

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

PEDRO AIDOS LEAL

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO  
POR SUA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA**

Porto Alegre  
2012

PEDRO AIDOS LEAL

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR  
SUA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como cumprimento de requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Professora Doutora Vivian  
Pantaleão Caminha.

Porto Alegre  
2012

PEDRO AIDOS LEAL

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR  
SUA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como cumprimento de requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA:**

\_\_\_\_\_  
  
\_\_\_\_\_  
  
\_\_\_\_\_

Porto Alegre  
2012

## RESUMO

Este trabalho analisou a responsabilidade civil do Estado por sua atuação administrativa. Primeiro, foram apresentadas as noções gerais necessárias à compreensão do tema, e a evolução histórica da matéria foi traçada. Após, estudaram-se as diferenças entre a responsabilidade do Estado por condutas comissivas e aquela por condutas omissivas, concluindo-se que a primeira é objetiva e a segunda, subjetiva. Enfim, os aspectos processuais mais importantes foram delineados. O objetivo deste trabalho é aclarar o modo como o ordenamento jurídico pátrio regula a matéria.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. Atuação Administrativa. Regulação da Matéria.

## **ABSTRACT**

This paper examined the aquilian liability of the state for its administrative action. First the general concepts necessary to understanding the subject were presented, and the historical evolution of the matter was drawn. Afterward the differences between the state liability for comissive conducts and for omissive ones were studied, concluding that the former is objective and the second is subjective. Finally, the most important procedural aspects were outlined. The aim of this study is to clarify how the law regulates the matter.

**Keywords:** Aquilian Liability of The State. Administrative Action. Legal Regulation.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	7
<b>2 NOÇÕES PRELIMINARES</b>	9
<b>2.1 A responsabilidade civil frente à responsabilidade penal e administrativa</b>	10
<b>2.2 A responsabilidade civil</b>	10
<b>2.3 Responsabilidade subjetiva <i>versus</i> objetiva</b>	11
<b>2.4 Responsabilidade contratual <i>versus</i> extracontratual</b>	12
<b>3 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO</b>	14
<b>3.1 Da definição de responsabilidade civil do Estado por sua atuação administrativa</b>	14
<b>3.2 Responsabilidade civil do Estado por atos lícitos</b>	15
<b>3.3 Responsabilidade <i>versus</i> sacrifício de direito</b>	17
<b>3.4 Evolução histórica</b>	19
3.4.1 A fase da irresponsabilidade	20
3.4.2 A fase da responsabilidade subjetiva do Estado	21
3.4.3 A teoria civilista ou teoria da culpa individual	22
3.4.4 O advento das teorias publicistas	23
3.4.5 Evolução no Brasil	26
<b>3.5 Os fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado</b>	28
<b>3.6 A responsabilidade objetiva do Estado por condutas comissivas de seus agentes</b>	30
3.6.1 Os sujeitos passivos da obrigação de indenizar	30
3.6.2 O agente causador do dano	31
3.6.3 Conduta comissiva, dano e nexos causal	33
3.6.3.1 Nexos de causalidade	34
3.6.3.2 O dano	36
3.6.4 Responsabilidade do Estado por danos de obra pública	41
<b>3.7 A responsabilidade subjetiva do Estado por condutas omissivas de seus agentes</b>	44
3.7.1 Responsabilidade subjetiva	45
3.7.2 Danos decorrentes de situações perigosas criadas pelo Estado	46
<b>3.8 Excludentes da responsabilidade civil do Estado</b>	48
3.8.1 Fato exclusivo da vítima ou de terceiro	48
3.8.2 Caso fortuito e força maior	49
3.8.3 Legítima defesa e estado de necessidade	50
<b>3.9 Responsabilidade dos prestadores de serviços públicos</b>	52
3.9.1 Responsabilidade subsidiária do Estado	55
<b>3.10 Direito de regresso contra o agente</b>	56
<b>4 ASPECTOS PROCESSUAIS</b>	57
<b>5 CONCLUSÃO</b>	60
<b>REFERÊNCIAS</b>	62

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil extracontratual do Estado é matéria candente, decorra ela de sua atuação administrativa, legislativa ou jurisdicional. Muitas são as ações que a versam no Poder Judiciário brasileiro. Contudo, tendo em vista a excentricidade dos princípios que a regem, ela inspira muitas controvérsias, ensejando um repensar sobre o assunto.

O presente trabalho tem como escopo, assim, o exame dos casos em que tal responsabilidade ocorre. Todavia, optou-se pelo tratamento de apenas uma dela. É, porém, fração significativa, pela quantidade e profundidade dos casos que alcança. O trabalho restringe-se, assim, à responsabilidade civil extracontratual do Estado por sua atuação administrativa.

Não se cuidará nem da reponsabilidade do Estado por sua atuação legislativa, nem da reponsabilidade por sua atuação jurisdicional, por causa das especificidades que lhe são inerentes, que merecem, seguramente, um trabalho dedicado exclusivamente a elas.

A questão central, pois, está em traçar os contornos da responsabilidade estatal pela atuação administrativa, atentando, principalmente, para os aspectos materiais, mas sem descurar os aspectos processuais mais relevantes.

