

PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO -TEORIA DO RISCO

DENISE CARDOSO MINERVINO

Brasília-DF
2008

PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO -TEORIA DO RISCO

Monografia apresentada após à conclusão do Curso de Pós-graduação “Advocacia Pública”, ministrado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, na Procuradoria-Geral do Distrito Federal, sob a orientação do professor Fulano de Tal.

DENISE CARDOSO MINERVINO

Brasília-DF
2008

Dedico este trabalho aos meus pais, JOSÉ MINERVINO DOS SANTOS e LÍGIA CARDOSO MINERVINO, e, aos meus filhos, VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE e FERNANDO MINERVINO QUINTIERE, pelo apoio, companheirismo, compreensão e presença constantes.

Homenageio ao professor e orientador
Fulano, pela maestria na arte de ensinar.

Agradeço aos meus professores e
colegas, pela troca de conhecimentos e
amizade;
A todos que de algum modo contribuíram
para o sucesso de mais essa etapa
acadêmica.

RESUMO

Este estudo tem como objeto de investigação a responsabilidade civil do Estado, entendida como a obrigação legal de ressarcir os danos causados a terceiros, por suas atividades. A Administração Pública realiza as atividades que lhe são próprias, através de seus agentes ou órgãos, de tal modo que a atividade administrativa, como ação do Estado, traduz-se nos atos administrativos praticados pelos agentes públicos. Por contingência natural, os agentes públicos são pessoas físicas no desempenho das atribuições de um cargo ou função, tornando concreta a atividade do Estado, podendo, eventualmente, provocar dano ao patrimônio de terceiros. Surge, desta forma, a responsabilidade civil do Estado pelo ressarcimento dos danos causados por seus agentes, tema remarcado por digressões profundas, sofrendo, no decorrer da evolução, expressiva transformação. Nem por isso o tema se mostra exaurido na sua complexidade, na medida do surgimento de novas dificuldades superadas as anteriores. O enfoque específico deste trabalho direciona-se para a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco, como resultado da evolução doutrinária e legal, reforçada pelos pretórios pátrios. O interesse é voltado, principalmente, à identificação da responsabilidade ressarcitória dos danos causados aos particulares em decorrências das atividades da Administração Estatal.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Administração Pública; Responsabilidade Civil do Estado; Teoria do Risco.

ABSTRACT

This study the civil liability of the State, understood has as inquiry object as the legal obligation to repay the actual damages third, for its activities. The Public Administration carries through the activities that it are proper, through its agents or agencies, in such way that the administrative activity, as action of the State, is expressed the administrative acts practised by the public agents. For natural contingency, the public agents are physical people in the performance of the attributions of a position or function, becoming concrete the activity of the State, being able, eventually, to provoke damage to the patrimony of third. It appears, in such a way, the civil liability of the State for the compensation of the actual damages for its agents, subject markdowned for deep digressões, suffering, in elapsing of the evolution, expressiva transformation. Nor therefore the subject if shows exaurido in its complexity, in the measure of the sprouting of new surpassed difficulties the previous ones. The specific approach of this work is directed for the objective responsibility of the State, established in the theory of the risk, as resulted of the doctrinal and legal evolution, strengthened for the native courts of law. The interest is come back, mainly, to the identification of the ressarcitória responsibility of the actual damages to the particular ones in results of the activities of the state administration.

Key-Words: *Constitucional Law; Administrative Law; Public Administration; Civil Liability of the State; Theory of the Risk.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 CONCEITO E TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.2 SÍNTESE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
1.3 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	20
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	22
2.1 RESPONSABILIDADE ESTATAL E SEUS FUNDAMENTOS	22
2.2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	28
2.2.1 Fase da irresponsabilidade: teoria da irresponsabilidade do Estado	29
2.2.2 Fase civilista: teoria civilista da culpa	32
2.2.2.1 Teoria dos atos de império e de gestão	33
2.2.2.2 Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva	36
2.2.3 Fase do direito público: teoria do risco	38
2.2.3.1 Teoria da culpa administrativa	40
2.2.3.2 Teoria do risco	43
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A TEORIA DO RISCO	45
3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	45
3.2 TEORIA DO RISCO	47
3.3 CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	55
3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO	58
3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS COMPORTAMENTOS COMISSIVOS E OMISSIVOS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

A primeira situação que se enaltece nesse estudo é a necessária colocação do tema no âmbito do direito administrativo e não mais a esfera do direito civil como outrora. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é problema de direito administrativo que apresenta outros fundamentos e justificativas não admitidos no direito civil.

A responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e origem de danos passíveis de serem por ele produzidos e apta a resguardar o patrimônio privado, contra os riscos ligados a ações e omissões estatais.

A responsabilidade civil do Estado é classicamente definida como a obrigação imposta ao Estado, de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem, causados por uma conduta comissiva ou omissiva dos agentes da Administração Pública, no desempenho de suas atribuições ou prevalecendo-se desta condição. O dever de ressarcir os danos decorre do prejuízo causado a alguém por um agente público, no uso de suas atribuições. Assim, como qualquer outro sujeito de direito, o poder público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, resultando a obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva de seus agentes.

Hodiernamente, a doutrina e jurisprudência reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir¹ as vítimas em virtude de comportamentos danosos do agente. No entanto, não foi sempre assim. O desenvolvimento histórico

¹ A doutrina italiana costuma reservar a palavra “indenização” para quando há debilitação, fazendo uso do termo “ressarcimento” para os casos de responsabilidade. Esta também é a justificativa para o uso contínuo do verbo “ressarcir” ao invés de “indenizar”, no decorrer deste estudo. Segundo Renato Alessi “se não há violação, mas apenas debilitamento, sacrifício de direito, previsto e autorizado pela ordenação jurídica, não está em pauta o tema ‘responsabilidade do Estado’”. Com efeito, não há que se falar em responsabilidade propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste, precisa e exatamente, em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém. Renato Alessi *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1997. p. 597 (grifos dos autor).

da teoria da responsabilidade do poder público por danos acompanhou a contínua evolução do próprio Estado, desde o Estado Absolutista, não havendo qualquer responsabilidade, até o Estado Contemporâneo, onde o dever de ressarcimento é indiscutível.

No cenário brasileiro, durante toda a vigência do Código Civil de 1916, apesar do texto constitucional de 1988, permaneceu entre os juristas mais conservadores o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado era baseada na culpa, em praticamente todas as hipóteses. Notadamente a partir do advento do Código Civil de 2002² e a quebra de paradigmas, com a decorrente aceitação, embora tardia, da constitucionalização dos direitos, notadamente do direito administrativo, a doutrina, com reflexos na jurisprudência, vem admitindo, embora permaneçam críticas, uma divisão da regência da responsabilidade civil do Estado: para os atos comissivos (quando pratica um ato que não se deveria efetivar), aplicar-se-ia o disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988³, e para os atos omissivos (quando não observa um dever de agir ou deixa de praticar certo ato que deveria ser realizado), a incidência seria a norma do artigo 43, do Código Civil de 2002⁴.

Alguns juristas sequer admitem essa dicotomia de regência, manifestando a opinião no sentido da sua desimportância, na defesa da ampla aplicação da responsabilidade objetiva do Estado com base na teoria do risco.

² A referência ao Código Civil de 2002 e não à Constituição Federal de 1988 se dá pelo fato de que embora a constitucionalização dos direitos foi implantada no sistema jurídico brasileiro desde 1988, os ranços do liberalismo e a resistência das doutrinas conservadoras permaneceram atuantes por longo período, sendo que a própria sociedade ainda mantém viva a noção de individualismo do século passado. Apenas nessa última década é que se vem conseguindo quebrar paradigmas romanistas, incutindo-se no ideário da população brasileira o sentido e o sentimento da função social do direito.

³ “Artigo 37: a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. Parágrafo 6º: 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 dez. 2007. p. 1).

⁴ “Artigo 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007. p. 1).

A responsabilidade civil do Estado caminha, modernamente, para uma extensão e alargamento dos casos de sua abrangência, de maneira a agasalhar, cada vez mais intensamente, os interesses coletivos *lato sensu*. Daí advém à importância do estudo da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado até os dias atuais, a caminho da teoria do risco, na forma como hodiernamente se apresenta.

Assim, cuida o presente estudo da responsabilidade civil do Estado de forma ampla, e especificamente da teoria do risco prevista na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no parágrafo 6º do artigo 37.

O objetivo mediato pretendido com esta pesquisa é entender as teorias e sua evolução, à estruturação sistemática do direito na forma prática, visando atender os postulados jurídicos, acompanhando o desenvolvimento na história, aplicando-se as normas jurídicas de maneira condizente com a realidade prática, para surtir os efeitos necessários à boa justiça: a satisfação espiritual.

A investigação é presidida pelo método dedutivo, e a técnica utilizada é bibliográfica e documental, por melhor atender aos objetivos propostos, ou seja, a identificação da responsabilidade ressarcitória dos danos causados aos particulares, em decorrência das atividades da Administração Estatal, buscando-se fundamentos na evolução histórica das teorias, até chegar-se à atual teoria do risco.

Para melhor sistematização do tema, divide-se o relatório em três capítulos. O primeiro capítulo apresenta o instituto da responsabilidade civil em geral, conceito, características e teorias da responsabilidade civil. No segundo capítulo trata-se, especificamente, da responsabilidade civil do Estado, analisando-a enquanto responsabilidade extracontratual, seus fundamentos e a evolução doutrinária ao longo da história, passando pela teoria da irresponsabilidade, da doutrina civilista, e, finalmente, das teorias publicistas. Por fim, o capítulo terceiro analisa a responsabilidade objetiva do Estado da forma como se apresenta na atualidade, ou seja, a superação da responsabilidade civil subjetiva para a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, que se confirma através da comprovação do nexo de causalidade, prevista no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988. Focalizam-se, também, as causas excludentes e atenuantes da

responsabilidade civil do Estado, não como diferenciadora entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, mas como indispensável para que se exteriorize tratamento não só aos particulares, como também ao poder público.

Ao final, as considerações derradeiras do trabalho.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONCEITO E TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil no direito brasileiro, em suas origens, foi baseada, em essência, na culpa, ou seja, para surgir o dever de ressarcir fazia-se necessária a comprovação da culpa pelo do dano causado. Com a evolução dos tempos e a maturidade doutrinária, a responsabilidade civil fundada na culpa passou a ser entendida, também, como decorrente do risco. No entanto, não foi destacado do contexto da responsabilidade civil a análise da culpa.

A palavra “responsabilidade” decorre do latim *responsabilitas*, de *respondere* (“designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo”⁵), que se traduz no verbo “responder”, e significa estar em condições de responder pelas próprias ações, ou seja, de justificar os motivos que o levaram a praticar determinado ato e responder pelos seus efeitos. A responsabilidade se embasa na concepção de que as ações sempre são apoiadas em motivos ou razões. No âmbito do direito, quando um indivíduo infringe uma de suas responsabilidades impostas pelo convívio social, regulado pela lei, deve responder pelo seu ato perante a justiça. Em termos gerais, “a responsabilidade é o dever jurídico, imposto a todos, de responder por ação ou omissão imputável que signifique lesão ao direito de outrem, protegido por lei”⁶.

A responsabilidade civil é aquela que impõe o dever de reparar o dano, isto é, a obrigação imposta para um indivíduo de ressarcir os danos que causou a alguém. Responsabilidade é, em essência, a obrigação que forma um vínculo entre um indivíduo perante o outro em decorrência de prejuízo causado⁷. Assim, pode-se definir a responsabilidade civil como a obrigação legal que uma pessoa tem de satisfazer ou reparar qualquer dano ou perda causada a um terceiro. Esse dever

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 9. ed., v. 7. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 28.

⁶ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999. p. 482.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 225.

recai sobre qualquer particular, profissional, comerciante, empresa ou atividade suscetível de ocasionar dano e prejuízos a terceiros. Na definição de Caio Mário da Silva Pereira:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõe o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano⁸.

Por sua vez, Maria Helena Diniz, com respaldo na doutrina de Álvaro Villaça Azevedo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Francisco dos Santos Amaral Net e Carlos Alberto Bittar, concebe a responsabilidade civil como a:

[...] aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa⁹.

Desta forma, a responsabilidade civil é a repercussão do dano civil onde não se cogita se o ato que causou o dano ao particular ameaça, ou não, a ordem social¹⁰.

Nestes termos, a responsabilidade civil é a situação de quem se encontra na obrigação de reparar as conseqüências danosas, resultantes de determinado ato, seu ou de terceiro, seja ou não por ele moralmente responsável. Daí a existência de várias teorias jurídicas sobre o fundamento da responsabilidade. Enquanto uma corrente opina que a responsabilidade consiste em responder; outro entendimento estabelece a responsabilidade como uma das causas do dever de reparação, devido a um ato culposos do agente; outros, ainda, a vêem, não como mera questão de culpabilidade, mas como forma de reparar o prejuízo causado, trazendo um equilíbrio de direitos e interesses.

Em termos genéricos, no entanto, o conceito não assume nenhum compromisso com as duas correntes que disputam as preferências: a teoria

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 8.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁰ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 49.

subjetiva da culpa e a teoria objetiva da responsabilidade sem culpa. A rigor, elas se completam e convivem pacificamente, visando o mesmo objetivo: a reparação do dano¹¹. Por isso que, para Caio Mário da Silva Pereira, não são duas espécies diferentes de responsabilidade civil, mas maneiras diversas de encarar a obrigação de reparar o dano¹².

Serpa Lopes define a responsabilidade como sendo “a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por circunstância meramente objetiva”¹³.

René Savatier apresenta sua definição, a qual está fundada na “obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por um fato seu, ou pelo fato de pessoas ou das coisas dependentes dela”¹⁴. Em termos semelhantes Philippe Malaurie¹⁵ assim conceitua: “a responsabilidade civil é uma obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra”.

Alguns doutrinadores sintetizam o conceito de responsabilidade civil transferindo sua noção abstrata para uma configuração concreta de quem seja o responsável, afirmando que “uma pessoa é civilmente responsável quando está sujeita a reparar um dano sofrido por outrem”¹⁶. Contenta-se em afirmar Marcel Planiol¹⁷ que “obrigação de reparar é uma obrigação legal que nasce da culpa cometida”.

Apesar das variadas definições de responsabilidade civil, o certo é que não existem mais discussões quanto à sua aceitação. Não importa a filiação histórica ou a concepção ideológica; todos os entendimentos concebem o princípio da responsabilidade civil como fonte obrigacional, onde o causador do dano deve repará-lo. Porém, em relação ao fundamento da responsabilidade civil, ainda há controvérsias. De maneira geral, os autores agrupam-se em campos antagônicos ao desenvolverem a fundamentação do princípio da responsabilidade civil, distribuindo-

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 10.

¹² RODRIGUES, Sílvio. *Idem, ibidem*, p. 9;10.

¹³ Serpa Lopes *apud* DINIZ, Maria Helena Diniz. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁴ René Savatier *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁵ Philippe Malaurie *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁶ Henri Mazeaud e Leon Mazeaud *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁷ Marcel Planiol, Georges Ripert e Jean Boulanger *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 9.

se nas duas teorias que se combatem: de um lado, a doutrina subjetiva ou teoria da culpa, os que defendem e mantêm estrita fidelidade à teoria da responsabilidade subjetiva; de outro, a doutrina objetiva que abstrai a culpa e se encontra mais precisamente na teoria do risco¹⁸. Também existem aqueles que admitem ambas as teorias. Na concepção de Rui Stoco “tenha-se por fim, que, hoje, a conciliação das duas correntes tem como defensores os mais ilustres doutrinadores”¹⁹.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, independentemente das teorias que procuraram explicar a responsabilidade civil, todos os tipos ou espécies podem ser enquadrados na seguinte classificação: responsabilidade civil com culpa, responsabilidade civil transubjetiva (responsabilidade por atos de terceiros ou coisas) e responsabilidade civil objetiva. Segundo seu entendimento, na primeira espécie, o estado de culpa é requisito essencial, sem a qual não há ilícito nem se poderá atribuir responsabilidade a alguém pelo dano causado. Na segunda tipologia, a culpa é irrelevante, pois no direito interessa atribuir responsabilidade a determinadas pessoas por ato ou fato de outrem ou por fato de coisas e animais. Na terceira classe, basta ter o dano para imputação da responsabilidade a quem deva suportar o ônus da indenização²⁰.

1.2 SÍNTESE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No antigo direito romano, conheceu-se o delito (*furtum*, *noxia* e *iniuria*) como fato genérico da responsabilidade²¹. Contudo, nessa fase, quando as relações dos povos romanos eram regidas, basicamente, pela Lei das LVII Tábuas²², prevalecia à vingança privada e a chamada “justiça do talião”²³, conhecida como “olho por olho, dente por dente, vida por vida”, ou seja, a uma ação ofensiva só podia corresponder

¹⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. 12. ed., v. 4. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 10.

