco Aurélio e Alexandre de Moraes.