Nossa principal hipótese é a de que a responsabilidade do Estado poderá ser tanto objetiva como subjetiva, dependendo do tipo de conduta que causa o dano: se comissiva, objetiva; se omissiva, subjetiva.

Para alcançar o nosso propósito, o trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro, faz-se uma breve abordagem sobre os conhecimentos gerais necessários para o entendimento do assunto; no segundo, abordamos os já mencionados aspectos matérias e no terceiro capítulo, são os aspectos processuais que nos ocupam.

O Método utilizado nesta monografia é a revisão bibliográfica, visando a coletar o maior número de dados doutrinários acerca do tema.

## 2 NOÇÕES PRELIMINARES

### 2.1 A responsabilidade civil frente à responsabilidade penal e administrativa

Nos primórdios da história, não havia distinção entre responsabilidade civil, penal e administrativa. Em geral, a uma lesão seguia-se a vingança privada. Tempos depois, foi vedada a justiça de mão própria, passando a ser obrigatória a compensação econômica: “Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal”. (Gonçalves, C. R., 2011, p. 25).

A diferença entre pena e reparação ainda era tênue, mas começou a ser elaborada pelos romanos, quando separaram os delitos públicos dos delitos privados. Nos primeiros, a pena recolhida vertia aos cofres estatais; nos segundos, às vítimas. (Gonçalves, C. R., 2011, p. 25). Porém, apenas com a *Lex Aquilia*, os romanos traçaram decisivamente os princípios gerais da responsabilidade civil.

O direito francês aperfeiçoou as ideias românicas, deixando-a ainda mais parecida com o que é hoje. Abriu-se mão, enfim, de enumerar os casos em que a composição do dano era obrigatória, e estabeleceu-se a norma geral de que havendo dano causado com culpa, nasce a obrigação de indenizar, a fim de restabelecer o *status quo ante*. (Gonçalves, C. R., 2011, p. 26).

A responsabilidade penal, por seu turno, é diferente desta que estamos tratando. Ela não visa a recompor um prejuízo, a fazer as coisas retornarem ao que eram antes; ela tem no seu âmago a ideia de punição, mais do que a de reparação. Obviamente, ambas punem; a segunda, porém, o faz diretamente, e a primeira, apenas indiretamente.

Dúvidas surgem, quando se fala em dano moral, cuja reparação, segundo muitos doutrinadores, teria forte caráter punitivo. Ocorre que esse é um caso especial, que não tem o condão de destruir as distinções conceituais que tem sobrevivido e sido úteis ao longo de séculos.

No concernente à responsabilidade administrativa, pode-se dizer que ela não está ligada à recuperação da situação anterior ao dano, ou seja, à composição econômica, no que se assemelha à penal. Todavia, distingue-se desta; é que a responsabilidade administrativa, em suma, não leva ninguém à prisão; não impõe ao indivíduo a privação de sua liberdade.

Como o Direito Penal tem lançado mão, cada vez mais, de novas soluções - penas pecuniárias, restritivas de direito, etc. - torna-se difícil saber de que tipo de responsabilidade estamos falando quando estas novas soluções são aplicadas; se da administrativa ou da penal.

A isso se responde que a responsabilidade será civil, penal, ou administrativa, dependendo da natureza da norma em que ela esteja prevista. Essa é, porém, uma resposta fugaz, pois nada diz quanto à determinação da natureza de quaisquer dessas normas.

Pode-se afirmar, igualmente, que é o legislador quem determina, ao seu arbítrio, se uma norma estabelece responsabilidade penal ou administrativa, o que é uma resposta válida, a nosso ver.

De qualquer forma, essa é uma seara complicada, e o que podemos concluir é que é mais fácil distinguir a responsabilidade civil da penal e da administrativa, do que distinguir estas duas últimas entre si.

## **2.2 A responsabilidade civil**

A responsabilidade civil sempre nasce de um dever jurídico violado, o chamado dever jurídico originário. Violado este, nasce um dever jurídico sucessivo, ou seja, a reponsabilidade.

Aponta Sérgio Cavalieri Filho:

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido Jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da

violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

Percebeu-se, inicialmente na Alemanha, que há dois momentos distintos na relação obrigacional: o do débito (*Shuld*) - quando há obrigação de realizar a prestação, seja por ação ou omissão do devedor - e o da responsabilidade (*Haftung*) - quando é dada ao credor a possibilidade de executar o patrimônio do devedor, a fim de ser indenizado pelo inadimplemento da obrigação previamente existente. (GONÇALVES, C. R., 2011, pp. 20-21).

### **2.3 Responsabilidade subjetiva versus objetiva**

Nos primórdios do direito, vigia a responsabilidade sem culpa. Quando alguém causava dano a outrem, tornava-se responsável sem maiores considerações. A noção de culpa, porém, foi elaborada pelos romanos e tem sido um elemento imprescindível da responsabilidade civil ao longo da história. A essa tradicional elaboração da responsabilidade civil denomina-se responsabilidade subjetiva.