¹⁹ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 62.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 128.

²¹ André E. Giffard *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 2.

²² A Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecimarum Tabularum*) foi adotada em Roma por volta de 425 a.C. Esta lei resultou da luta por igualdade levada a cabo pelos plebeus em Roma.

²³ A lei do talião é a justiça do aparelhamento, ou seja, a pena correspondente ao crime, tal e qual. Não se trata de nome próprio, por isso se escreve com inicial minúscula.

uma ação defensiva igual, contra o ofensor. Nessa fase da vingança privada, sequer se pensava na idéia de culpa.

Num estágio mais avançado da era romana, surge a *Lex Aquilia* (286 a.C), por meio da qual ficou estabelecido o princípio geral da reparação do dano baseado no elemento subjetivo da culpa, contra o até então conhecido objetivismo vingativo do direito antigo²⁴. Pode-se dizer que a mais significativa evolução do instituto da responsabilidade civil, em Roma, ocorreu com a *Lex Aquilia*, escrita com base no princípio geral regulador da reparação do dano, e que deu origem à denominação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual, ou seja, a chamada “responsabilidade civil aquiliana”. A *Lex Aquilia* (século III a.C.) substituiu a retribuição do mal pelo mal por pena pecuniária²⁵. O regime da *Lex Aquilia* promoveu verdadeira sistematização, ao estabelecer um princípio geral da reparação do dano, introduzindo o elemento subjetivo da culpa²⁶: *in Lege Aquiliaet levissima culpa venit*²⁷.

Essa definição de responsabilidade civil fundada na culpa sobreviveu por longo período, resultando reforçada no texto do Código de Napoleão (Código Civil Francês de 1804), que acabou refletindo no direito interno de diversas nações. O referido Código, idealizado a partir da Revolução Francesa, em essência inseriu a noção de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa extracontratual, cujos conceitos inspiraram as legislações de todo o mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916, como, por exemplo, o antigo artigo 159, *in verbis*:

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 3.

²⁵ BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil**. In: *Jus Navegandi*, Teresina, ano 8, nº 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 17 dez. 2007. p. 1.

²⁶ Ressalta-se aqui, para efeitos meramente didáticos, a diferenciação das categorias “dolo” e “culpa”. O dolo caracteriza-se pela intenção de prejudicar ou fraudar um outro (vontade livre e consciente). Diferencia-se da culpa porque no dolo o agente tem a intenção de praticar o fato e produzir determinado resultado (má-fé). Na culpa, o agente não possui a intenção de prejudicar o outro, ou produzir o resultado (não há má-fé). A culpa se refere à responsabilidade dada à pessoa por um ato que provocou prejuízo material, moral ou espiritual a si mesma ou a outrem. O processo de identificação e atribuição de culpa pode se dar no plano subjetivo (sentimento que se apresenta à consciência quando o sujeito avalia seus atos de forma negativa, sentindo-se responsável por falhas, erros e imperfeições) ou objetivo (atributo que um grupo aplica a um indivíduo, ao avaliar os seus atos, quando esses atos resultaram em prejuízo a outros ou a todos) (WIKIPÉDIA, a Enciclopédia Livre. **Dolo e Culpa**. [s.d.]. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 17 dez. 2007. p. 1).

²⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. p. 30.

Artigo 159: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1.518 a 1.532 e artigos 1.537 a 1.553²⁸.

Mais adiante o artigo 1.056 previa que, *in verbis*: “não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”. Os artigos 1.282 e 1.383 expressavam que, *in verbis*:

Artigo 1.382: o sócio preposto à administração pode exigir da sociedade, além do que por conta dela despender, a importância das obrigações em boa-fé contraídas na gerência dos negócios sociais e o valor dos prejuízos, que ela lhe causar. Artigo 1.383: o sócio investido na administração por texto expresso do contrato pode praticar, independentemente dos outros, todos os atos, que não excederem os limites normais dela, uma vez que proceda sem dolo. Parágrafo 1º: os poderes, que exercer, serão irrevogáveis durante o prazo estabelecido, salvo causa legítima superveniente. Parágrafo 2º: se foram conferidos, porém, depois do contrato, serão revogáveis como os de simples mandato. Parágrafo 3º: também serão revogáveis, em qualquer tempo, os dos diretores ou administradores de sociedade de qualquer espécie, ainda que nomeados nos respectivos contratos, ou estatutos, se não forem sócios (Código Civil de 1916).

Vê-se que na reparação civil, o legislador civil de 1916 fez predominar o conceito de culpa, que por sua elasticidade permitia a extensão suficiente para enfrentar as situações do comércio jurídico da época²⁹. Porém, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por esvaziar a teoria da responsabilidade civil e impulsionar a idealização de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas, casos em que a teoria da culpa não conseguia oferecer solução satisfatória. Este contexto favoreceu o surgimento da teoria do risco, que representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido e todo dano deve ter um responsável. Aos poucos foi tomando forma à teoria da responsabilidade civil objetiva também no Brasil³⁰.

Assim, a obrigatoriedade da reparação civil aflora, no processo histórico, como um primado que assume a condição de princípio informador do próprio conteúdo do direito, “ínsito na consciência dos povos como uma das manifestações

²⁸ BRASIL, Legislação. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/1916_lei_003071_cc/cc.htm>. Acesso em: 17 dez. 2007. p. 1.

²⁹ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 35-6.

³⁰ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 61.

básicas e necessárias para a preservação da harmonia social e a consecução dos fins individuais visados pelos componentes da coletividade”³¹.

Atualmente a responsabilidade civil pode se apresentar, quanto à natureza da norma violada, sob três aspectos: moral, civil e criminal³². Na dimensão moral, não haverá responsabilidade jurídica se a violação de um dever não acarretar dano; já a responsabilidade jurídica apresenta-se quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social que essa norma visa manter³³; por fim, a responsabilidade civil consiste na “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo [dano moral ou material] causado a outra por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”³⁴.

O direito positivo brasileiro em vigor reconhece tanto a responsabilidade subjetiva (fundada na culpa), quanto à responsabilidade objetiva (independente de culpa). Por exemplo, sintetizando a doutrina de Marcelo Silva Britto³⁵, extrai-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no seu artigo 37, parágrafo 6º, que, *in verbis*: “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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Seguindo este mesmo pensar, o legislador do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), editou o artigo 12, com a seguinte redação, *in verbis*:

Artigo 12: o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos³⁶.

³¹ MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. **A reparação do dano moral no direito civil**. Trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina de Direito Civil na Constituição do Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Gustavo Tepedino. 2º semestre de 1995. p. 53.

³² DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 15.

³³ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 49.

³⁴ René Savatier *apud* RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 08.

³⁵ BRITTO, Marcelo Silva. *Op. cit.*, p. 1.

³⁶ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2007. p. 1.

O legislador civil de 2002, no parágrafo único do artigo 927, consagrou a cláusula da responsabilidade civil objetiva, sem, no entanto, desprezar a relevância do estudo da culpa na responsabilização civil.

Em estudo comparativo entre o Código Civil, de 1916 e o atual, no que diz respeito à responsabilidade civil, constata-se que o Código Civil de 1916 trazia a culpa ou dolo do agente como pressuposto ou elemento essencial da responsabilidade civil (considera-se culpa a falta de diligência por parte do agente causador do dano; dolo quando existe à vontade de cometer uma violação de direito), no entanto, a partir do Código Civil, de 2002, já não se admite que a responsabilidade civil está sempre interligada à culpa. A responsabilidade subjetiva já não é a regra, mas a exceção. Dessa forma, a culpa “não é um elemento essencial, mas accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade”³⁷. Significa dizer que a culpa deixou de ser elemento essencial para a responsabilização civil, mas ainda permanece a possibilidade de responsabilidade civil subjetiva.

Em suma, existem duas teorias da responsabilidade civil: a teoria da responsabilidade civil objetiva e a teoria da responsabilidade civil subjetiva, porém, uma não exclui a outra e posicionar-se de um lado ou de outro não é a melhor solução para resolver eventuais conflitos quando da responsabilidade civil por danos, sejam eles materiais e/ou morais. É na interpretação da lei abstrata quando da sua aplicação ao caso concreto que se devem buscar os fundamentos de uma ou outra teoria, sempre no sentido de promover a justiça e evitar lesões aos direitos tanto do causador do dano quanto da vítima, tendo como norte, sempre, o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

É que aos poucos a teoria da responsabilidade civil sem culpa, ou objetiva, foi ganhando espaço. Atualmente, em suma, o Código Civil de 2002 acolhe a responsabilidade objetiva como regra geral, como se depreende, por exemplo, do

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 3. ed. rev. ampl. e atual., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 28.

artigo 927 e parágrafo único³⁸, dentre outros; porém, não descarta a incidência da responsabilidade civil subjetiva, só que agora não mais como princípio geral.

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Obviamente que é importante conhecer o instituto da responsabilidade civil, suas teorias e evolução, principalmente porque a responsabilidade do Estado deita suas origens no direito civil. Contudo, ressalte-se que os primados que orientam a responsabilidade do Estado são do direito administrativo.

De acordo com José de Aguiar Dias, “a responsabilidade civil do Estado é matéria de direito administrativo”. Todavia, Gustavo Teppedino defende opinião diversa, sustentando que os que enquadram a responsabilidade do Estado no âmbito do direito administrativo assim o fazem por “mero equívoco metodológico, que reduz gradativamente a amplitude temática do direito civil”³⁹.

Rui Berford Dias, atualizador da clássica obra de José de Aguiar Dias, prefere a justificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, nos seguintes termos:

[...] originalidade da responsabilidade pública: um dos pilares do moderno direito constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo. Sem embargo, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas. As funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. As condições em que podem ocasioná-los também são distintas⁴⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello prossegue afirmando que “a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica”, ou porque “os deveres públicos do Estado o

³⁸ “Artigo 927: aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Código Civil de 2002).

³⁹ Gustavo Teppedino *apud* DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 772, nota 900.

⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 772, nota 900.

colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o direito ou omitir-se em sua missão própria”, ou porque o Estado “dispõe do uso normal de força”, ou, ainda, “seu contato unímido e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica”⁴¹.

Essa posição doutrinária se justifica em razão de “o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos”⁴².

Outrossim, ressalte-se que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas, eis que “é o próprio poder público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade do seu relacionamento com os membros do corpo social”⁴³.

Conclui-se, portanto, juntamente com José de Aguiar Dias, que não se pode aceitar a idéia já obsoleta de que a responsabilidade civil do Estado é assunto de direito civil. Defende-se que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é problema do direito administrativo, porque apresenta outros fundamentos e justificativas não admitidas na legislação privada. Também não se pode censurar a inserção do tema na Constituição Federal de 1988, eis que o Código Civil não se destina para além da normatização de relações de direito privado⁴⁴.

⁴¹ Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 772, nota 900.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 772, nota 900.

⁴³ *Ibid*, p. 772, nota 900.

⁴⁴ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 772-3.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 RESPONSABILIDADE ESTATAL E SEUS FUNDAMENTOS

No Estado Democrático de Direito brasileiro, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988⁴⁵, “a pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, “responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, ou seja, tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas são obrigadas a ressarcir os prejuízos causados a outrem. Nesse sentido seguiu o legislador do Código Civil de 2002, nos termos do artigo 43:

Artigo 43: as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo (Código Civil de 2002).

Desta feita, o Estado, pessoa jurídica de direito público, não foge à regra, tendo a obrigação legal de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades, contudo, a responsabilidade civil do Estado é regida por princípios próprios, tendo em vista que “os danos que causa advém do desempenho de funções que visam atender a interesses da sociedade, não sendo justo que somente algumas pessoas sofram com o evento lesivo oriundo da atividade exercida em benefício de todos”⁴⁶.

Nesse momento importa fazer referência, aunque breve, à responsabilidade extracontratual, com o intuito de restringir o tema, cujo objetivo consiste, especificamente, na análise teórica dessa modalidade de responsabilidade civil do

⁴⁵ “Parágrafo 6º: 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Constituição Federal de 1988).

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 428.

Estado, ficando excluída a responsabilidade contratual que se rege por princípios peculiares e específicos. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade⁴⁷.

Segundo Carlos Alberto Bittar, José de Aguiar Dias, Maria Helena Diniz, dentre outros juristas, a responsabilidade civil quanto ao fato gerador pode ser contratual ou extracontratual. A “responsabilidade contratual” decorre da inexecução contratual, ou seja, de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, isto é, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. Esta obrigação de indenizar está prevista nos artigos 389⁴⁸, 392⁴⁹ e 393⁵⁰, do Código Civil de 2002⁵¹. Por sua vez, é chamada de “responsabilidade extracontratual ou aquiliana”, se resultante da violação de um dever geral de abstenção pertinente aos direitos gerais ou de personalidade - inadimplemento normativo, visto que não há vínculo anterior entre as partes por não estarem ligadas por uma relação obrigacional. A fonte desta responsabilidade é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica⁵².

Sílvio Rodrigues atenta para o fato de que muitos doutrinadores entendem a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual como responsabilidades de igual natureza, não havendo porque discipliná-las

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 500.

⁴⁸ “Artigo 389: não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (Código Civil de 2002).

⁴⁹ “Artigo 392: nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei” (Código Civil de 2002).

⁵⁰ “Artigo 393: o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único: o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (Código Civil de 2002).

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 92-4.

⁵² Por exemplo: “artigo 949: no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (Código Civil de 2002).

separadamente⁵³. É nesse sentido a opinião de José de Aguiar Dias, para quem as soluções são idênticas para os casos de responsabilidade civil tanto no aspecto contratual como extracontratual. Defende que a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se pelos mesmos princípios, porque a idéia de responsabilidade é uma⁵⁴.

Nas explicações de Sílvio Rodrigues, a responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, isto é, precisa da preexistência de uma obrigação, existindo entre o inadimplente e seu co-contratante um vínculo jurídico derivado de uma convenção. Por sua vez a responsabilidade extracontratual é aquela resultante de violação de um dever legal de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade. Assim sendo, numa e noutra, há de estar presente à contravenção a uma norma, por isso, apresentam pontos distintos somente referente à matéria de prova e à extensão das diferenças, ou seja, apenas nos aspectos incidentais⁵⁵.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a evolução do direito assinala à superação da distinção entre a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual, nascendo em seu lugar um sistema unitário de reparação com fundamento no equilíbrio material de posições jurídicas, ou princípio da equivalência. Em outra vertente, desenvolve a consciência de que a reparação integral do dano deve ser perseguida, pouco importando sua origem negocial ou extranegocial, situação que, para o citado autor, acabou por “extinguir a dualidade ora existente”⁵⁶.

Seja como for, o certo é que no âmbito do Estado, de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, a responsabilidade civil é extracontratual, definida como a obrigação que incumbe ao Estado de “reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhes sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou

⁵³ RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 8.

⁵⁴ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 131 e ss; p. 564.

⁵⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 8.

⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 134.

omissivos, materiais ou jurídicos”⁵⁷. Deste entendimento coaduna Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando afirma:

[...] a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos⁵⁸.

Aldo Bozzi, conceituando a responsabilidade da Administração Pública e assinalando seus elementos, explica: “quando um ato, operação ou comportamento, exercidos por um sujeito da Administração Pública, determinaram injusta e diretamente um evento danoso na esfera de terceiros, a Administração Pública é obrigada ao ressarcimento dos danos”⁵⁹. No entender de Hely Lopes Meirelles:

A responsabilidade civil da Administração Pública⁶⁰ é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal⁶¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que “quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa”. Porém, a menção mais freqüente é sobre a responsabilidade decorrente dos comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos demais poderes (Legislativo e Judiciário) essa responsabilidade tem incidência apenas em casos excepcionais⁶².

⁵⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira *apud* DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 428.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 501.

⁵⁹ Aldo Bozzi *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61.

⁶⁰ Hely Lopes Meirelles prefere a designação “responsabilidade civil da Administração Pública” ao invés de “responsabilidade civil do Estado”, justificando que “em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração Pública e não de atos do Estado como entidade política”. Explica que “os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil”. Diante disso, entende como mais próprio falar-se em “responsabilidade da Administração Pública”, ao invés de “responsabilidade do Estado”, vez que é do ativismo administrativo dos órgãos públicos e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 555). Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que “trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 500). Nesse estudo opta-se pela tradicional expressão “responsabilidade civil do Estado”.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 555.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 500.

Contudo, seja provinda de qualquer dos poderes estatais, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica de direito público, já que é este quem detém a capacidade jurídica⁶³.