Todavia, com a revolução industrial, com a sociedade de consumo, com a atuação estatal mais intensa, com os maiores riscos que se espraiaram pela sociedade nos últimos séculos, percebeu-se a insuficiência da concepção reinante, e agora se adota, com cada vez mais frequência, a responsabilidade objetiva, que se satisfaz com o dano e o nexo de causalidade que o liga ao agente que o causou:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa (GONÇALVES, C. R., 2011, p. 48).

Entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva nem sempre houve um salto abrupto, mas às vezes se sucedeu um processo gradual, em que primeiro se admitia que o lesado não precisasse provar a culpa daquele que causou o dano, embora

este pudesse se eximir provando que agiu com diligência. Ou seja, a presunção *juris tantum* de culpa foi um passo na direção da responsabilidade objetiva, ao menos em alguns casos.

Como exemplo, cita-se a responsabilidade por fato de terceiro: na vigência do Código Civil de 1916, a jurisprudência predominante acatou a responsabilidade com presunção de culpa; já o Código Civil de 2002, dando um passo à frente, consagrou a responsabilidade objetiva dos pais, dos tutores e curadores, do empregador ou comitente, etc. pelos danos causados pelos terceiros respectivos. (BRASIL, 2002).

#### **2.4 Responsabilidade contratual versus extracontratual**

A responsabilidade civil será contratual ou extracontratual.

Como vimos, a responsabilidade nasce da violação de um dever jurídico. Este dever pode ter origem em uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou advir de um princípio geral de Direito, inerente a este, o *neminem ledere*.

No primeiro caso, a violação do dever gera um ilícito contratual ou relativo, pois viola uma obrigação criada pela vontade das partes. A violação do segundo, por sua vez, gera um ilícito extracontratual ou aquiliano, pois não havia qualquer relação anterior entre a vítima e o causador do dano.

Afirma Sérgio Cavalieri Filho:

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.15).

Este trabalho aborda a responsabilidade civil extracontratual do Estado, pois aquela decorrente dos contratos que o Estado firma com terceiros obedece a outros critérios.

### 3 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

#### 3.1 Da definição de responsabilidade civil do Estado por sua atuação administrativa

Antes de qualquer coisa, um adendo deve ser feito: a responsabilidade civil é do Estado, não da administração pública, como às vezes é dito. É que apenas aquele tem personalidade 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. (DI PIETRO, 2004, p. 561).

Dito isso, Celso Antônio Bandeira de Mello define a responsabilidade civil extracontratual do Estado, que ele chama de responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, da seguinte forma:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELLO, C. A. B., 2006, p. 937).

Tentaremos a seguir explicar analiticamente o conceito.

A primeira observação a ser feita é quanto ao que o autor está definindo. Ele se preocupa é com a responsabilidade do Estado por sua atuação administrativa. Isso está claro, em primeiro lugar, pelo título do capítulo em que trata do assunto – “Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos” – e, em segundo lugar, por ele não fazer nenhuma menção, no referido capítulo, à responsabilidade pela atuação jurisdicional e legislativa. Ademais, a própria definição não tem como se aplicar à responsabilidade por atuação legislativa e à por atuação jurisdicional, porquanto estas seguem princípios específicos.

Igualmente, ocupa-se o autor, tão-somente, da responsabilidade extracontratual do Estado.

Creemos que já tratamos adequadamente da obrigação de reparar os danos. Como se afirmou anteriormente, a responsabilidade é um dever sucessivo, ou uma obrigação sucessiva de reparar um dano. A ideia de reparação de um dano é imanente à responsabilidade civil, não importa a quem ela seja imputada.

O conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se a “danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem”. Aqui devemos pôr ênfase na expressão “juridicamente garantida”, pois esta expressão limitará a responsabilidade civil do Estado. Afinal, como será visto adiante, não é qualquer dano que gerará a obrigação de indenizar.

Quanto aos comportamentos ensejadores da responsabilidade do Estado, o autor sustenta que eles podem ser lícitos, comissivos ou omissivos. Comissivos ou omissivos, nós não temos dúvidas de que possam sê-lo. O que se questiona é se eles podem ser lícitos e, ainda assim, ensejar a responsabilidade civil.

### **3.2 Responsabilidade civil do Estado por atos lícitos**

Alguns autores consideram que o Estado tem a obrigação de indenizar mesmo quando ele age licitamente. Outros afirmam que o Estado não responderia civilmente, a não ser que cometesse ato ilícito.

Um exemplo do primeiro caso é Edmir Netto de Araújo:

A responsabilidade do Estado por ato lícito é tema que vem sendo cada vez mais versado na doutrina brasileira, sempre no sentido de que independe a responsabilidade da ilicitude dos atos, porque decorre fundamentalmente do dano e do consenso que o respectivo prejuízo deve ser repartido entre a coletividade (justiça social e equidade), elementos que lastreiam a teoria objetiva “sem culpa” da responsabilidade do Estado. (ARAÚJO, 205, p. 735).

Igualmente, Lucia Valle Figueiredo:

Se a Administração, desde o Estado de Direito, só pode agir “sob a lei”, na definição de Otto Mayer, ou *secundum legem*, como quer Stassinopoulos, às pp. 19 e 20 de seu *Traité*, ao desbordá-la ou afrontá-la, ensejará direitos aos administrados passíveis de ressarcimento, como contrapartida de seu dever. Doutra parte, se a Administração, ao dar cumprimento a suas funções, ao exercer, de conseguinte, suas competências-deveres, lesar o administrado, **também responderá por ato ilícito** (grifo nosso), sob fundamento do princípio da igualdade (se todos são iguais perante a lei, também o deve ser no tocante às cargas públicas). (FIGUEIREDO, 2000, p. 261).

Exemplo de autor que sustenta decorrer a responsabilidade do Estado apenas de atos ilícitos é Sérgio Cavalieri Filho. A questão é levantada somente no que toca à responsabilidade objetiva - aliás, a toda ela, não apenas a do Estado (na responsabilidade subjetiva, a conduta será necessariamente ilícita). Nessa perspectiva, o autor escreve:

[...] Há também os que sustentam que a obrigação de reparar sem culpa não é o caso de responsabilidade, e sim de uma simples garantia – o que *data vênia*, se me afigura navegar de costas para o futuro, remando contra a maré. Estando universalmente reconhecida e consagrada a responsabilidade objetiva, cujos domínios cada vez mais se expandem, não há mais espaço para se contestar a existência de responsabilidade nos casos de indenização sem culpa.

Orlando Gomes, por sua vez, entende que quando a responsabilidade é determinada sem culpa o ato não pode, a rigor, ser considerado ilícito (Introdução ao Direito Civil, 3º ed., Forense, p.447). Nessa linha de entendimento, outros autores sustentam que em última análise, a diferença essencial entre os sistemas de responsabilidade subjetiva e objetiva reside na *ilicitude* ou *licitude* da conduta do agente. A responsabilidade subjetiva sempre estaria relacionada a um *ilícito*, ao passo que a responsabilidade objetiva estaria ligada a um comportamento *lícito*.

Tal como o anterior, este entendimento está também na contramão da História. Não há que se falar em ato lícito se em todos os casos de responsabilidade objetiva – do transportador, **do Estado** (grifo nosso), do fornecedor etc. – há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a *ilicitude*. Ora será o dever de incolumidade, ora o dever de segurança – mas, como veremos, haverá sempre o descumprimento de uma obrigação originária. (CAVALIERI FILHO, 2010, pp. 8-9).

Realmente, se é correta a construção doutrinária de que a responsabilidade decorre da violação de um dever jurídico anterior, é inafastável a conclusão de que não há responsabilidade do Estado quando, embora esteja obrigado a indenizar, ele age dentro do direito, ou seja, se a sua conduta é lícita. Nesse caso, a obrigação de indenizar decorreria de uma mera garantia, e seria inapropriado falar em “responsabilidade” objetiva.

Contudo, isso não tem de ser assim. Em vez de jogar no lixo pilhas de livros e artigos que usam a expressão, pode-se ampliar o significado de ato ilícito, para que abranja também as condutas danosas praticadas sem culpa ou dolo, nos casos que determinar o legislador.

Assim, em um contrato de transporte por ônibus municipal, por exemplo, em que se fala, sem titubeios, na doutrina e jurisprudência, em “responsabilidade” objetiva quando o passageiro sofre danos, mesmo que sejam causados sem culpa pelo meio de transporte, a ilicitude derivaria, sim, da violação de um dever jurídico, qual seja, o dever de incolumidade, mencionado acima pelo autor. O mesmo deve ser dito no que toca aos danos causados pelo Estado, em relação aos quais se admite a responsabilidade sem culpa; haveria também um dever de incolumidade.

Verifica-se, assim, que a responsabilidade civil objetiva, incluída a do Estado, será também por ato ilícito, assim como a subjetiva. A única diferença é que a violação do dever jurídico é mais fácil em uma que na outra – em uma, o mero causar um dano já viola o dever jurídico; na outra, o dano tem de ser causado, ademais, com negligência, imprudência, imperícia ou dolo.

É oportuno ressaltar que toda essa explicação tem a sua importância, muito embora as soluções práticas dos advogados de cada uma das duas posições não seriam distintas. É que, como diz o mestre Orlando Gomes:

A necessidade de conhecer a técnica do Direito não precisa ser encarecida. Inviável seria a adaptação das regras jurídicas aos casos concretos ou especiais sem o emprego desses meios e processos. Sem eles, o Direito não pode ser realizado. As operações intelectuais em que se informam são, com efeito, indispensáveis à compreensão e aplicação do Direito. (GOMES, 2007, p. 11).

### **3.3 Responsabilidade *versus* sacrifício de direito**

Tema ainda atinente ao que seja a responsabilidade civil extracontratual do Estado, a diferenciação entre responsabilidade e sacrifício de direito é importante para que não se confundam campos distintos da ciência jurídica, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello, referindo-se às lições de Renato Alessi:

Renato Alessi, em sua clássica monografia sobre *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, assinala que só cabe falar em responsabilidade propriamente dita, quando alguém *viola* um direito alheio. Se não há violação, mas apenas debilitamento, *sacrifício* de direito, **previsto e autorizado pela ordenação jurídica** (grifo nosso), não está em pauta o tema responsabilidade do Estado. (ALESSI, 1955, apud MELLO, C. A. B., 2006, p. 938).