Atualmente não existem dúvidas de que o Estado pode causar prejuízos aos seus administrados, por meio de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, razão pela qual o ordenamento jurídico encarregou-se de obrigar o Estado a ressarcir tais danos. A responsabilização legal do Estado por danos causados aos seus administrados tem como fundamento garantir uma justa repartição dos ônus “decorrentes do evento danoso, evitando que uns suportem prejuízos oriundos de atividades desempenhadas em *prol* da coletividade”⁶⁴. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

Funda-se a responsabilidade estatal, portanto, no princípio da isonomia, logo, deve haver igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos, pois, se em razão de atividade administrativa somente alguns particulares sofrerem danos especiais e anormais, isto é, que não são comuns da vida social, haveria um desequilíbrio na distribuição dos ônus públicos se somente eles suportassem o peso daquela atividade. Daí a imprescindibilidade de se restabelecer o equilíbrio, ressarcindo os lesados à custa dos cofres públicos. Conseqüentemente, ficará a cargo do Estado a obrigação de indenizar dano acarretado pelo funcionamento do poder público, evitando-se que se onere alguns cidadãos mais do que outros⁶⁵.

Ao tratar do tema, José Joaquim Gomes Canotilho pontua que:

Os particulares lesados nos seus direitos, designadamente nos seus direitos, liberdades e garantias, por acções ou omissões de titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício, podem demandar o Estado - “responsabilidade do Estado” -, exigindo uma reparação dos danos emergentes desses actos. No âmbito de protecção do artigo 22º, da Constituição da República Portuguesa⁶⁶, incluem-se seguramente acções de responsabilidade contra a Administração Pública por actos “ilícitos” (acções ou omissões) dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes, sejam eles “actos jurídicos” (actos administrativos) sejam “actos materiais” (erro de diagnóstico de um médico, uso de armas de fogo, buracos e valas na via pública sem sinalização). Não é líquido, mas

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 500.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 427.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 427.

⁶⁶ “Artigo 22º - responsabilidade das entidades públicas: o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem” (*sic*) (PORTUGAL, Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**: sétima revisão constitucional - 2005. Aprovada em 02 de abril de 1975, em vigor desde 25 de abril de 1976. *In: Portal do Governo*. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/>. Acesso em: 14 ago. 2007. p. 1).

propende-se para a solução positiva, se o preceito referido compreende a responsabilidade da Administração Pública por actos lícitos (*sic*)⁶⁷.

Significa dizer que o Estado Democrático de Direito impõe a responsabilidade estatal pelos danos causados a terceiros. Obviamente que não são incluídos na seara da responsabilidade civil do Estado as hipóteses em que a norma jurídica permite à Administração Pública “investir diretamente contra o direito de terceiro, sacrificando seu interesse, convertendo-o em correspondente expressão patrimonial, como sucede, por exemplo, no caso da desapropriação”⁶⁸.

O Estado, como pessoa jurídica, não tem vontade nem ação próprias, manifestando-se por intermédio de pessoas físicas que atuam como agentes públicos, desde que revestidos desta condição⁶⁹. Esses agentes estatais, prepostas no desempenho de funções públicas, decidem ou realizam atividades da alçada do Estado. Assim sendo, “a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado, por isso tal relação é orgânica”, o que significa dizer que “o que o agente público quiser ou fizer entende-se que o Estado quis ou fez”. Nesse pensar, “nas relações externas não se considerará se o agente obrou ou não, de acordo com o direito, culposa ou dolosamente, pois só importará saber se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal”⁷⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público funda-se, nas suas relações com os administrados, na teoria do risco, em razão de comportamentos comissivos danosos, caso em que será objetiva (artigo 36, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988⁷¹) e na teoria da culpa, que se caracteriza pela falta impessoal de serviço público, isto é, por atos omissivos lesivos a terceiros, hipótese em que será subjetiva (artigo 43, do Código

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 508 (grifos do autor).

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 428.

⁶⁹ Incluem-se as pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, as de direito privado que desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas ou implícitas (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 428).

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 428.

⁷¹ “Parágrafo 6º: 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Constituição Federal de 1988).

Civil de 2002⁷²), visto que o direito de regresso da pessoa jurídica de direito público contra o agente faltoso está condicionado à conduta culposa ou dolosa deste. Nesse sentido:

Teoria do risco e responsabilidade objetiva: por essa teoria cabe indenização estatal de todos os danos causados, por comportamentos dos funcionários, a direitos de particulares. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, bastando a comprovação da existência do prejuízo a administrados. Mas o Estado tem ação regressiva contra o agente, quando tiver havido culpa ou dolo deste, de forma a não ser o patrimônio público desfalcado pela sua conduta ilícita. Logo, na relação entre poder público e agente, a responsabilidade civil é subjetiva, por depender da apuração de sua culpabilidade pela lesão causada ao administrado⁷³.

Os prejuízos causados a terceiros, em virtude de ação ou omissão do agente e que ensejam a responsabilidade do Estado, tem longa história no campo do direito. A compreensão do tema em investigação exige a análise da evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado.

2.2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A evolução do direito, até a adoção do princípio da responsabilidade civil do Estado, desenvolveu-se, segundo Paul Duez, da seguinte forma:

a) numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração Pública é considerada como entrave perigoso à execução dos seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do poder público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários; c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo⁷⁴.

⁷² “Artigo 43: as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo” (Código Civil de 2002).

⁷³ FIUZA, Ricardo (coord.); *et alli*. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54.

⁷⁴ Paul Duez *apud* CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 17.

O processo construtivo do conceito de responsabilidade civil do Estado perpassa, desse modo, pelo menos três fases: fase da irresponsabilidade (teoria da irresponsabilidade do Estado); fase civilista (teoria da culpa) e fase do direito público (teoria do risco), “nitidamente caracterizadas pelo regime dominante em cada uma⁷⁵”, ou seja, Estado Absolutista, Estado Liberal e Estado de Direito Democrático.

2.2.1 Fase da irresponsabilidade: teoria da irresponsabilidade do Estado

A teoria da irresponsabilidade estatal, também conhecida pelos nomes de “feudal”, “regalista” ou “regaliana”, de *regalis* = rei, prevaleceu na época dos Estados despóticos ou absolutos em que vigorava o princípio incontestável: *the King can do no wrong* (o rei não erra), *quod principi placuit habet legis vigorem* (o que agradou ao príncipe tem força de lei) e *L'État c'est moi* (o Estado sou eu). O Estado é infalível, não comete erro e esta “infalibilidade do chefe transmitia-se a seus funcionários”⁷⁶. Daí a exclusão da responsabilidade.

Dentro da concepção política do Estado Absoluto, não se podia conceber a idéia de reparação de danos causados pelo poder público, pois não se admitia a constituição de direitos contra o Estado Soberano, sendo que a responsabilidade pecuniária do poder público era considerada, pelos defensores desta teoria, como obstáculo à liberdade dos serviços.

Os administrados tinham à sua disposição apenas a ação ressarcitória contra o causador do dano, que deveria ser submetida à autorização do Estado e ainda ficavam expostos à insolvabilidade do agente.

Para se ter idéia da concepção da teoria da irresponsabilidade, *mister* se faz citar a seguinte comparação feita por José Cretella Júnior:

Enquanto a “responsabilidade civil” ou “patrimonial”, no campo jurídico, consiste na obrigação imposta, em certas condições, ao autor de um prejuízo, de reparar este prejuízo, quer em natural, quer em seu equivalente, a *contrario sensu*, a “irresponsabilidade jurídica” consiste, precisamente, no

⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 784.

⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 61.

“estado de intangibilidade”, característico da entidade que causa danos, mas que, por qualquer motivo, não é obrigada a repará-lo. Opõe-se, desse modo, a “responsabilidade” à “irresponsabilidade”⁷⁷.

Em outras palavras, enquanto a responsabilidade é o dever jurídico que incumbe a um sujeito de ressarcir o dano ocasionado a outrem, com violação da esfera jurídica deste último, a irresponsabilidade jurídica é a condição toda especial de uma pessoa, física ou jurídica, e, por qualquer motivo, tem a condição de eximir-se do dever jurídico de reparar o dano que, direta ou indiretamente, causou a terceiro.

O conceito de irresponsabilidade do Estado encontrou numerosos defensores, cujas razões se baseavam ou no caráter ético e jurídico, sob o argumento de que o Estado nunca pode editar atos ilícitos; também na função legislativa do Estado, que seria incompatível com qualquer atividade contrária ao direito e à legalidade; ainda no caráter publicístico da personalidade do Estado, o que impediria que se sujeitasse ao princípio da responsabilidade por dano, pertencente ao direito privado⁷⁸.

Em suma, segundo Yussef Said Cahali a teoria da irresponsabilidade estatal se funda nos seguintes argumentos:

a) quando o Estado exige a obediência de seus súditos, não se faz para fins próprios, mas, justamente, para o bem dos mesmos; logo, de semelhante ato não lhe pode advir qualquer responsabilidade; b) não se justifica a ficção de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do Estado e que, em conseqüência, os atos destes devam ser tidos como atos do Estado; este só é representado pelo chefe do governo; c) as relações jurídicas do mandato não podem ser aplicadas por analogia aos servidores do Estado, como se tem pretendido; d) a obrigação de indenizar tira, em regra, a sua razão de ser de uma culpa; ora, da escolha do funcionário só pode caber culpa ao Estado quando a pessoa nomeada for, sabidamente, indigna ou incapaz; semelhante culpa não pode ser absolutamente derivada do caráter representativo que tem o funcionário em relação ao Estado; Estado e funcionário são sujeitos diferentes, e por isso a culpa do funcionário não é culpa do Estado; e) o funcionário, seja agindo fora dos limites de seus poderes, ou sem a forma legal imposta à sua ação, ou mesmo abusando dela, não obriga com seu ato o Estado, porque não o representa; f) o Estado não pode prestar contra a sua própria autoridade⁷⁹.

⁷⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 60-1.

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 61-2.

⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 17-8.

Assim, apesar de tudo, existe “quem se obstine em defendê-la”⁸⁰, cujos argumentos são:

Primeiro: o Estado, por ser uma pessoa moral, ou uma ficção legal, não tem vontade efetiva; segundo: como o Estado, pessoa jurídica, age por intermédio de seus funcionários, não se entende que queira praticar atos ilícitos. Se os representantes legais os praticam, é a eles, e não ao Estado, que a responsabilidade cabe; terceiro: não se supondo que os funcionários sejam autorizados a agir fora da lei, quando o fazem, subentende-se que agem fora de sua qualidade e não há atribuir responsabilidade ao Estado⁸¹.

Contudo, Guimarães Menegale refuta essas proposições, expondo que:

Primeiro: a teoria da ficção legal, aliás, abandonada, não fundamenta a irresponsabilidade do Estado, cuja vontade autônoma se pressupõe; segundo: é aplicável ao Estado o princípio geral da *culpa in eligendo* e *in vigilando*; terceiro: se o Estado é sujeito de direitos, também o é de obrigações. A esses conceitos, que reputamos exatos, nada temos que objetar. Apenas acrescentaremos que, do nosso ponto de vista, para o qual o mecanismo da responsabilidade civil visa, essencialmente, à recomposição do equilíbrio econômico desfeito ou alterado pelo dano, a idéia da culpa não é elemento necessário no reconhecimento da obrigação de reparação. Assim, como afirma Paul Duez, com quem nosso acordo é completo, lia poder público pode, às vezes, ser declarado responsável independentemente de culpa do serviço público⁸².

De acordo com Jose de Aguiar Dias, a teoria da irresponsabilidade estatal tem como noção de fundo o Estado Absolutista. Lembra que:

Paul Duez assinala, por exemplo, que, já vigente Constituição do ano VIII, os particulares não tinham à sua disposição senão procedimento fundado na responsabilidade pecuniária pessoal dos agentes perante os tribunais judiciários. Acrescenta que a autorização para a demanda era manejada como processo governamental e que, freqüentemente, como hoje, o funcionário era insolvável⁸³.

Se no domínio do Estado Absoluto, negou-se a responsabilidade do Estado, secularizada na regra da infalibilidade do Rei, atualmente a absoluta irresponsabilidade do Estado está proscrita⁸⁴.

⁸⁰ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 775.

⁸¹ Guimarães Menegale *apud* DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 775.

⁸² *Idem, ibidem*, p. 776.

⁸³ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 784.

⁸⁴ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Yussef Said Cahali, os últimos países a abandonar a teoria da irresponsabilidade estatal foram os Estados Unidos da América em 1946 e a Inglaterra em 1947. Já José Cretella Júnior dispõe que “embora apresente resquício numa ou noutra legislação, como a mexicana, que consagra a responsabilidade direta do funcionário, e só, subsidiariamente, a do Estado (Código Civil mexicano, artigo 1.928), a teoria da irresponsabilidade do Estado está destinada a desaparecer”, dando a entender que ainda não está totalmente superada (CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 62); “Artículo 1928: *el Estado tiene obligación de responder de los danos causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les esten encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y solo podra hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario*

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade do Estado nunca foi acolhida; “mesmo não havendo normas legais expressas, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram aquela orientação”⁸⁵. Conforme José Dias de Aguiar, “a irresponsabilidade do Estado, é possível dizê-lo com absoluta segurança, é doutrina destinada a desaparecer”⁸⁶.

2.2.2 Fase civilista: teoria civilista da culpa

Ao admitir-se, inicialmente, a responsabilidade do Estado, adotavam-se os princípios do direito civil apoiados na idéia da culpa “daí falar-se em teoria civilista da culpa”⁸⁷. Muito embora alguns administrativistas tentem negar a participação da teoria civilista na constituição da teoria da responsabilidade do Estado, o fato é que resultou importante ao seu desenvolvimento, apresentando-se como grande opositora da teoria da irresponsabilidade absoluta. Nesse sentido, José de Aguiar Dias enfatiza que:

As idéias civilistas, ainda dominantes em várias legislações e defendidas principalmente pelo espírito conservador dos tribunais, têm em seu ativo o mérito inapreciável de haver aberto uma brecha no axioma da irresponsabilidade da Administração Pública e permitido a substituição, pela responsabilidade do patrimônio administrativo, mais substancial, da responsabilidade pessoal do agente, a mais das vezes ilusória⁸⁸.

Na evolução da doutrina civilista, primeiramente admitiu-se a teoria dos atos de império e de gestão. Posteriormente, em decorrência das dificuldades em dividir-se a personalidade do Estado, abandonou-se a distinção entre atos de império e de gestão, sem desapegar-se da doutrina civilista, eis que seus defensores permaneceram aceitando a responsabilidade do Estado demonstrada a culpa,

directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del dano causado” (MÉXICO, Legislação. **Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal**. Disponível em:

<<http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-libro4.html>>. Acesso em: 17 dez. 2007. p. 1).

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 505.

⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 775.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 502.

⁸⁸ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 784-5.

dando nova roupagem à teoria civilista, agora sob denominação de “teoria da culpa civil” ou da “responsabilidade subjetiva”.

Admitia-se, ora o “Estado procede na qualidade de ‘pessoa-pública’, no exercício do poder soberano, e pratica atos em virtude do seu *imperium*, ora age como ‘pessoa-civil’, assemelhando-se ao indivíduo na gestão de seu patrimônio”⁸⁹. No primeiro caso, prevaleceria a imunidade do Estado, no segundo este sujeitar-se-ia a reparar o dano causado, da mesma forma que qualquer particular.

Esta distinção de duas pessoas diferentes no Estado único, em que o Estado-Soberano colocava-se fora do direito civil, sendo que somente o Estado-Empresa estava a ele sujeito, era mais que uma construção teórica, pois gerava sérias dificuldades quando se cogitava de sua aplicação prática, com reflexo negativo na jurisprudência dos tribunais da época⁹⁰.

Por muito tempo permaneceram separados os dois campos; de um lado haveria a responsabilidade do Estado regida pelo direito público; de outro, a responsabilidade do particular sujeita ao direito privado.

2.2.2.1 Teoria dos atos de império e de gestão

Durante o período conturbado pelo qual passou a França, após a queda da realeza, o patrimônio móvel e imóvel do particular foi afetado. Mobiliário, casas, parques, jardins foram danificados pela revolta popular, impossível de ser controlada pelo poder público. Em consequência, inúmeras ações foram propostas contra a Administração Pública, responsabilizando-a civilmente, pelos prejuízos causados aos particulares. Como a situação da França era precária, se os administrados tivessem ganho de causa, o tesouro francês, já exaurido, ficaria insolvente, agravando ainda mais a economia do país⁹¹.

⁸⁹ Paul Duez *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 128 (grifos do autor).

⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 129.

⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 67.

Para remediar a situação, foi elaborado um artifício jurídico (*ad usum delphini*), vedando ao judiciário tomar conhecimento dessas demandas, que seriam julgadas pela própria Administração Pública, por serem referentes ou ligadas a atos de império (ou de mando) praticados pelo Estado no exercício do poder de polícia⁹², que lhe é inerente⁹³.

Neste período, depois da Revolução Francesa, por volta de fins do século XVIII, os vocábulos “império” e “gestão” ocorrentes nas expressões atos *jure imperii* (atos de direito imperial, referente ao direito público) e atos *jure gestionis* (atos de direito de gestão, empregado no campo direito privado) passaram a integrar a terminologia do direito público.

a) atos de império

Os atos de império eram assim concebidos aqueles atos praticados pela Administração Pública com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, e impostos, unilateral e coercitivamente, ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes.

Os atos de império eximiam o Estado de qualquer responsabilidade, colocando-o a coberto de qualquer iniciativa jurídica por parte dos particulares. Opõe-se a eles os atos de gestão, atos estes que o Estado pratica, como o particular, quando administra seu patrimônio;

⁹² Considera-se “poder de polícia” a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse, ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de autorização ou concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública, ou ao respeito a propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Thex, 1995. p. 276.

⁹³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 67.

b) atos de gestão

Consistiam nos atos praticados pela Administração Pública em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão dos seus serviços; como não difere a posição da Administração Pública e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

A obrigação de indenizar por ato de gestão decorria do entendimento de que o Estado é responsável, civilmente, por danos causados aos particulares, sempre que se trate de atos de gestão. Assim, atos de alienação, aquisição, troca, empréstimos, contratos de toda espécie, cuidado na gerência e emprego da fortuna pública, recebimento de impostos, incluem-se entre os atos de gestão e, pois, fatos geradores da responsabilidade civil do Estado.

Esta distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízo causado a terceiros. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distingua-se a pessoa do Rei, que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos⁹⁴.

Muito embora a divisão dos atos administrativos em atos de império e atos de gestão tenha marcado época na história do direito francês, ocasionando a separação das instâncias judiciárias e administrativas, estabelecendo naquele país o sistema do contencioso administrativo, a doutrina e a prática, no entendimento de José Cretella Júnior, encontraram as maiores dificuldades em delimitar com precisão o campo daqueles dois tipos de atos⁹⁵.

Não demoraram as críticas a respeito da teoria dos atos de império e de gestão. Embora esta teoria representasse inegável progresso em relação à teoria da irresponsabilidade, de modo algum é satisfatória, em face dos princípios que informam os sistemas jurídicos, porque para aquele que sofre o dano não interessa a natureza do ato, se é de império ou de gestão⁹⁶. Assim, a teoria dos atos de

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 503.

⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 68.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 70.

império e de gestão foi gradativamente abandonada para dar lugar à teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

Conforme Hely Lopes Meirelles, se a doutrina anterior fazia distinção entre “atos de império” e “atos de gestão”, para admitir a responsabilidade da Administração Pública somente quando o dano resultasse destes últimos. Atualmente, pela teoria da responsabilidade objetiva, não há mais fundamento para esta distinção. Assim sendo, “todo ato ou omissão de agente administrativo desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública, sem se indagar se provém do *jus imperii* ou do *jus gestionis*, uma vez que ambos são formas da atuação administrativa”. O que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º, distingue é “o dano causado ‘pelos agentes da Administração Pública’ (servidores) dos danos ocasionados por ‘atos de terceiros’ ou por ‘fenômenos da natureza’”⁹⁷.

2.2.2.2 Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva

A teoria fundada na culpa dispensou a tipificação restrita e mal delineada entre atos de império e de gestão, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada sua culpa. Segundo José Cretella Júnior⁹⁸, a teoria civilista fundada na culpa apresenta-se como evidente progresso na defesa do patrimônio do administrado por “deixar a Administração Pública com um flanco aberto, embora restrito, para efeitos do ressarcimento patrimonial pelos prejuízos causados”.

Conforme José Cretella Júnior, a doutrina da teoria civilística significou grande avanço doutrinário, porque considerou:

[...] o direito privado como um direito comum, aplicável também aos entes públicos, enquanto por estes não derogado, mediante expressas disposições, propugnou a aplicação integral dos princípios da responsabilidade civil a todo o tipo de atividade administrativa, quer se referisse a relações patrimoniais e privadas, quer se tratasse de manifestações de potestade, de supremacia e de império. Inteiramente baseada sobre os referidos conceitos privatísticos, esta teoria fala de uma

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 561 (grifos do autor).

⁹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 71.

responsabilidade indireta dos entes públicos por fatos ilícitos de seus funcionários⁹⁹.

Assim, para o Estado responder com o patrimônio pelos danos que o administrado venha a sofrer é necessário que ocorra a culpa.

Para melhor compreensão da teoria civilística com base no elemento “culpa”, mister se faz defini-la. Embora de difícil conceituação, face às abordagens genéricas e populares do termo, René Savatier enfrenta o problema, assinalando que a culpa “é a inexecução de dever que o agente deveria conhecer e observar. Se a inexecução foi deliberada, temos o ‘delito civil’; se foi involuntária, temos a ‘culpa simples’, que vai confirmar o ‘quase-delito’”. Desta forma, a “culpa” comporta dois elementos, um mais objetivo, o dever violado; outro, mais subjetivo, a imputabilidade do agente¹⁰⁰.

A doutrina civilista ou da culpa civil comum, aos poucos foi perdendo campo entre os doutrinadores, passando a ser considerada inaceitável sob o ponto de vista moral ou prático, vez que para as pessoas prejudicadas com o dano causado pela Administração Pública, não satisfaz o fato de o ilícito ter sido praticado com ou sem culpa, pois o prejuízo somente se resolve através da composição do patrimônio ofendido. Negar tal ressarcimento é subtrair do poder público sua função de tutelar o direito.

A doutrina civilística ou da culpa civil comum vem sendo substituída por normas de direito público sobre as regras de direito privado na regência das relações entre a Administração Pública e os administrados. Nesse novo contexto, idealiza-se a teoria da responsabilidade sem culpa como a única compatível com a posição do poder público perante os cidadãos. Assim deve ser porque o Estado, com seu poder e privilégios administrativos, não pode ser comparado ao particular, despedido de autoridade e de prerrogativas públicas¹⁰¹.

⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁰ René Savatier *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 72 (grifos do autor).

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 556.

2.2.3 Fase do direito público: teoria do risco

Aos poucos, abandonou-se a doutrina civilista, dando-se os primeiros passos no sentido da elaboração de teorias da responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público, pautando-se no princípio da igualdade de todos perante a lei.

Mário Masagão, dispendo a respeito, escreveu: “a solução trazida pela doutrina civilista, embora representasse progresso em face do regime anterior, não logrou satisfazer às exigências da justiça”¹⁰². Razão porque se procurou nova colocação dentro de perspectiva de direito público.

Brandão Cavalcanti, em seu “tratado de direito administrativo”, pondera que o problema da responsabilidade civil do Estado, em seu conteúdo jurídico e em suas dificuldades e peculiaridades técnicas, exige um sistema legislativo próprio e pressupõe para a sua boa aplicação uma maleabilidade que não se pode encontrar nas regras de direito privado. Além do mais, segundo ele:

A subordinação do direito público aos princípios gerais do direito privado [...] já vai desaparecendo e se acentuará cada vez mais, enquanto o direito civil não se ajustar devidamente aos princípios do direito social, onde se encontram as formas de equilíbrio e a harmonia dos interesses individuais. Não vemos, portanto, como possa subsistir a subordinação legal dos princípios reguladores das relações entre o Estado e os particulares, neste terreno perigoso da responsabilidade, sem ferir a realidade do momento, e sem subverter a própria essência do direito público e, particularmente, do direito administrativo¹⁰³.

A evolução das teorias publicistas deu-se através de estágios compreendidos entre a teoria da culpa administrativa, a teoria do acidente administrativo e a teoria do risco, desdobrada por alguns autores em risco administrativo e risco integral. Todavia, tal classificação não é pacífica entre os doutrinadores.

Maria Helena Diniz entende, são três as correntes que procuram fundamentar a responsabilidade civil do Estado, ou seja: a) da “culpa administrativa do preposto”; b) a do “acidente administrativo ou da falta impessoal do serviço público”; e c) a do

¹⁰² Mário Masagão *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 74.

¹⁰³ Brandão Cavalcanti *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 74-5.

“risco integral”¹⁰⁴. No entanto, Maia Sylvia Zanella Di Pietro adota outra classificação segundo a qual as teorias publicistas da responsabilidade do Estado dividem-se em: “a) teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e b) teoria do risco, desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral”¹⁰⁵.

José Cretella Júnior, tratando das teorias publicistas sobre a responsabilidade do Estado, dispõe que estas “evoluíram, passando por três estágios, até o momento atual - a teoria da culpa administrativa, a teoria do acidente administrativo e a teoria do risco integral”¹⁰⁶. Rui Stoco escreve:

[...] na tentativa de resolver a questão da responsabilidade do Estado surgiram três teses: a) da culpa administrativa; b) do risco administrativo; c) do risco integral, todas elas descendentes do tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, mas com variações de fundamento e aplicação¹⁰⁷.

Para Hely Lopes Meirelles:

A doutrina do direito público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração Pública por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros. Nessa tentativa surgiram as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, mas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação, sem se falar nas sub-modalidades em que se repartiram essas três correntes¹⁰⁸.

Segundo Wladimir Valler:

Na doutrina do direito público, ou da responsabilidade sem culpa, tiveram realce as teorias da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral que apesar de apresentarem diferenças em seus fundamentos e em sua aplicação, pertencem todas ao tronco da responsabilidade objetiva do Estado¹⁰⁹.

Dessa forma, as teorias publicísticas, em seu processo evolutivo, perpassam três fases: teoria da culpa administrativa, teoria do acidente administrativo e teoria do risco.

¹⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 432.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 503.

¹⁰⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁷ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 314.

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 556.

¹⁰⁹ VALER, Wladimir. *Op. cit.*, p. 30.

2.2.3.1 Teoria da culpa administrativa

A teoria da culpa administrativa, também chamada de “teoria da culpa do serviço” ou “teoria do acidente administrativo”, procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público¹¹⁰. Confunde-se com a culpa civil, pois, para o Estado ressarcir o dano, necessário se faz seja provada a culpa do agente público. Todavia, o vocabulário “culpa”, de tradicional emprego no direito privado, precisa de especial referência quando se trata da responsabilidade publicística.

Para Hely Lopes Meirelles, a teoria da culpa administrativa “representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração Pública”¹¹¹. O citado autor define a teoria da culpa administrativa nos seguintes termos:

É o estabelecimento do binômio falta do serviço-culpa da Administração Pública. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de “culpa administrativa”. Esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização. A falta do serviço [...] pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço, ou retardamento do serviço. Ocorrendo qualquer destas hipóteses, presume-se a culpa administrativa e surge a obrigação de indenizar¹¹².

A culpa envolve o ato humano exercido sem vontade de levar a determinado resultado. Opõe-se, assim, à determinação dolosa, porque está fora da previsão do agente. A culpa no direito público, embora não se oponha à culpa no direito privado, apresenta-se com características peculiares, em razão da posição do agente diante da pessoa jurídica que representa.

A natureza do vínculo que une o empregado ao empregador, no direito privado, é diversa daquela que liga o agente público ao Estado. Enquanto que a

¹¹⁰ DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 504.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 556-7.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 557.

primeira é submetida ao regime jurídico privatístico, a segunda está sujeita, em regra, ao regime jurídico de direito público.

Assim, o agente público, que atua em nome do Estado, não o faz exatamente como o preposto do direito privado, dentro da tradicional relação empregatícia, de preposto e patrão. Daí, a impossibilidade de se transpor, pura e simplesmente, para o campo do direito administrativo os princípios do direito privado, no referente à responsabilidade civil, para obrigar o Estado a ressarcir o técnico pelos prejuízos sofridos.

É importante, também, que se diferencie a culpa do serviço, da culpa pessoal, para melhor compreensão da teoria do acidente administrativo.

De salientar que o dano resulta da acumulação de duas culpas: a pessoal e a do serviço. Quanto à culpa pessoal, tem-se a teoria da culpa ou teoria subjetiva, que é baseada no elemento humano, na pessoa física do funcionário, sujeito causador do dano. É a culpa da Administração Pública por ato de seu preposto fundada no nexo causal entre ato ou omissão do servidor público, culposo ou doloso, e as conseqüências danosas daquela voluntariedade ou involuntariedade. Assim, a ação humana, fonte de prejuízos, é que vai permitir a responsabilização do Estado, por meio do indivíduo, do sujeito. Opondo-se, em outro extremo, situa-se a culpa do serviço, que fundamenta a teoria objetiva que, afastando-se ainda mais das regras gerais civilísticas, procuram ressaltar o elemento “dano real” e sua reparação. Também denominada de teoria da causalidade objetiva, não cogita da natureza do ato lesivo, que pode ser legítimo ou ilegítimo, ou ainda de império ou de gestão.

Neste entendimento, basta que o serviço público tenha funcionado mal para que o Estado seja obrigado a ressarcir, quer tenha havido subsequente identificação do agente causador do dano - culpa pessoal do agente - quer tenha havido culpa anônima, sem identificação concreta do causador do dano.

Conforme José de Aguiar Dias:

Na culpa administrativa, portanto, decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando de culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade só se configura em face da culpa de determinado agente

do poder público, essa distinção é necessária, porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, só empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado, como inerente à função¹¹³.

Prossegue expondo que:

De três ordens são os fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultem: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos conseqüentes à inação administrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as conseqüências da lentidão administrativa¹¹⁴.

Os adeptos da doutrina da culpa administrativa sustentam, segundo José Cretella Júnior¹¹⁵, que a responsabilidade civil do Estado estará caracterizada sempre que se provar a existência do elemento culpa, mas o conceito de culpa, para efeito da apuração da responsabilidade da Administração Pública, não se circunscreverá ao modo em que entendido aquele elemento, no campo civilístico.

No âmbito da responsabilidade administrativa, a culpa é compreendida de maneira ampla. É a culpa publicística que, positivada, obrigará o Estado a ressarcir. Caso contrário, mesmo havendo dano para o administrado, a Administração Pública é isenta do ressarcimento. Até porque, quando se fala em culpa administrativa não se tem em vista a culpa civil. A culpa administrativa ocorre quando há acidente imputável à Administração Pública.

Não se indaga a culpa subjetiva do agente, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação (mau funcionamento, inexistência do serviço e retardamento do serviço).

O serviço público, em tese, tem de apresentar-se perfeito, regular, contínuo sem a melhor falha, para que a coletividade se beneficie no mais alto grau com seu funcionamento. O acidente administrativo atinge o serviço público, alternando-lhe o funcionamento e trazendo, na maioria das vezes, prejuízos aos administrados.

Mário Masagão escreve:

¹¹³ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 787.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 787.

¹¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 78.

Entende-se que ocorre o acidente administrativo quando o serviço público: a) funciona mal; b) quando não funciona, devendo funcionar, como na hipótese de inexecução de trabalhos públicos, na de ausência de vigilância policial quando havia motivos para que se exercesse; c) quando o serviço funciona, mas só tardiamente e do retardamento advém dano; e d) quando a execução contravém preceito legal, regulamentar, ou mesmo de caráter técnico¹¹⁶.

Distingua-se, portanto:

[...] de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado. Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre à culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário¹¹⁷.

Em suma, a teoria do acidente administrativo, também chamada de falta impessoal do serviço público, parte do pressuposto de que, se houve prejuízo causado por um fato material, pelo funcionamento passivo do serviço público ou de mero acidente administrativo, mesmo sem culpa pessoal, caberá reparação. Haveria uma responsabilidade subjetiva fundada na culpa administrativa, que se caracteriza pela falta do serviço público, por seu mau funcionamento ou funcionamento tardio.

Percebe-se a contínua evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado em caso de danos trazidos aos administrados. Da culpa pessoal à culpa do serviço, da responsabilidade identificada à responsabilidade anônima, consubstanciada esta na doutrina do acidente administrativo, percorreu-se um grande caminho no progresso da responsabilidade civil.

2.2.3.2 Teoria do risco

Como visto, enquanto a teoria subjetiva é fundamentada na culpa, a teoria objetiva leva em consideração o quadro resultante do próprio fato, como

¹¹⁶ Mário Masagão *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 81.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 504.

conseqüência do risco, sem indagar da conduta do agente, dolosa ou culposa, esta última caracterizada por negligência, imprudência e imperícia.

Quando se fala em “risco”, entende-se falha pessoal ou falha do serviço que ocasiona o dano e exige reparação, porque produz desequilíbrio no patrimônio do prejudicado.

A teoria do risco fundamenta a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, caso em que há a obrigação de ressarcir sem que tenha havido culpa do agente. Para a teoria do risco, basta uma relação de causalidade entre o ato prejudicial e a Administração Pública.