E ainda:

Não há falar, pois 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. (MELLO, C. A. B., 2006, p. 938).

Essas considerações bem se coadunam com o que descrevemos no tópico anterior – que a responsabilidade civil necessariamente resulta de uma conduta ilícita, violadora de um direito. Se não há violação de direito, a responsabilidade não ocorre:

Ademais, os casos de indenização por *ato lícito* são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, arts. 188, II, c/c arts. 929 e 930, 1285, 1289, 1293, 1385, § 3º etc.). **Nesses e em outros casos não há responsabilidade em sentido técnico** (grifo nosso), por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 9).

Há casos em que a Administração Pública tem o poder de ingressar diretamente na esfera jurídica alheia, causando danos, como na desapropriação de um imóvel, por exemplo. Nessa hipótese, a lei autorizou diretamente a ação lesiva, de modo que não cabe falar em responsabilidade, mas em um sacrifício de direito que o próprio ordenamento jurídico, pesando os prós e contras, autorizou, desde que com a devida indenização.

Outros casos há em que a Administração tem o poder de fazer algo que apenas indiretamente causará danos a terceiros. Celso Antônio Bandeira de Mello exemplifica com o nivelamento de uma rua, em que algumas casas ficarão abaixo e outras acima do novo nível, desvalorizando-se.

Na hipótese acima, diferentemente da que se levantou primeiramente, sacrificar um direito não era o objetivo da norma. Não era esse o poder que ela concedia. O que se autorizou foi o mero nivelamento da rua - não que ele causasse danos a quem quer que seja -, de modo que se porventura isso ocorresse, o direito estaria automaticamente violado. Nessa situação, o dever jurídico que toca ao Estado é o mero dever de incolumidade - o dever de não causar danos -, em vez do dever, mais complexo, de não causar danos com culpa, próprio à responsabilidade subjetiva.

Recapitulando, no caso da desapropriação, a norma que autoriza o sacrifício de direito derroga a que institui o dever de incolumidade, extirpando a ilicitude do ato e impedindo o nascimento da responsabilidade. Já a norma que autoriza o nivelamento da rua não tem o condão de derrogar a que institui aquele dever de incolumidade, de modo que ambas convivem e surtem os seus efeitos: a primeira, o de permitir a atuação da administração; a segunda, o de gerar a responsabilidade civil.

### **3.4 Evolução histórica**

É de se ter em conta que nesta evolução histórica, ater-se-á, apenas, à responsabilidade do Estado por sua atuação administrativa, porquanto a decorrente das atuações legislativa e jurisdicional tem tido um tratamento bem distante do que se dispensa à primeira.

Pois bem, para se entender corretamente como ocorre a responsabilidade civil extracontratual do estado hoje, é interessante fazer uma recapitulação histórica de como ela ocorria no passado. (Maffini, 2008, p. 206).

Obviamente, o tema é tratado de modos diferentes dependendo do tempo e do espaço em que é estudado. Contudo, aqui ele será analisado de modo abrangente, para que se abarquem as diversas abordagens encontradas no mundo ocidental. A história da responsabilidade do Estado na França, contudo, terá mais menções, devido ao papel central desempenhado por aquele país no rumo que a matéria acabou tomando universalmente.

Observe-se, por fim, que a história da responsabilidade civil do Estado vem em um crescendo, partindo da doutrina de que o Estado não respondia pelos danos que causava e chegando, atualmente, na ideia, já bastante propagada, da responsabilidade objetiva, em que a culpa *latu sensu* torna-se despicienda. Quanto a isso, Rafael Maffini (2008, p. 206) diz que é “notável o fato de que tal trajetória histórica anda na direção contínua de reconhecimento e ampliação da proteção aos terceiros lesados”.

#### 3.4.1 A fase da irresponsabilidade

Até a metade do século XIX, aproximadamente, prevaleceu a ideia de que o Estado não era responsável pelos danos que seus agentes causassem a terceiros, sob o pretexto de que era soberano e de que não se submetia a ninguém, nem mesmo ao Direito. A célebre passagem “The king can do no wrong.” dizia muito sobre como o tema era encarado. Outra, de Laferrière, é ainda mais esclarecedora: “O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”. (Mello, C. A. B., 2006, p. 945).

Aduz Rafael Maffini (2007, p. 207) que “havia em tal momento histórico, altamente autoritário, uma espécie de confusão entre a figura do Estado e do soberano, o qual, por seu turno, possuía uma feição divinizada”. O absolutismo dos reis estava acima da ordem jurídica:

O Estado antigo, sabidamente, não era de Direito... Ele sofreu inicialmente influências do feudalismo e de outros fatores decorrentes da sociedade de então. Os dirigentes eram soberanos, normalmente pertencentes a famílias nobres, ou membros de casta que detinham o poder. Esses governantes, normalmente Rei ou Imperador, denominavam-se absolutistas. Só eles podiam dizer o que fosse bom para os súditos. Estes se sujeitavam sem rebeldia, por medo ou por entenderem certo e inquestionável o poder do Rei.

O poder absoluto do Monarca fundava-se, de acordo com a sua convicção, na teoria divina dos reis. Segundo essa teoria, os reis representavam Deus aqui na terra e em nome Dele agiam. Daí as suas determinações, por mais duras e perversas que fossem, não podem se submeter censura, pois emanavam diretamente de Deus. (FARIA, 2000, pp. 529-530).

É pertinente observar, ainda, que o Estado Liberal que se seguiu tinha atuação limitada, “de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero

corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o poder público assumia àquela época”. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 516).

Os administrados, todavia, possuíam alguma proteção, pois quando houvesse leis específicas, prevendo-a explicitamente, a responsabilização era admitida. Era o caso, na França, dos danos oriundos de obras públicas, a que Lei 28 pluvioso do Ano VIII referia-se. Também se admitia responsabilidade por danos advindos da gestão do domínio privado do Estado e, ainda, os causados pelas coletividades públicas locais. (MELLO, C. A. B., 2006 p. 945).

Além disso, se o Estado estava isento de responder civilmente, os agentes que atuavam em seu nome não estavam caso agissem com culpa. Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 945) lembra, no entanto, que a solução era insuficiente, uma vez que, em geral, o patrimônio garantido da indenização era de pequena monta e que uma garantia administrativa dos funcionários fora instituída pelo artigo 75 da Constituição do Ano VII (de 13 de dezembro de 1799), estabelecendo que as ações contra estes perante os Tribunais Civis dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado Francês, que em poucas ocasiões a concedia. O autor ainda anota que havia normas análogas na Alemanha, na Prússia, na Baviera, em Baden e em Hesse, e que, na França, a disposição viria a cair em 1870, por via de um decreto-lei de 18 de setembro, o que, frise-se, está em pleno acordo com o desenvolvimento posterior de toda a matéria da responsabilização civil do Estado.

Os últimos países a abandonarem a teoria da irresponsabilidade do Estado foram os Estados Unidos da América, em 1946, pelo *Federal Tort Claims*, e a Inglaterra, em 1947, pelo *Crown Proceeding Act*. “Caíram assim os dois últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos dos seus agentes”. (MEIRELLES, 2005, p. 657).

#### 3.4.2 A fase da responsabilidade subjetiva do Estado

A ideia de um Estado todo poderoso, que tudo podia e nada devia, foi cedendo, paulatinamente, ante a aquisição, cada vez maior, de direitos pelos

indivíduos e ante a submissão do próprio Estado ao Direito. Decorria da ideia de Estado de Direito que a ele deveriam ser atribuídos “os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas”. (CAVALHO FILHO, 2008, p. 516).

A França teve papel de relevo no surgimento dessa nova fase, cujo arauto foi o aresto *Blanco*, proferido pelo Tribunal de Conflitos, em 1º de fevereiro de 1873. Uma menina, chamada Agnès Blanco, quando atravessava uma rua na cidade de Bordeaux, foi atropelada por uma vagonete pertencente a uma empresa estatal manufatureira de tabaco. O pai da vítima foi à justiça, buscando indenização pelos danos físicos e morais que a filha sofreu. Em virtude de um conflito de competência, o processo foi ao Tribunal de Conflitos, que decidiu que o julgamento competia ao juiz administrativo, e não ao comum. De passagem, o Tribunal também disse que cabia a responsabilidade civil do Estado. (FARIA, 2000, p. 531).

Está certo que o acórdão também afirmava que a responsabilidade do Estado “não é nem geral nem absoluta”, além de ser cheia de especificidades, mas de qualquer forma, foi um marco para a época. (MELLO, C. A. B., 2006, p. 946).

Assim, veio à tona a teoria civilista da responsabilidade civil de Estado.

### 3.4.3 A teoria civilista ou teoria da culpa individual

Encampou-se, a cada dia com mais força, a responsabilidade do Estado com fundamentos civilistas, distinguindo-se, porém, os atos de gestão dos atos de império. (LAZZARINI, 1999, p. 420).

A agente público poderia praticar diversos atos, alguns deles como se fosse um particular administrando seu patrimônio, por meio de alienações, contratos, trocas, etc. Esses se denominavam atos de gestão.

Por outro lado, ele também praticava atos que encarnavam a soberania estatal, a autoridade pública, tais quais requisições e atos relativos à segurança da nação e sua defesa:

“Seriam os praticados pela administração 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”. (DI PIETRO, 2005, p. 563).

O tratamento do tema variaria conforme se tratasse de um ou outro tipo de ato. Atuando o Estado por meio dos atos de império, ele não respondia civilmente; se atuasse, contudo, em paridade com o indivíduo particular, sujeitava-se às normas do direito comum, ou seja, ao direito civil, e poderia responder civilmente pelos danos causados a terceiros.