Em regra, duas acepções são aceitas pelos doutrinadores em relação à teoria do risco: a teoria do risco integral, na qual o Estado repara sempre, independentemente do fato de ter havido dolo ou culpa da própria vítima, fundada no princípio de igual repartição dos encargos públicos, segundo o qual a vítima poderia ser qualquer indivíduo, e que, portanto, ela não deve suportar sozinha o prejuízo que pode ser indenizado com recursos públicos para os quais ela também contribuiu; e a teoria do risco administrativo, na qual a vítima apenas demonstra a existência do ato injusto causado pelo poder público.

Estes entendimentos certamente merecem discussões mais aprofundadas, razão pela qual será dedicado capítulo específico, eis que formam, inclusive, o objeto principal delimitado para este estudo. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, bastando para tanto, ao grosso modo, a comprovação da existência do prejuízo.

A subdivisão da teoria do risco é tema controvertido. Não foram tratadas as divergências doutrinárias neste momento, por impertinentes ao objetivo por ora previamente proposto. A análise doutrinária da teoria do risco, principalmente no que diz respeito à posição absorvida pela Constituição Federal do Brasil de 1988, é objeto de estudo do próximo capítulo.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A TEORIA DO RISCO

3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Não mais se discute, atualmente, se o Estado é ou não responsável pelos atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, nem se admite, nessa matéria, os princípios do direito civil, que obrigam o prejudicado a provar a culpa da Administração Pública.

A doutrina objetiva planta suas raízes na obra dos franceses Raymond Saleilles e Loui Josserand. Para Raymond Saleilles “a teoria objetiva é uma teoria social que considera o homem [ser humano] como fazendo parte de uma coletividade e que o trata como uma atividade em confronto com as individualidades que o cercam”¹¹⁸. Por sua vez Loui Josserand sustenta que a interpretação dos preceitos do Código Napoleão deve ser feita examinando-se sob o foco da “evolução que atua sobre a responsabilidade civil tornando-a mais consentânea com a ordem social”. Por isso entende ser necessário pesquisar a que se deve a evolução da responsabilidade e encontra razão na “multiplicidade dos acidentes, no caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea”. Acrescenta que o legislador, a jurisprudência e a doutrina procuraram vir em socorro das vítimas e que a responsabilidade tende a objetivar-se, opondo o risco à culpa, e afastá-la de sua dianteira¹¹⁹.

Foi por meio da elaboração doutrinária que ingressou, no direito brasileiro, a doutrina do risco. Orozimbo Nonato, apesar de reconhecer a importância da teoria subjetiva, por considerar ser perigosa a substituição absoluta dos princípios da culpa pelo princípio objetivo, familiariza-se com a doutrina objetiva, afirmando que “o ato ilícito existe não só quando se viola um dever imposto pela lei, como quando se fere uma obrigação derivada da técnica normal da vida em sociedade, tal qual existe e

¹¹⁸ Raymond Saleilles *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 16-7.

¹¹⁹ Loui Josserand *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 17-8.

se desenvolve em dado tempo e em certo lugar”¹²⁰. Adepto da teoria objetiva no direito privado abraça a doutrina do risco integral quanto à responsabilidade civil do Estado.

José Aguiar Dias também defende que “a ação de responsabilidade do Estado deve se basear na doutrina objetiva, também chamada do risco administrativo”. Buscando sua origem nas sociedades primitivas, procede a sua pertinente análise ao direito romano, afirmando que mesmo com o advento da *Lex Aquilia*, predominou o princípio da responsabilidade objetiva¹²¹.

A teoria do risco penetrou no direito brasileiro em incidências específicas. O Código Civil de 1916, apesar de guardar fidelidade à teoria da culpa, oferecia disposições baseadas na teoria objetiva. Porém, foi na legislação especial (por exemplo: artigo 12, do Código de Defesa do Consumidor), que se encontram disposições específicas da responsabilidade objetiva, sendo agasalhada na Constituição Federal de 1988 com relação à responsabilidade estatal. Atualmente o legislador civil de 2002, no parágrafo único do artigo 927, pôs cabo à discussão, consagrando a cláusula da responsabilidade civil objetiva, reconhecendo, contudo, a relevância do estudo da culpa em relação à responsabilização civil.

Sob a ressalva da importância da teoria da culpa, a teoria dominante, na atualidade, é a objetiva, para a qual o dever indenizatório decorre da relação de causalidade entre o ato prejudicial e a atividade administrativa, independentemente da culpa ou do dolo. Esta doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais:

Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular¹²².

É chamada “teoria da responsabilidade objetiva”, precisamente por não necessitar da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo). É também chamada de “teoria do risco”, porque, segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

¹²⁰ Orozimbo Nonato *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 20.

¹²¹ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 787.

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 504.

[...] parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados são os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo¹²³.

Do ponto de vista objetivo, duas teorias se destacam: a da culpa do serviço e a do risco. Na primeira, também chamada de “falta de serviço” ou “culpa administrativa”, a vítima tem de demonstrar a existência de uma falta objetiva da Administração Pública (defeito ou mau funcionamento do serviço público). Na teoria do risco, que se subdivide em: a) teoria do risco administrativo, onde a vítima apenas demonstra a existência do ato injusto causado pelo poder público; e b) teoria do risco integral, na qual o Estado indeniza sempre, independentemente do fato de ter havido dolo ou culpa da própria vítima, firmada no princípio de igual repartição dos encargos públicos, segundo o qual a vítima poderia ser qualquer indivíduo e que, portanto ela não deve suportar sozinha o prejuízo que pode ser ressarcido com recursos públicos para os quais ela também contribuiu.

Nesse momento, trata-se das divergências doutrinárias acerca teoria do risco, principalmente no que diz respeito à posição absorvida pela Constituição Federal de 1988.

3.2 TEORIA DO RISCO

A palavra “risco” é definida como “a possibilidade de perigo ou de dano. Possibilidade de vir a responder pelo dano. Obrigação por responsabilidade civil”¹²⁴. O surgimento da teoria do risco, em todos os estágios, procura inspirar-se em razões de ordem prática e de ordem social. A teoria da culpa é insuficiente na prática porque impõe à vítima a prova da culpa do causador. A doutrina do risco sustenta que o autor do dano, aquele que o causou por um fato seu, deve suportar o dever da reparação. É uma questão de causalidade material, onde é responsável aquele que materialmente ocasionou o dano.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 504.

¹²⁴ FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.512.

Por se tratar de um estudo doutrinário, é natural que na análise de cada item delimitado para estudo, sejam encontradas divergências, nem sempre satisfatórias, mas existentes e merecedoras de consideração e respeito. É o que acontece quando se estuda a teoria do risco. Para tanto, convém analisar as principais subespécies da teoria do risco, apresentada por alguns doutrinadores.

Hely Lopes Meirelles subdivide a teoria do risco em: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Vejam-se suas palavras:

A teoria do risco administrativo faz surgir à obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração Pública. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração Pública¹²⁵.

Prossegue expondo que na teoria do risco administrativo:

[...] não se cogita da culpa da Administração Pública ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria [...] baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração Pública, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no artigo 194, da Constituição Federal de 1946¹²⁶.

Contudo, Hely Lopes Meirelles adverte que “a teoria do risco administrativo embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o poder público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização, explicando que “o risco administrativo não se confunde com o risco integral”. Nas suas palavras:

O risco administrativo não significa que a Administração Pública deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração Pública, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização¹²⁷.

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 557.

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 557.

¹²⁷ *Ibid*, p. 557-8.

Por sua vez, concebe que como “teoria do risco integral” a “modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada, na prática, por conduzir ao abuso e a iniquidade social”. Explica que:

Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí porque foi acoimada de "brutal" pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza¹²⁸.

Porém, Hely Lopes Meirelles informa que essa teoria do risco integral nunca foi acolhida pelo direito brasileiro, embora reconheça que “haja quem sustente a sua admissibilidade no texto da Constituição Federal de 1988”. E finaliza dando sua opinião:

Contestamos formalmente esse entender, que se desgarra da doutrina acolhida pelo nosso direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acerca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo e não do risco integral¹²⁹.

Ainda e acordo com o citado autor, a teoria do risco administrativo admite as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior; porém, a teoria do risco integral não. Se for seguido tal entendimento, pode-se dizer que a responsabilidade civil do Estado, prevista na Constituição Federal de 1988, consiste na teoria do risco administrativo.

Fabício Zamproga Matielo¹³⁰ concorda com a subdivisão apresentada, ou seja, para ele a teoria do risco deve subdividir-se em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, sem deixar de advertir que a adoção pura e simples da teoria do risco integral poderia conduzir a perigosas manipulações contra o erário público, eis que, em não se perquirindo da culpa pelo fato lesivo e atendendo-se de imediato o dever de ressarcir, bastaria a comprovação da lesão a determinado valor e estaria selada a obrigação. Na sua opinião, se de um lado cabe a demonstração, pelo lesado, da existência de dano causado pela Administração Pública, de outra banda é indispensável assegurar àquele o direito de provar que o lesado teve culpa na produção do dano. Além disso, manifesta necessária a apreciação da teoria do risco

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 558 (grifo do autor).

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 558.

¹³⁰ MATIELO, Fabício Zamproga. **Dano moral, dano material e reparações**. Porto Alegre: Sagra: DC Luzzato, 1995. p. 36-7.

integral, que obrigaria a Administração Pública a ressarcir os danos experimentados por terceiros, independentemente de ter ou não agido com dolo ou culpa o lesado.

Todavia, corroborando o entendimento de Hely Lopes Meirelles, dispõe que por ser seriamente injusta e absolutamente viciada em sua concepção, jamais teve efetiva e prática aplicação no Brasil. Finaliza dizendo que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º, deixa clara a opção pela imputação à Administração Pública da responsabilidade objetiva, através da idéia do risco administrativo¹³¹.

Já Hussef Said Cahali critica a distinção feita por Hely Lopes Meirelles, expressando que:

[...] a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das conseqüências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção¹³².

Prossegue em seu pensamento acrescentando que:

[...] deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco - risco integral, risco administrativo, risco proveito - aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto¹³³.

Celso Ribeiro Bastos apenas faz menção à teoria do risco, sem subclassificação. No entanto, defende que “mesmo na teoria do risco é possível aos responsabilizados por ela fazerem prova da culpa ou dolo da vítima”. Se comparada tal assertiva com as apresentadas, pode-se dizer que é defensor da teoria do risco administrativo, exteriorizada no direito brasileiro pelo artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal vigente, em evidente relegação à teoria do risco integral¹³⁴.

Para Maria Helena Diniz, três são as correntes que tentam fundamentar a responsabilidade civil do Estado: a da culpa administrativa do preposto, a do

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 558.

¹³² CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 40.

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 40.

¹³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 195.

acidente administrativo ou da falta pessoal do serviço público e a do risco integral. Concebe que a teoria do risco integral é aquela que defende ser devida a “indenização estatal de todos os danos causados por comportamentos dos funcionários a direitos de particulares”. Para esta autora, o risco é o fundamento da responsabilidade civil do Estado, por comportamentos administrativos comissivos, exigindo tão-somente nexos causal entre a lesão e o ato, ainda que regular, do agente do poder público. Segundo ela, o Estado responderá objetivamente pelos danos causados a particulares, independentemente de culpa do servidor público, bastando o nexo de causalidade entre o serviço prestado e o dano¹³⁵.

Ainda de acordo com Maria Helena Diniz, a teoria do risco integral foi adotada pelo direito brasileiro, no que diz respeito aos atos comissivos dos agentes estatais. Na sua opinião, a Constituição Federal de 1988 (artigo 37, parágrafo 6º), consagra a idéia de que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado respondem pelos danos que seus agentes causem a terceiro, sem distinção da categoria do ato, porém, a Administração Pública tem o direito à ação regressiva contra o agente quando tiver havido culpa deste, de modo que o patrimônio público não venha a ser desfalcado pela sua conduta ilícita. Dessa forma, nas relações entre o Estado e o administrado o Constituinte de 1988 adota a “responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público”, em razão do comportamento comissivo danoso de seu agente, com fundamento na teoria do risco, ou seja, para que o Estado responda civilmente, basta que haja dano decorrente do ato do agente e que este se encontre em serviço no momento do evento prejudicial a direito particular, não sendo necessária à averiguação do dolo ou da culpa do agente público, sendo o bastante que, nessa qualidade, tenha ocasionado dano a terceiro¹³⁶. Em suma, Maria Helena Diniz entende que:

O Estado responderá objetivamente, mas, se condenado a ressarcir dano causado a terceiro por ato lesivo de funcionário, que agiu culposamente ou dolosamente, terá ação regressiva contra ele. Logo, nas relações entre Estado e funcionário a responsabilidade será, portanto, subjetiva, visto que o direito de regresso da entidade pública contra o agente faltoso, baseia-se na culpa deste¹³⁷.

¹³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 432.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 433.

¹³⁷ *Ibid*, p. 433.

A citada autora, com respaldo na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, enfatiza que a Constituição Federal de 1988 reporta-se a comportamento comissivo do Estado, sob o argumento de que apenas uma ação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. De outro lado, no caso de dano por comportamento omissivo à responsabilidade estatal é subjetiva, por depender de procedimento doloso ou culposo. Explica que a “omissão pode ser uma condição para que outro evento cause o dano, mas ela mesma (omissão) não pode produzir o efeito danoso”. Assim:

O fato danoso pode consistir em fato da natureza cuja lesividade o poder público não impediu, embora devesse obstá-lo, ou em comportamento material de alguém prejudicial a outrem, cuja lesividade o Estado devia impedir e não o fez, respondendo assim, em ambas as hipóteses, por culpa ou dolo pela omissão, ou melhor, por ato ilícito. Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, à responsabilidade do Estado é 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 genericamente¹³⁸.

Esse entendimento da responsabilidade objetiva do Estado nos comportamentos comissivos e subjetiva, nos omissivos, já era defendido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ainda na década de setenta, que:

[...] a responsabilidade do Estado por omissão, só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os neles interessados¹³⁹.

A classificação, para essa corrente de pensamento, não está entre risco integral ou risco administrativo, mas nos comportamentos administrativos. Assim, nas relações entre o Estado e os administrados, se o comportamento danoso do Estado for comissivo, a responsabilidade será objetiva (risco integral) e se omissivo será subjetiva. Por sua vez, nas relações entre a Administração Pública e seus agentes, a responsabilidade será subjetiva, visto que o direito de regresso da entidade pública contra o agente faltoso depende da culpa ou dolo deste.

Já Caio Mário da Silva Pereira identifica uma subclassificação ainda mais detalhada. Nas suas palavras:

¹³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 433; 434;435.

¹³⁹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 435.

A fim de melhor apresentar em suas linhas estruturais a teoria do risco, cumpre cuidar em sinopse apertada das diversas modalidades que a seu turno inspiraram os autores, gerando nos seus vários aspectos o que, de forma realmente exagerada, proporcionou a formação de subespécies instituindo-as como se fossem outras tantas teorias, e que levaram muitas vezes a desacreditar a concepção objetiva da responsabilidade civil: risco integral, risco proveito, risco profissional, risco criado¹⁴⁰.

Prossegue dispondo, sucintamente, que a teoria do risco integral abole a idéia de culpa, proclamando que qualquer fato deve impor ao agente a reparação deste que cause um dano. Em termos genéricos, a teoria do risco integral, embora não investigando se os elementos pessoais foram voluntários ou não, preconiza o pagamento pelos danos causados, mesmo tratando-se de atos regulares praticados por agentes públicos no exercício regular de suas funções¹⁴¹.

Ainda segundo Caio Mário da Silva Pereira, a teoria do risco proveito encontrou grande repercussão, cujo suporte doutrinário é a idéia de que é sujeito à reparação aquele que retira um proveito ou vantagem do fato causador do dano. Assim, responsável é aquele que tira o proveito, ou seja, onde está o ganho aí reside o encargo (*ubi emolumentum ibi onus*). Porém, tal entendimento foi objeto de críticas, chegando a ser considerada como “puramente negativa, confundindo-se com a teoria do risco”¹⁴², ou então “aliada a uma fonte de riqueza, ficando restrita aos comerciantes ou industriais, o que restringiria sua aplicação, retirando o valor de fundamento da responsabilidade civil”¹⁴³, ainda “permite atribuir a responsabilidade àquele que obtém o proveito mais elevado”¹⁴⁴, razões por que não teve o êxito esperado.

A subespécie do risco profissional também não cogita da idéia da culpa, e sujeita o empregador a ressarcir os acidentes ocorridos com seus empregados, no trabalho ou por ocasião dele, que repousa na legislação especial no direito brasileiro. Significa que o dever de ressarcir o dano surge quando o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Conclui o aludido autor dispondo que:

O conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 279.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 279.

¹⁴² Jean Mazeud *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 279.

¹⁴³ Loui Josserand *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 280.

¹⁴⁴ Philippe Malaurie e Laurent Aynès *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 280.

atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado¹⁴⁵.