O lesado, todavia, estava obrigado a provar o dolo ou a culpa do agente causador do dano, seja por negligência, imprudência ou imperícia, e responsabilizava-se o estado indiretamente, por fato de outrem, ou seja, “[...] procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos”, com os princípios inerentes a esse tipo de responsabilidade. (DI PIETRO, 2005, p. 564).

#### 3.4.4 O advento das teorias publicistas

Houve muito combate à teoria civilista supramencionada, “quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrarem-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio Público e na prestação de seus serviços” (DI PIETRO, 2005, p. 564).

Informa Edmir Netto de Araújo:

Não há no Estado duas personalidades distintas, mas apenas uma, que é a um só tempo, titular da soberania e dos direitos e deveres relativos à gestão do seu patrimônio e de seus serviços. Como também, cada agente público representa uma parcela do poder estatal, das funções inerentes ao Estado [...].

[...] Assim, estabelecer-se a condicionante da natureza dos atos de seu agente para a responsabilização do Poder Público, além de injusto, não é juridicamente adequado [...]. (ARAÚJO, 2005, p. 720).

Era inapropriada, pois, a distinção entre atos de império de atos de gestão.

Ademais, o Estado age por meio de órgãos, em cujos âmbitos atuam os agentes. As vontades e ações deste são atribuídas aos próprios órgãos, de modo que passam a pertencer ao próprio órgão, e enfim, ao próprio Estado:

[...] como pessoa jurídica que é o Estado não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica própria... Não podendo o Estado agir diretamente..., sua vontade e sua ação são manifestadas pelos seus agentes, na medida em que se apresentam revestidos nessa qualidade e atuam nos seus órgãos [...].

Tal como o ser humano, o Estado é dotado de órgãos de comando (políticos) que manifestam a vontade estatal e órgãos de execução (administrativos) que cumprem as ordens do primeiro. A vontade e as ações desses órgãos, todavia, não são dos agentes que neles atuam, mas sim do próprio Estado. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 240).

Portanto, não há, também, que se falar em responsabilidade indireta do Estado. Quando um agente do Estado provoca danos a alguém, o Estado é responsável diretamente pela conduta do agente, pois a vontade deste é a vontade daquele.

A responsabilização direta do Estado, seja o ato de gestão ou de império, não era a única novidade da teoria ora analisada. Ela se destacou, principalmente, por reconfigurar o elemento culpa; a culpa individual cedeu lugar à culpa do serviço (culpa anônima ou administrativa).

O termo se originou da *faute du servisse* francesa, traduzida no vernáculo como culpa do serviço, falta do serviço ou falha do serviço, dependendo do autor. O criador da doutrina, hoje clássica, afirma-se, foi Paul Duez. (CARVALHO FILHO, 2008, p.517).

A nova doutrina, aplicável ainda hoje, deixa de lado a necessidade de provar o dolo ou a culpa do agente, nas modalidades negligência, imprudência e imperícia, e faz uma nova exigência; que seja demonstrada pelo autor da demanda a culpa do serviço, também desmembrada em três espécies – a ausência do serviço, a má execução do serviço e a execução extemporânea do serviço.

Esta passa a ser uma exigência suficiente para a configuração da responsabilidade civil do Estado, junto com o dano e o nexos causal. Ela se

configurava mesmo na impossibilidade de determinar-se o agente causador do dano. Demonstrado que o serviço não fora prestado adequadamente, conforme critérios razoáveis de exigibilidade, o dever de indenizar surge.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, pp. 947-949) recorda a importância de não confundir a responsabilidade por culpa do serviço com a responsabilidade objetiva do Estado. A confusão ocorre às vezes, segundo ele, pela tradução inapropriada do termo *faute du servisse*, como falta do serviço (em vez de culpa do serviço), o que passaria uma ideia de objetividade. Porém, requer-se algo a mais que meramente o dano e o nexo causal na teoria da responsabilidade por culpa anônima. Requer-se, justamente, a culpa anônima, a culpa civil transmudada para a sua boa aplicação no campo do direito administrativo. “Desloca-se o centro de fundamentação da responsabilidade: o que é julgado é o serviço, não o gente público [...]”. (ARAÚJO, 2005, p. 722).

Também a necessidade de se admitir uma presunção de culpa para que a responsabilidade civil do Estado seja operante conduziria a uma conclusão equivocada de que a responsabilidade é objetiva. Ocorre que mesmo que o autor da demanda - o lesado - não precise demonstrar a inexistência, a má execução ou execução atrasada do serviço, o Estado não está impedido de demonstrar que o serviço foi prestado de acordo com os padrões mínimos de qualidade exigíveis, elidindo, desse modo, a sua responsabilidade:

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática de comportamento proibido ou desentendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis* [...]. (MELLO, 2006, p. 948).

A diferenciação é pertinente, porquanto foi apenas em uma fase posterior que a culpa foi abandonada na caracterização da responsabilidade do Estado. Na França, o Conselho de Estado “passou a adotar, em determinadas hipóteses, a **teoria do risco**, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado.” (DI PIETRO, 2005, p 565).

Pela nova doutrina, viria a ser suficiente a prova do dano, da conduta da administração pública e do nexo causal que liga a ambos, facilitando a obtenção da indenização:

Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço etc. (CARVALHO FILHO, 2008, p.517).