No entanto, a maior parte da doutrina, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não faz distinção, considerando as expressões: “risco integral” e “risco administrativo”, como sinônimos ou falando em risco administrativo como correspondendo ao acidente administrativo. Enfatiza que “mesmo os autores que falam em teoria do risco integral admitem as causas excludentes da responsabilidade”. Prossegue, a autora, dispondo que:

[...] não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se for regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado¹⁴⁶.

Na realidade, seja qual for o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado, coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade, a existência de um nexos de causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular¹⁴⁷.

Trata-se de questão de fato, a ser investigada em cada caso concreto, de modo que, demonstrado o referido nexos, surge a obrigação de ressarcir, o que incorre se ausente sua demonstração. Por esta razão, aborda-se apenas a responsabilidade objetiva do Estado como “teoria do risco”.

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 268.

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 505.

¹⁴⁷ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 44.

3.3 CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Acolhendo-se a teoria do risco, forçoso admitir a existência de causas excludentes e atenuantes da responsabilidade. Nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu ato e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora destas possibilidades responderá sempre.

Como visto, o nexo de causalidade é o fundamento da responsabilidade civil do Estado. Todavia, a responsabilidade objetiva do Estado deixará de existir, ou tornar-se-á amena quando o serviço público não for à causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁸ aponta como causas excludentes da responsabilidade a força maior e a culpa da vítima. Para Maria Helena Diniz, “o Estado eximir-se-á da responsabilidade se não agiu com culpa ou dolo, se o dano for inevitável em razão de força maior ou estado de necessidade, se houve culpa da vítima ou de terceiro”¹⁴⁹.

Primeiramente, ressalte-se que a similitude de elementos caracterizadores e de efeitos tem levado à confusão, entre o caso fortuito e o motivo de força maior¹⁵⁰. Na sua caracterização, em verdade, ambas as situações se assemelham. Em pura doutrina¹⁵¹ distinguem-se estes eventos, ao dizer que o caso fortuito é o direito natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto, o temporal. Na força maior há um elemento humano, a ação

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 507.

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 436.

¹⁵⁰ Por exemplo, enquanto que para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “força maior” é o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio; e caso fortuito é a hipótese em que o dano é decorrente de ato humano (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 507); para Hely Lopes Meirelles, “força maior” é o evento humano, imprevisível e inevitável; e caso fortuito é o evento da natureza, também imprevisível e inevitável. Como se vê, trata-se de tema absolutamente polêmico e de difícil constatação plausível na doutrina (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 221),

¹⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 301.

das autoridades, como a desapropriação. Outros doutrinadores¹⁵² preferem dizer que o caso fortuito (força interna) se caracteriza como a impossibilidade relativa, ou impossibilidade para o agente, enquanto que a força maior implica uma impossibilidade absoluta, porque assim se apresenta para qualquer pessoa.

Nesta linha de raciocínio, na doutrina do risco, o simples caso fortuito não exime o agente. Somente está liberado este se ocorrer o acontecimento de força maior, ou seja, fenômenos naturais ou quaisquer outras impossibilidades de cumprir a obrigação por não ser possível evitar o fato derivado da força externa invencível (guerra, revolução). Conforme Maria Helena Diniz

A força maior (fato da natureza), em regra, é causa excludente de responsabilidade, mas o mesmo não se poderá dizer do caso fortuito. Para que a força maior seja excludente da responsabilidade civil do Estado exige-se que seja comprovadamente irresistível, inevitável e imprevisível para que fique bem caracterizada a imputabilidade da entidade pública¹⁵³.

Para não se deter em discussões doutrinárias de pouca utilidade prática, entende-se a força maior como sendo um fato imprevisível, resultante da ação humana, que gera efeitos jurídicos para uma ação jurídica, independentemente da vontade das partes desta. Como preleciona Orlando de Almeida Secco:

A força maior evidencia um acontecimento resultante do ato alheio (fato de outrem) que sugere os meios de que dispõe para evitá-lo, isto é, além das próprias forças que o indivíduo possua para se contrapor, sendo exemplos: guerra, greve, revolução, invasão de território, sentença judicial específica que impeça o cumprimento da obrigação assumida, desapropriação, embargo para suspensão de uma obra etc.¹⁵⁴.

A força maior consiste no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. É acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes. Não sendo imputável à Administração Pública, não pode incidir a responsabilidade do Estado. Não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração Pública¹⁵⁵.

É importante salientar, todavia, mesmo nesses casos é preciso indagar se o fato não é devido qualquer culpa do autor do dano, ainda que indireta ou remota.

¹⁵² Ambroise Colin e Henri Capitant *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 301.

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 436.

¹⁵⁴ Orlando de Almeida Secco *apud* ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993. p. 419.

¹⁵⁵ Exemplo de força maior: tempestade, terremoto ou raio (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 507).

Desta forma, mesmo ocorrendo motivos de força maior, em alguns casos a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada a esta força maior ocorrer omissão do poder público na realização de um serviço¹⁵⁶.

Em suma, a invocação da força de natureza irresistível, quer seja ela denominada de caso fortuito ou força maior, é relevante apenas na medida em que se pode comprovar ausência de nexos causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Se produzido por força maior, então não foi realizado pelo Estado.

Considerando seus efeitos, os acontecimentos de força maior ou caso fortuito atuam como escusativa de responsabilidade quando se demonstra que o fato aconteceu de tal modo que as suas conseqüências danosas não puderam ser evitadas pelo agente, e destarte ocorreram necessariamente. Por tal razão, eliminam-se como excludentes de responsabilidade os fatos que foram iniciados ou agravados pelo agente público, caso em que o Estado responde integralmente.

Também não responderá, o Estado, quando, “ao atuar por estado de necessidade, causar danos, ante a preponderância, nesse caso, de interesses gerais públicos sobre conveniências, bens ou direitos dos particulares”¹⁵⁷.

Por fim, “não haverá responsabilidade civil estatal se houver culpa da vítima concorrendo unicamente para o dano contra si produzido”. Contudo, “para tanto, ao Estado compete à prova da ocorrência da ação culposa do lesado”. Dessa forma, “se a culpa não for exclusiva da vítima porque o funcionário também concorreu para o evento lesivo, o Estado responderá apenas pela metade dos prejuízos havidos”. Ainda, “o Estado ficará isento de responsabilidade se houver ação direta de terceiro, interferindo danosamente na relação jurídica entre particular e poder público e se se comprovar que este último não concorreu para a existência do dano”¹⁵⁸.

Conforme Sylvia Zanella Di Pietro, “quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do poder público”, sendo

¹⁵⁶ Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias e águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 508).

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 436.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 436.

que “no primeiro caso, o Estado não responde. No segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima”¹⁵⁹. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello:

Culpa do lesado - freqüentemente invocada para elidi-la - não é, “em si mesma”, causa excludente. Quando, em casos de acidente de automóveis, demonstra-se que a culpa não foi do Estado, mas do motorista do veículo particular que conduzia imprudentemente, parece que se traz à tona demonstrativo convincente de que a culpa da vítima deve ser causa bastante para elidir a responsabilidade estatal. Trata-se de um equívoco. Deveras, o que se haverá demonstrado, nesta hipótese, é que o “causador do dano” foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o “nexo causal”. Isto aparece com nitidez se nos servirmos de um exemplo extremo. Figure-se que um veículo militar esteja estacionado e sobre ele se precipite um automóvel particular, sofrendo avarias unicamente este último. Sem os dois veículos não haveria a colisão e os danos não se teriam produzido. Conduto é de evidência solar que o veículo do Estado não causou o dano. Não se deveu a ele a produção do evento lesivo. Ou seja: “inexistiu a relação causal” que ensejaria responsabilidade do Estado¹⁶⁰.

Significa dizer, então, que a culpa do lesado não é, em si mesma, causa excludente. Deverá ser comprovado que o causador do dano foi a suposta vítima (nexo de causalidade), e não o Estado.

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio da responsabilidade civil do Estado jamais foi posto em dúvida no direito brasileiro. Diversidade de enfoque deu-se quanto à subjetividade ou objetividade desta responsabilidade estatal. Conforme Hely Lopes Meirelles, o direito brasileiro desde sempre oscila entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade civil da Administração Pública. Informa que desde o Império alguns juristas brasileiros “propugnavam pela adoção da responsabilidade sem culpa, fundada na ‘teoria do risco’ que se iniciava na França”, mas encontraram forte

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 508.

¹⁶⁰ Celso Antonio Bandeira de Mello *apud* CAMPOS, Ronnie Leal. **A responsabilidade patrimonial do Estado por conduta comissiva e o direito de regresso**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1332, 23 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9524>>. Acesso em: 19 dez. 2007. p. 2.

“oposição dos civilistas apegados à doutrina da culpa, dominante no direito privado, porém inadequada para o direito público”¹⁶¹.

Com o advento do Código Civil de 1916, resultou vitoriosa a doutrina subjetivista, dominante em sua época, consagrando a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. A redação do artigo 15, do Código Civil de 1916¹⁶², suscitou controvérsia, pretendendo alguns autores que ali conteria implícita concessão à responsabilidade objetiva, sob inspiração da teoria do risco. Tem-se como certo, porém, que o dispositivo, no contexto individualista que remarcava o Código Civil de 1916, não ultrapassava os limites da teoria civilística da responsabilidade do Estado, só a reconhecendo quando estivesse presente a culpa do servidor representante.

Conforme Augusto Vinícius Fonseca e Silva, o legislador civil de 1916, envolto na atmosfera subjetiva, trazia em seu artigo 15 que, *in verbis*:

Artigo 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 (Código Civil de 1916).

O referido autor extrai, do supracitado texto normativo, que as expressões denotam “a responsabilidade estatal baseada na culpa”. Porém, na maioria das vezes, resultava difícil para a vítima demonstrar “a culpa do agente público, por se encontrar em posição de inferioridade diante do ente estatal, e, por isso, raramente atingia tal desiderato e, comumente, ficava sem ver reparados os danos”¹⁶³.

Hely Lopes Meirelles, comentando o aludido dispositivo legal, dispõe que “neste dispositivo ficou consagrada, embora de maneira equívoca, a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado”, lembrando, porém, que a imprecisão do legislador:

¹⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 558-9 (grifo do autor).

¹⁶² “Artigo 15: as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos 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” (Código Civil de 1916).

¹⁶³ SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **A responsabilidade objetiva do Estado por omissão**. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Caderno de Direito Civil, nº 25, p. 5-11. Brasília, abr./jun. 2004. p. 6.

[...] propiciou larga divergência na interpretação e aplicação do citado artigo, variando a opinião dos juristas e o entender da jurisprudência entre os que viam, nele, a existência de demonstração da culpa civil da Administração Pública e os que já vislumbravam admitida a moderna teoria do risco, possibilitando a responsabilidade civil sem culpa em determinados casos de atuação lesiva do Estado¹⁶⁴.

Mesmo sendo insatisfatória a orientação adotada pelo legislador civil para a composição dos danos causados pela Administração Pública, permaneceu no direito brasileiro a doutrina objetivista até o advento da Constituição de 1946, que em seu artigo 194¹⁶⁵, sensível à situação de desigualdade promovida pela responsabilidade estatal baseada na culpa, adotou expressamente o princípio da responsabilidade objetiva do Estado¹⁶⁶, acolhendo a responsabilidade civil do Estado sem perquirição sobre o elemento “culpa”. Ao tratar do tema, assim se manifesta Augusto Vinícius Fonseca e Silva:

[...] mesmo antes desse marco constitucional, as constituições brasileiras jamais se desprenderam da responsabilidade do Estado. Prescrevia as constituições anteriores uma espécie de solidariedade estatal em relação aos atos de seus agentes. Cuidava-se, até então, de responsabilidade fundada em culpa civil (imprudência, imperícia ou negligência), sendo necessária, dessa forma, a demonstração da culpa do funcionário público para tentar obter a indenização¹⁶⁷.

A Constituição Federal de 1988 (parágrafo 6º, do artigo 37), seguindo a tendência já manifestada na Constituição de 1946, abandonou a civilista da teoria subjetiva da culpa para orientar-se pela doutrina do direito público, com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade do risco administrativo, sem chegar, portanto, “aos extremos do risco integral”¹⁶⁸.

Desde então, a doutrina não discorda em reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, havendo, segundo Yussef Said Cahali, citando Manuel de Castro Cerqueira, certa uniformidade na argumentação deduzida, nos seguintes termos:

¹⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 559.

¹⁶⁵ “Artigo 194: as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único: caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes” (BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 17 dez. 2007. p. 1).

¹⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 559.

¹⁶⁷ SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 560.

Se o elemento “culpa” é previsto (parágrafo único do artigo 194, da Constituição Federal de 1946; do artigo 105, da Constituição Federal de 1967¹⁶⁹; do artigo 107, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969¹⁷⁰; e segunda parte do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988¹⁷¹) apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano quando tiver havido dolo ou culpa deles, daí resulta, por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo quanto se referir ao elemento subjetivo, terá estabelecido que estas entidades devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso; assim, a interpretação que se extrai da ausência de referência ao elemento “culpa do funcionário” na disposição principal só pode ser a de que prescinde dele elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida; de outra forma não se justificaria tal omissão, se sempre constou esse elemento na legislação constitucional anterior, como também no artigo 15, do Código Civil de 1916¹⁷².

Na interpretação de Hely Lopes Meirelles, o texto do parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988:

[...] revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da “responsabilidade sem culpa” pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados¹⁷³.

Prossegue argumentando que o Constituinte de 1988 bem empregou o vocábulo “agente”, no sentido genérico de “servidor público” englobando, para fins de responsabilidade civil, “todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório”¹⁷⁴. Nesse sentido também é a opinião de José de Aguiar Dias:

A Constituição de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º, sufragou o princípio do risco administrativo como rege dor da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno, como já constava das Constituições anteriores, a partir da de 1946 e o estendeu às pessoas jurídicas de direito

¹⁶⁹ “Artigo 105: as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único: caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo” (BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 17 dez. 2007. p. 1).

¹⁷⁰ “Artigo 107: às pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único: caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo” (BRASIL, Constituição (1969). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em:

<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/30/1969/1.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2007. p. 1).

¹⁷¹ “Parágrafo 6: 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Constituição Federal de 1988).

¹⁷² Manuel de Castro Cerqueira *apud* CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 560 (grifo do autor).

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 562 (grifos do autor).

privado prestadoras de serviços públicos. A jurisprudência específica sobre o tema não deixa dúvidas acerca da opção do legislador pela teoria do risco administrativo¹⁷⁵.

Porém, Hely Lopes Meirelles ressalta que a atribuição da responsabilidade objetiva à Administração Pública “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros” só cobre o “‘risco administrativo’ da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração Pública por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares”, isto é, para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil (imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público da atividade danosa)¹⁷⁶. A análise das causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado será retomada mais adiante.

Agora na interpretação de Sylvia Zanella Di Pietro, o dispositivo constitucional em tela agasalha duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente. No seu pensar, a regra da responsabilidade objetiva exige os seguintes requisitos:

1. que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos: a norma constitucional veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência de responsabilidade objetiva quanto se tratasse de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos [...]; 2. que essas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada: assim é que, em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, não se aplicará à regra constitucional, mas a responsabilidade disciplinada pelo direito privado, quando não desempenharem serviço público; 3. que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito; 4. que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias [...], sem interessar o título sob o qual prestam o serviço; e 5. que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade: não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções¹⁷⁷.

Segundo essa regra, o Código Civil de 2002 reafirma a responsabilidade objetiva estatal, no artigo 43, *in verbis*:

Artigo 43: as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem

¹⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 828.

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 562 (grifos do autor).

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 507-8.

danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo (Código Civil de 2002).

O referido dispositivo civil, se em comparação com o Código Civil de 1916 é inovador, não traz nenhuma mudança se comparado com o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988. Na interpretação de João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão ao artigo 43, do Código Civil de 2002:

Fica absolutamente claro que o legislador contemplou, mais uma vez, a responsabilidade objetiva do Estado - embora já não fosse necessário fazê-lo -, permitindo a perquirição sobre a presença do elemento subjetivo (culpa ou dolo) tão somente na ação regressiva (do Estado) em face do (agente) causador do dano¹⁷⁸.

Nas palavras de Odete Medauar:

Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração Pública. [...] Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração Pública. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir¹⁷⁹.

Não restam dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, contudo, ampliou significativamente “o conceito da responsabilidade civil, de modo a abranger aspectos concretos que o direito anterior não conhecia, ou não levava em conta para não conceder a indenização”¹⁸⁰. Atualmente, com a autorização do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 43 do Código Civil de 2002, consagrou-se, no direito brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado: “as pessoas jurídicas de direito público - aqui compreendido, por evidente, o Estado - e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”¹⁸¹.

Contudo, aunque pacífico esse entendimento, a doutrina vem admitindo, não sem críticas importantes, uma divisão na regência dessa responsabilidade: para os

¹⁷⁸ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, nº 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em 17 dez. 2003. p. 2.

¹⁷⁹ Odete Medauar *apud* GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁸⁰ Washington de Barros Monteiro *apud* CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁸¹ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 782-3.

atos comissivos, a incidência seria a regra da Constituição Federal de 1988 (parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988); para os atos omissivos a norma de aplicação seria o disposto no artigo 43, do Código Civil de 2002. Nesse sentido, “ainda grassa controvérsia sobre o tema em nosso ordenamento jurídico, mesmo com a consagração da responsabilidade objetiva, quando se trata do Estado como causador de dano¹⁸²”. Assim é de considerar, neste momento da pesquisa, se tal responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, decorre apenas de ato comissivo, ou também de atos omissivos da Administração Pública.

Conforme José de Aguiar Dias, os atos omissivos ainda se dividiriam em “omissos genéricos” (prova da culpa da Administração Pública) e “omissivos específicos” (violação de dever individualizado de agir, responsabilidade objetiva). Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta outra condicionante: a de que o estado só responderia se houvesse demonstração de que evento danoso poderia ser por ele impedido¹⁸³.

Na defesa da responsabilização subjetiva do Estado por omissão figuram os juristas brasileiros Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho, Maria Helena Diniz, dentre outros. Com essa dicotomia (comportamentos comissivos e omissivos), não concordam os juristas Almiro do Couto e Silva, Toshio Mukai, Arnaldo Wald e Gustavo Tepedino, entre outros.

Defensor da responsabilização estatal subjetiva em comportamentos por omissão, Celso Antônio Bandeira de Mello assim se manifesta:

Há previsão de responsabilidade objetiva do Estado [indiscutível quando se trata de comportamento comissivo], 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 objetiva¹⁸⁴.

¹⁸² SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *Op. cit.*, p. 7.

¹⁸³ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 777.

¹⁸⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *Op. cit.*, p. 7-8.

Prossegue argumentando que:

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”¹⁸⁵.

Portanto, para Celso Antônio Bandeira de Mello, quando o dano decorre de uma omissão do Estado, como, por exemplo, um serviço não funcionou ou funcionou tardia ou ineficientemente, é de se aplicar à teoria da responsabilidade subjetiva¹⁸⁶.

Ao tratar do tema, Maria Helena Diniz afirma que para haver responsabilidade objetiva do poder público, necessário se faz que haja um comportamento comissivo por parte do Estado. Para a citada autora, somente uma atuação positiva pode gerar, causar ou produzir algum efeito. Assim sendo, defende que em se tratando de comportamento omissivo, a responsabilidade estatal é subjetiva, já que os prejuízos não são causados pelo Estado, mas sim, por acontecimentos alheios a ele, sendo a omissão condição do dano, ou melhor, a ausência do evento enseja a ocorrência da lesão¹⁸⁷.

Por sua vez, Sérgio Cavalieri Filho, seguidor da corrente subjetivista em relação à omissão do Estado, defende o entendimento de que não se pode afirmar, categoricamente, que a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva. Pontua que se deve, antes, distinguir entre “omissão genérica” (que não decorreu diretamente de inação do Estado) e “omissão específica” (quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do não-impedimento do evento). Explica que a hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada pelo ângulo subjetivo, quando se tratar de omissão genérica. No caso de omissão específica será objetiva, tendo em vista que existe o dever individualizado de agir¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *Op. cit.*, p. 8 (grifo do autor).

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 6.

¹⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 434.

¹⁸⁸ Sérgio Cavalieri Filho *apud* SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *Op. cit.*, p. 8.

Em sentido contrário, ou seja, discordando da dicotomia conforme se está diante de atos comissivos ou omissivos, Almiro do Couto e Silva enfatiza que é:

[...] inaceitável adotar um conceito puramente naturalístico de causa, baseado no raciocínio de que a omissão nunca pode ser causa exatamente porque é o "não ser", o nada. Na filosofia e no direito, porém, causa tanto pode ser um comportamento comissivo como omissivo. [...] a ação, no sentido jurídico, é um conceito diferente da ação humana que interessa à filosofia e mesmo às outras ciências. O direito é uma ciência normativa, possuindo conceitos específicos. No plano da filosofia, a omissão não constitui uma ação; mas muitas hipóteses de reparação delitual têm sua fonte no fato de que uma pessoa não fez o que deveria ter feito¹⁸⁹.

No mesmo sentido é a opinião de Gustavo Tepedino:

Argumenta-se [...] que "a omissão pode ser uma condição para que outro evento cause o dano, mas ela mesma (omissão) não pode produzir o efeito danoso. A omissão poderá ter condicionado sua ocorrência, mas não o causou". Daqui decorreria que, "no caso de comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva, atraindo a teoria da culpa anônima ou falta de serviço". O argumento impressiona por sua argúcia, mas não colhe. Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando do legislador constituinte [...]. A Constituição Federal de 1988, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da Administração Pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade o artigo 15, do Código Civil de 1916 [atual artigo 43, do Código Civil de 2002], que se torna, assim, revogado, ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional¹⁹⁰.

De acordo com Augusto Vinícius Fonseca e Silva, se fosse exigida a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade estatal por atos omissivos, a exemplo da opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] restaura-se a situação de desigualdade da vítima/usuário do serviço público danoso, além de constituir a exigência verdadeiro retrocesso na escala evolutiva da responsabilidade civil estatal. A conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser deixada de lado. A vulnerabilidade da parte mais fraca é reconhecimento da cidadania e concretizante do princípio da igualdade material.

Do que conclui, socorrendo-se da doutrina de Alexandre de Moraes:

[...] da necessidade de interpretar o artigo 43, do Código Civil de 2002 a partir da norma constitucional do artigo 37, parágrafo 6º [consitucionalização do direito civil], como forma de reter o direito da responsabilidade civil, é forçoso concluir que a responsabilidade do Estado, inclusive por atos

¹⁸⁹ Almiro do Couto e Silva *apud* DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 777.

¹⁹⁰ Gustavo Tepedino *apud* DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 777-8 (grifos do autor).

omissivos, é objetiva, dispensando-se, assim, qualquer análise acerca do elemento culpa¹⁹¹.

À vista do exposto, verifica-se que no âmbito doutrinário o tema permanece controverso, com reflexos, obviamente, na jurisprudência dos tribunais brasileiros como se passa a exemplificar.

3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS COMPORTAMENTOS COMISSIVOS E OMISSIVOS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Quanto à responsabilidade objetiva do Estado em relação aos atos comissivos, a aceitação é pacífica e não há razões para maiores aprofundamentos. No que diz respeito aos atos omissivos, as teses contraditórias encontradas na doutrina são verificadas também na jurisprudência. Como exemplo ilustrativo dessa verificação, apresentam-se algumas ementas do Supremo Tribunal Federal.

No ano de 1951, o Supremo Tribunal Federal publicou a seguinte ementa:

Ementa: quando provada a culpa, por omissão ou falta de diligência das autoridades policiais, o Estado responde civilmente pelos danos decorrentes de depredações praticadas pela multidão enfurecida. Matéria de fato. Não se conhece do apelo¹⁹².

A referida decisão trata da responsabilidade civil do Estado, matéria que já naquela época vinha provocando controvérsias na doutrina e na jurisprudência, entendendo uns, segundo a teoria clássica, que não existe responsabilidade estatal sem culpa, ao passo que outros defendem a teoria do risco social, fundada no solidarismo, em razões de equidade, segundo o qual os ônus e os benefícios da vida em sociedade devem ser compartilhados por todos os membros da comunidade, tese esta defendida por diversos juristas, dentre eles, o então ministro Orozimbo Nonato.

¹⁹¹ SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *Op. cit.*, p. 10.

¹⁹² BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 17803**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Barros Barreto. Julgado em: 11 out. 1951. Publicado no ADJ de 14 set. 1953. p. 02680; Em 1955, decidiu que “Ementa: o Estado responde pelo dano que a multidão causa a terceiro, em virtude da negligência da autoridade pública” (BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 21866**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Hahnemann Guimarães. Julgado em: 14 out. 1955. Publicado no DJ de 06 dez. 1956. p. 14974).

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal, acompanhando as decisões precedentes, entendeu que o Estado não responde civilmente, ao menos que se prove ter havido de sua parte omissão ou falta de diligência, pois, em face da legislação vigente na época não se admitia, nesse caso, responsabilidade sem culpa. A legislação que se faz referência é o Código Civil de 1916, mais especificamente os artigos 15 e 159, do Código Civil de 1916. Lembre-se que na época já estava em vigor a Constituição Federal de 1946, que consagrou a responsabilidade objetiva do Estado.

Tempos depois, agora em 1976, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, através do relator Ministro Cunha Peixoto, publicou a seguinte ementa:

EMENTA: Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Detento morto por companheiro de cela. A teoria hoje dominante e a que baseia a responsabilidade do Estado, objetivamente, no mau funcionamento do serviço, independentemente da culpa do agente administrativo. Culpa provada dos agentes da Administração Pública por omissão concorrente para a consumação do evento danoso. Recurso extraordinário do Estado não conhecido¹⁹³.

Aqui o Supremo Tribunal Federal já admite a responsabilidade objetiva do Estado, consagrada desde a Constituição de 1946, quando, em seu artigo 194, previa que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, cabendo “ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes” (artigo 194 e parágrafo único), sendo que o artigo 107, da então vigente Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, apenas repetiu o referido texto: “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros” e que “cabará ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

Ou seja, as duas citadas ementas da mesma Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, foram fundamentadas no mesmo direito positivo, porém, com entendimentos diversos. Nessa última, o embasamento está na consagração constitucional da responsabilidade civil do Estado com fundamento na teoria

¹⁹³ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 84072/BA - Bahia**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Cunha Peixoto. Julgado em: 19 nov. 1976. Publicado no DJ de 13 mai. 1977. p. 00923.

objetiva, fazendo-a resultar da causalidade do ato e não da culpabilidade do agente (artigo 107, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969) e não na teoria da responsabilidade subjetiva, nos termos do então vigente artigo 15, do Código Civil de 1916, segundo o qual “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros”, sendo que “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Mais tarde, agora em 1996, sob a égide da Constituição Federal de 1988, proferiu-se a seguinte ementa:

Ementa: indenização - Responsabilidade objetiva do poder público - Teoria do risco administrativo - Pressupostos primários de determinação dessa responsabilidade civil - Dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino - Perda do globo ocular direito - Fato ocorrido no recinto de escola pública municipal - Configuração da responsabilidade civil objetiva do município - Indenização patrimonial devida - Recurso Extraordinário não conhecido. Responsabilidade civil objetiva do poder público - Princípio constitucional. 1. 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. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do poder público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. 2. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do poder público compreendem: a) a alteridade do dano, b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do poder público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima¹⁹⁴.

Verifica-se, portanto, a adesão à teoria do risco administrativo, com aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, inclusive em se tratando de danos a que os

¹⁹⁴ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 109615/RJ - Rio de Janeiro**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 28 mai. 1996. Publicado no DJ de 02 ago. 1996. p. 25785.

agentes públicos houverem dado causa por omissão. O fundamento desse julgamento, diante da conhecida morosidade da justiça brasileira, perpassa a vigência do artigo 107, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 e depois o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988. Nessa ocasião, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que também no caso de comportamento omissivo do Estado aplica-se a responsabilidade civil objetiva do poder público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, ou seja, incide, na hipótese, a regra do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988.

Porém, no ano de 2001, ainda sob a regência da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 1916, no que diz respeito à responsabilidade civil estatal, a mesma Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal aderiu posição diametralmente oposta. Veja-se:

Ementa: Responsabilidade civil do Estado por omissão culposa no prevenir danos causados por terceiros à propriedade privada: inexistência de violação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988. 1. Para afirmar, no caso, a responsabilidade do Estado não se fundou o acórdão recorrido na infração de um suposto dever genérico e universal de proteção da propriedade privada contra qualquer lesão decorrente da ação de terceiros: aí, sim, é que se teria afirmação de responsabilidade objetiva do Estado, que a doutrina corrente efetivamente entende não compreendida na hipótese normativa do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988. 2. Partiu, ao contrário, o acórdão recorrido da identificação de uma situação concreta e peculiar, na qual - tendo criado risco real e iminente de invasão da determinada propriedade privada - ao Estado se fizeram imputáveis às conseqüências da ocorrência do fato previsível, que não preveniu por omissão ou deficiência do aparelhamento administrativo. 3. Acertado, assim, como ficou, definitivamente, nas instâncias de mérito, a existência da omissão ou deficiência culposa do serviço policial do Estado nas circunstâncias do caso - agravadas pela criação do risco, também imputável à Administração Pública -, e também que a sua culpa foi condição *sine qua* da ação de terceiros - causa imediata dos danos -, a opção por uma das correntes da disceptação doutrinária acerca da regência da hipótese será irrelevante para a decisão da causa. 4. Se se entende - na linha da doutrina dominante -, que a questão é de ser resolvida conforme o regime legal da responsabilidade subjetiva (Código Civil de 1916, artigo 15), a matéria é infraconstitucional, insusceptível de reexame no recurso extraordinário. 5. Se se pretende, ao contrário, que a hipótese se insere no âmbito normativo da responsabilidade objetiva do Estado (Constituição Federal de 1988, artigo 37, parágrafo 6º), a questão é constitucional, mas - sempre a partir dos fatos nela acertados - a decisão recorrida deu-lhe solução que não contraria a norma invocada da Lei Fundamental¹⁹⁵.

¹⁹⁵ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 237561/RS - Rio Grande do Sul**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 18 dez. 2001. Publicado no DJ de 05 abr. 2002. p. 00055.

Do corpo do referido julgado extrai-se o entendimento do relator Sepúlveda Pertence que, depois de reconhecer a existência de duas correntes doutrinárias contrapostas no que diz respeito à responsabilidade do Estado por comportamentos omissivos danosos: de um lado aqueles que entendem dever ser aplicada à norma do parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, ou seja, a teoria objetiva, e de outro a tese de que prescinde o mesmo dispositivo constitucional e se rege pelas normas infraconstitucionais da responsabilidade subjetiva; opta pela que considera majoritária: “somente conforme os cânones da teoria subjetiva, derivada da culpa, será admissível imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão”¹⁹⁶.

O tema continua controverso. Vejam-se os seguintes exemplos de julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2002:

Ementa: Agravo Regimental. Sendo certo que não se pode admitir responsabilidade objetiva genérica do Estado, por omissão, quanto a todos os crimes ocorridos na sociedade, no caso, para se chegar à conclusão contrária à que chegou o acórdão recorrido, seria *mister* reexaminar os fatos da causa para se verificar se existiu, ou não, na hipótese sob julgamento, o nexo de causalidade negado pelo acórdão recorrido, por não ter havido falha específica da Administração Pública, mas, sim, dolo de terceiros, não sendo cabível para isso o recurso extraordinário. Agravo a que se nega provimento¹⁹⁷.

Outro exemplo:

Ementa: constitucional. Responsabilidade objetiva do Estado. Artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988. Danos causados por terceiros em imóvel rural. Descumprimento de ordem judicial. Indenização. Ilegitimidade de parte. Denúnciação da lide. Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do poder público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos¹⁹⁸.

No mesmo sentido:

¹⁹⁶ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 237561/RS - Rio Grande do Sul**. *Op. cit.*, p. 00055.

¹⁹⁷ BRASIL, Jurisprudência. **AI-AgR nº 350074/SP - São Paulo**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 09 abr. 2002. Publicado no DJ de 03 mai. 2002. p. 00015.

¹⁹⁸ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 283989/PR - Paraná**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 28 mai. 2002. Publicado no DJ de 13 set. 2002. p. 00085.

Ementa: Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença¹⁹⁹.

Essas decisões aceitam a tese de que não apenas o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, implícito no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, mas também a doutrina e a jurisprudência, têm firmado decisão no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado por ato omissivo, somente cabendo exoneração no caso de culpa exclusiva da vítima, ou motivo de força maior.

Porém, em novembro de 2003, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio do relator ministro Carlos Velloso, negou provimento a recurso extraordinário no qual se pretendia, sob alegação ao artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, a reforma do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que, entendendo caracterizada na espécie a responsabilidade objetiva do Estado, reconheceu o direito de indenização devida a filho de preso assassinado dentro da própria cela por outro detento. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, embora salientando que a responsabilidade por ato omissivo do Estado caracteriza-se 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:

Ementa: constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do estado. Ato omissivo do poder público: detento morto por outro preso. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. Constituição Federal de 1988, artigo 37, parágrafo 6º. 1. tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência -, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público,

¹⁹⁹ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 215981/RJ - Rio de Janeiro**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Néri Da Silveira. Julgado em: 08 abr. 2002. Publicado no DJ de 31 mai. 2002. p. 00048.

de forma genérica, a falta do serviço. 2. a falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. 3. detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. 4. Recurso Extraordinário conhecido e não provido²⁰⁰.

No mesmo mês, ao tratar de responsabilidade por danos ambientais decorrentes de conduta “omissiva” do Estado, decidiu no sentido de que sua responsabilização civil deverá estar fundada em ato ilícito, consubstanciado em negligência, imprudência ou imperícia que estão, por sua vez, associadas umbilicalmente à conduta culposa, não sendo exigida, assim, a individualização do responsável por não ter agido de forma pertinente, bastando, para tanto, que a atuação do Estatal fosse exigível a ponto de se conceber injustificada a omissão²⁰¹. Assim resultou ementado e publicado o referido julgamento:

Ementa: constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil das pessoas públicas. Ato omissivo do poder público: latrocínio praticado por apenado fugitivo. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. Constituição Federal de 1988, artigo 37, parágrafo 6º. 1. tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. 2. a falta do serviço - *faute du service dos franceses* - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. 3. latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. 4. recurso Extraordinário conhecido e provido²⁰².

No mesmo sentido:

Ementa: constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo do poder público: detento ferido por outro detento. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. Constituição Federal de 1988, artigo 37, parágrafo 6º. 1. tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. 2. a falta do serviço - *faute du service dos franceses* - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo

²⁰⁰ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 372472/RN - Rio Grande do Norte**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 04 nov. 2003. Publicado no DJ de 28 nov. 2003. p. 00033.

²⁰¹ SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *Op. cit.*, p. 8.

²⁰² BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 369820/RS - Rio Grande do Sul**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 04 nov. 2003. Publicado no DJ de 27 fev. 2004. p. 00038.

de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. 3. detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. 4. Recurso Extraordinário conhecido e provido²⁰³.

Nesse pensar, para o ressarcimento dos atos e fatos estranhos à atividade administrativa, a indicação é pela observância do princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí as razões, por exemplo, da exigência de prova da culpa da Administração Pública nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Seguindo-se esse raciocínio, o ressarcimento pela Fazenda Pública só seria devida comprovando-se a culpa da Administração Pública. Curiosamente esse entendimento se coaduna com uma decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal proferida em 1952, veja-se: “Ementa: Recurso Extraordinário. Responsabilidade civil do Estado por danos causados pela multidão, quando caracterizada a omissão culposa daquele, na defesa da propriedade contra as investidas de populares”²⁰⁴. O julgador adotou a teoria clássica, que se fundava no critério civilístico da culpa, teoria então dominante no direito positivo da época, e consoante com as precedentes decisões do Supremo Tribunal Federal da década de cinquenta.

Essa também vem sendo a posição aderida pelo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Administrativo - Responsabilidade civil do Estado - Ato omissivo - Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado. 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexos 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

²⁰³ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 382054/RJ - Rio de Janeiro**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 03 ago. 2004. Publicado no DJ de 01 out. 2004. p. 00037.

²⁰⁴ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 17746**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Rocha Lagoa. Julgado em: 28 out. 1952. Publicado no ADJ de 13 fev. 1956. p. 0022627.

fuga e suicídio posterior do paciente. 5. Incidência de indenização por danos morais. 7. Recurso especial provido²⁰⁵.

No mesmo sentido, veja-se a recente decisão, também do Superior Tribunal de Justiça.

Administrativo - Responsabilidade civil do Estado por ato omissivo - Queda de entulhos em residência localizada à margem de rodovia. 1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexos 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 da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto. 4. Recurso especial improvido²⁰⁶.

Vê-se, portanto, que apesar dos avanços no direito positivo brasileiro, ainda contrapõem-se doutrina e a jurisprudência.

Em suma, verifica-se que a responsabilidade civil imputada ao Estado por ato comissivo danoso de seus agentes é objetiva (artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988), impondo-lhe o dever de indenizar, mediante, obviamente, a verificação do dano ao patrimônio de outrem e do nexos causal entre o dano e o comportamento do agente público. A responsabilidade objetiva do Estado é afastada somente se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima, por isso, diz-se “teoria do risco administrativo”. Porém, no caso de ato omissivo danoso, a doutrina está dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva.

Prevalece, contudo, na jurisprudência (aqui verificada ilustrativamente no ementário do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça), prevalece na jurisprudência à teoria subjetiva do ato omissivo, de modo que, na prática, apesar das opiniões doutrinárias discordantes, somente é possível receber a

²⁰⁵ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Especial nº 602102/RS - Rio Grande do Sul**. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 06 abr. 2004. Publicado no DJ de 21 fev. 2005. p. 146.

²⁰⁶ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Especial nº 721439/RJ - Rio de Janeiro**. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 21 ago. 2007. Publicado no DJ de 31 ago. 2007 p. 221.

indenização do Estado por comportamento omissivo danoso quando for provada a culpa do agente público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento deste estudo, foram expostas as teorias que fundamentam a obrigação da Administração Pública reparar danos patrimoniais provocados contra terceiros por agentes públicos, no exercício de suas atribuições ou na alegação de exercê-las.

É importante frisar o aperfeiçoamento pelo qual passou a questão da responsabilidade civil da Administração Pública, saindo do campo da completa irresponsabilidade, seguindo a trilha da responsabilidade com culpa e assentando bases, modernamente, na teoria da responsabilidade sem culpa, ou responsabilidade objetiva do Estado, como é conhecida. Contudo, a evolução teve de superar várias fases, não se dando sem grandes e acaloradas discussões doutrinárias.

Destarte, a doutrina subjetivista da responsabilidade civil do Estado iniciou sua caminhada, rumo à concepção moderna (alicerçada na prescindibilidade de análise acerca da existência ou não do elemento culpa), através da teoria da culpa administrativa, pela qual a ausência da prestação do serviço devido pela Administração Pública fazia concluir pela incidência do dever de reposição. Atende-se, assim, a um critério objetivo (falta do serviço), mas não se dispensa prova quanto à efetiva falta, o que na verdade se traduz no elemento culpa, embora em modalidade especial, a culpa administrativa.

A isso se seguiu a teoria do risco, segundo a qual a obrigação de reparar o dano exsurge do simples fato da ocorrência de ato lesivo ou indevido, provocado pelo Estado contra o cidadão/vítima. Dispensa a prova da falta do serviço (acidente administrativo) e mesmo a culpa da Administração Pública, por seus agentes, é irrelevante para a caracterização do dever de recomposição. Presume-se haver culpa em função do risco que assume em relação aos administrados ao chamar o Estado, para si, o poder de prestar alguma espécie de serviço. Dispensa-se de toda a verificação da falta do serviço, ou, como frisado, da culpa. Ao assumir o risco de

causar prejuízo, o poder público abraça automaticamente eventual dever de restabelecer o patrimônio do lesado.

Esta responsabilidade civil objetiva do Estado é, assim, a obrigação de ressarcir que lhe incumbe em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

A teoria objetiva fundamenta-se na teoria do risco, ou seja, baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Como pontuou Carlos Mário da Silva Velloso:

Segundo esta teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público²⁰⁷.

É importante considerar que a responsabilidade civil do Estado, fundada no risco, não pode ser confundida com a obrigação, a cargo do poder público, de ressarcir os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificado certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial.

Muito embora alguns autores prefiram dividir a teoria do risco em teoria do risco administrativo e do risco integral, a distinção se dá não em relação ao conceito, mas apenas em função do efeito, ou seja, da possibilidade de se admitir a contraprova de excludente de responsabilidade, do risco administrativo, não admitida no risco integral. Todavia, deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco, se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado, quando existir outros fatores, voluntários ou não, que tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto.

Assim, a aceitação da teoria do risco não significa que o Estado é responsável em qualquer circunstância. Não obstante a proclamação da

²⁰⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte, Del Rey, 1994. p. 477.

responsabilidade se aplicam, no que couber, as causas excludentes e atenuantes de responsabilidade, porque embora predomine a responsabilidade objetiva, a culpa da vítima pode afastar ou diminuir a responsabilidade.

Como se vê, em âmbitos gerais, a teoria que fundamenta a responsabilidade objetiva do Estado é a teoria do risco, pura e simples, com nuances diferentes apenas na sua aplicação, dependendo dos fatos e de como se exteriorizam na prática. Porém, no caso de ato omissivo do Estado, danoso aos administrados, a doutrina está dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva. No âmbito jurisprudencial, prevalece a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo que só é possível responsabilizar civilmente o Estado por comportamento omissivo danoso quando for provada a culpa do agente público.

Ousando discordar dessa postura jurisprudencial, defende-se a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, com incidência tanto nos comportamentos comissivos quanto omissivos da Administração Pública, bastando, pois, o dano e a relação causal entre o comportamento e o dano. Os argumentos encontram respaldo na interpretação sistemática do direito, eis que o advento da Constituição Federal de 1988 promoveu uma mudança de paradigmas do direito, que ainda não foi devidamente assimilada pelos operadores jurídicos.

Não restam dúvidas de que o direito civil codificado foi por longo período o normativo máximo no Brasil. Contudo, atualmente, no Estado Democrático de Direito, os institutos de direito privado subsumem-se ao direito constitucional, já que o sistema jurídico é estruturado a partir da Constituição Federal de 1988, que condiciona e valida todos os ramos do direito. Nesse novo contexto, ocorre uma “substituição dos fundamentos constitucionais do direito civil pelos fundamentos civis do direito constitucional”²⁰⁸.

Esse cenário exige a releitura do direito positivado a partir da Constituição Federal, ou seja, não apenas as leis infraconstitucionais devem ser adequadas aos princípios constitucionais (tanto fundamentais quanto jurídicos), como os novos

²⁰⁸ Francisco Amaral *apud* SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *Op. cit.*, p. 9.

textos legislativos precisam ser interpretados a partir do texto constitucional. Uma determinada norma não pode ser interpretada de forma isolada, mas enquanto inserida no sistema jurídico, sistema esse reconstruído em torno da Constituição Federal de 1988.

É por meio da utilização da interpretação sistemática que se deve lido o texto do artigo 43, do Código Civil de 2002, ou seja, não em seu texto individualizado, mas a partir do exposto no correspondente artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988. Por se tratar de normas públicas, porque regulam atividades do Estado, inexoravelmente atrelado ao princípio da legalidade, o intérprete não pode fazer distinções ou inserções que não constem no texto da lei. Interpretar de forma sistemática é analisar o texto legislativo no contexto do sistema jurídico e não criar novos direitos não legalmente previstos ou negligenciar os existentes. Significa dizer que o intérprete deve interpretar a lei de maneira que esta resulte conforme a norma constitucional a que está subordinada, sem discrepar dos princípios gerais que informam e irradiam da Constituição Federal de 1988 sobre todo o sistema jurídico.

Assim sendo, o fato de se exigir a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade do Estado em hipóteses de comportamentos omissivos danosos, restaura uma já não admitida situação de desigualdade do usuário do serviço público danoso frente ao Estado (os particulares, frente à máquina estatal, devem ser reconhecidos como vulneráveis, só assim é possível concretizar o princípio da igualdade e o respeito à cidadania). Ademais, significa um retrocesso no processo evolutivo da responsabilidade civil da Administração Pública rumo à sua objetivação, como se viu do comparativo entre dois julgados de situações e decisões similares ocorridas uma recentemente e outra na década de cinquenta.

Para além disso, o texto do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 não faz nenhuma referência ao elemento “culpa” como requisito indispensável à caracterização da responsabilidade estatal por comportamento omissivo danoso: “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 [...]”, ou seja, na relação entre a Administração Pública e seus administrados, não resta outra interpretação se não a da aplicação

da responsabilidade objetiva. O direito de regresso assegurado ao Estado em relação aos seus agentes é que deve fundamentar-se em dolo ou culpa (“[...] assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”). Não parece a melhor postura interpretativa fazer distinções onde o Constituinte optou por não fazer. Não fora isso, o artigo 43, do Código Civil de 2002 traz texto materialmente idêntico ao texto constitucional correspondente. Veja-se:

Artigo 43: as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo (Código Civil de 2002).

Parágrafo 6º: 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988).

Seguindo-se essa linha de pensamento, em atenção a eventual interpretação literal, defende-se que o texto do artigo 43, do Código Civil de 2002 deve ser interpretado a partir do texto do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, promovendo-se a necessária releitura do direito privado como indica a constitucionalização dos direitos promovidas pelo Estado de Direito Democrático, no sentido de se admitir que a responsabilidade civil estatal é objetiva, sem a necessidade da investigação acerca da culpa, também em se tratando de comportamentos omissivos danosos.

Conclui-se, portanto, que a teoria do risco administrativo, consagrada nos sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Constituição de 1946, confere o necessário e suficiente fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do poder público pelos danos a que seus agentes vierem a dar causa, por comportamentos comissivos ou omissivos. Essa interpretação, que reconhece o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do poder público, leva ao entendimento de que a simples ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado obriga-o à indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 17 dez. 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAMPOS, Ronnie Leal. **A responsabilidade patrimonial do Estado por conduta comissiva e o direito de regresso**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1332, 23 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9524>>. Acesso em: 19 dez. 2007. p. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 9. ed., v. 7. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIUZA, Ricardo (coord.); *et alli*. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 3. ed. rev. ampl. e atual., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. In: *Jus Navigandi*,

- Teresina, a. 7, nº 106, 17 out. 2003. Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em 17 dez. 2003.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano moral, dano material e reparações**. Porto Alegre: Sagra: DC Luzzato, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- MÉXICO, Legislação. **Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal**. Disponível em:
<<http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-libro4.html>>. Acesso em: 17 dez. 2007.
- MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. **A reparação do dano moral no direito civil**. Trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina de Direito Civil na Constituição do Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Gustavo Tepedino. 2º semestre de 1995.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PORTUGAL, Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**: sétima revisão constitucional - 2005. Aprovada em 02 de abril de 1975, em vigor desde 25 de abril de 1976. In: *Portal do Governo*. Disponível em:
<http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/>. Acesso em: 14 ago. 2007.
- RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. 12. ed., v. 4. São Paulo: Saraiva, 1989.
- SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **A responsabilidade objetiva do Estado por omissão**. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Caderno de Direito Civil, nº 25, p. 5-11. Brasília, abr./jun. 2004.
- SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Thex, 1995.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.
- WIKIPÉDIA, a Enciclopédia Livre. **Dolo e Culpa**. [s.d.]. Disponível em:
<<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 17 dez. 2007.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL, Jurisprudência. **AI-AgR nº 350074/SP - São Paulo**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 09 abr. 2002. Publicado no DJ de 03 mai. 2002. p. 00015.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Especial nº 602102/RS - Rio Grande do Sul**. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 06 abr. 2004. Publicado no DJ de 21 fev. 2005. p. 146.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Especial nº 721439/RJ - Rio de Janeiro**. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 21 ago. 2007. Publicado no DJ de 31 ago. 2007 p. 221.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 109615/RJ - Rio de Janeiro**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 28 mai. 1996. Publicado no DJ de 02 ago. 1996. p. 25785.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 17746**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Rocha Lagoa. Julgado em: 28 out. 1952. Publicado no ADJ de 13 fev. 1956. p. 0022627.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 17803**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Barros Barreto. Julgado em: 11 out. 1951. Publicado no ADJ de 14 set. 1953. p. 02680.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 215981/RJ - Rio de Janeiro**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Néri Da Silveira. Julgado em: 08 abr. 2002. Publicado no DJ de 31 mai. 2002. p. 00048.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 21866**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Hahnemann Guimarães. Julgado em: 14 out. 1955. Publicado no DJ de 06 dez. 1956. p. 14974.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 237561/RS - Rio Grande do Sul**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 18 dez. 2001. Publicado no DJ de 05 abr. 2002. p. 00055.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 283989/PR - Paraná**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 28 mai. 2002. Publicado no DJ de 13 set. 2002. p. 00085.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 369820/RS - Rio Grande do Sul**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 04 nov. 2003. Publicado no DJ de 27 fev. 2004. p. 00038.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 372472/RN - Rio Grande do Norte**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 04 nov. 2003. Publicado no DJ de 28 nov. 2003. p. 00033.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 382054/RJ - Rio de Janeiro**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 03 ago. 2004. Publicado no DJ de 01 out. 2004. p. 00037.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 84072/BA - Bahia**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Cunha Peixoto. Julgado em: 19 nov. 1976. Publicado no DJ de 13 mai. 1977. p. 00923.

LEGISLAÇÃO

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>.
Acesso em: 17 dez. 2007.

BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.
Acesso em: 17 dez. 2007.

BRASIL, Constituição (1969). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em:
<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/30/1969/1.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.
Acesso em: 17 dez. 2007.