Os motivos e fundamentos dessa evolução no tratamento da matéria serão demonstrados mais adiante.

#### 3.4.5 Evolução no Brasil

Embora a Constituição de 1824 não possuísse uma regra expressa sobre o tema, no Brasil, nunca se adotou a tese da irresponsabilidade do Estado. (ARAÚJO, 2005, p.730). Alguns doutrinadores eram até bastante avançados para a época, indo além da doutrina da responsabilidade estatal por culpa individual dos agentes:

O Direito pátrio oscilou entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade civil da Administração. Desde o império os nossos juristas mais avançados propugnavam pela adoção da responsabilidade sem culpa, fundada na *teoria do risco* que se iniciava na França, mas encontraram decidida oposição dos civilistas apegados à doutrina da culpa, dominante no Direito Privado, porém inadequada para o direito Público, como o demonstram os nossos mais autorizados monografistas (Hely Lopes Meirelles, p 659).

Então, veio à luz o Código Civil de 1916, estabelecendo no artigo 15, que “as pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”. (BRASIL, 1916).

A doutrina e jurisprudência predominantes interpretaram que o novo código acolhia a tese da responsabilidade subjetiva. Entendia-se que não bastavam o dano e o nexo causal, uma vez que se falava em procedimento contrário ao direito ou falta a dever prescrito em lei, afastando-se desse modo a responsabilidade objetiva.

Esse, contudo, nunca foi um entendimento pacífico, não obstante fosse o que predominava.

O Decreto 24.216, de 1934, buscava mitigar a responsabilidade do Estado nos casos em que a conduta do agente constituísse crime, exceto se o poder público competente o mantivesse no cargo após a verificação do fato. (BRASIL, 1934, apud MELLO, C. A. B., 2006, p. 972).

Foi promulgada, todavia, a Constituição de 1934 um mês depois, em 16 de julho de 1934, revogando a norma. Estabelecia a Carta Magna: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos”. (BRASIL, 1934, apud MELLO, C. A. B., 973). Esta norma foi copiada literalmente pela carta de 1937. (BRASIL, 1937, apud MELLO, C. A. B., 2006, 973).

A constituição de 1946 inaugurou uma nova fase no Direito brasileiro. No artigo 194, estava redigido: “As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade causarem a terceiros”. E seguia-se o parágrafo único: “Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. (BRASIL, 1946, apud MELLO, C. A. B., 2006, 973).

Comparando-se o texto daquela Carta com o do Código Civil de 1916, percebe-se que foi excluído o trecho: “... procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei...”. Por causa dessa modificação, passou-se a admitir-se, amplamente, a responsabilidade objetiva do Estado.

A Carta de 1967, no artigo 105, tratou do tema sem grandes modificações:

“Art. 105. As pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade causem a terceiros.”

“Parágrafo Único. Caberá ação de regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.” (BRASIL, 1967, apud MELLO, C. A. B., 2006, 973).

Igualmente, a Emenda I à Constituição de 1969, considerada por muitos uma nova Carta Constitucional:

“Art. 107. As 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, 1969, apud MELLO, C. A. B., 2006, 973).

De Diferente, apenas se deixou expreso o direito regressivo do Estado contra os seus funcionários também no caso de dolo, extirpando qualquer dúvida quanto à revogação do decreto 24.216, de 1934, que ficou patente.

Nasceu a Constituição de 1988, que não alterou a matéria substancialmente, prevendo também, todavia, nos mesmos moldes da do Estado, a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Privado, quando forem prestadoras de serviços públicos, acabando com controvérsia que reinava anteriormente. (BRASIL, 1988).

Finalmente, o Código Civil de 2002, no artigo 43, também estampou regra acerca do tema: “As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis por atos de 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, 2002).

### **3.5 Os fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado**

A busca dos fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado não se confunde com a identificação dos elementos que a configuram, quais sejam, dano e nexos de causalidade e conduta do agente público. O que se procura, isto sim, é estabelecer os motivos pelos quais uma responsabilidade assim configurada foi adotada no nosso ordenamento jurídico.

A maioria dos autores diz que são os riscos criados pela atuação da Administração pública que estão por trás da responsabilidade objetiva do Estado. Fala-se, assim, na teoria do risco administrativo; a atuação do Estado é peculiar, pois é muito ampla e intensa, ensejando mais danos do que o normal:

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o 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, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos. (MELLO, C. A. B., 2006, p. 941).

Por ser a arriscada a atuação administrativa - por ser perigosa -, os danos que ela ensejar precisam ser arcados pelo Estado, por mais que todas as providências tivessem sido tomadas para evitá-los, pois foi ele quem criou os riscos. A responsabilidade, assim, seria o preço da ação perigosa. Esta pode até ser permitida, mas não pode causar prejuízos a ninguém; se causa-los, o Estado será obrigado a indenizar, independente de qualquer juízo sobre a sua culpabilidade. Eis um dos fundamentos.

Não bastassem essas fortes razões, a teoria da distribuição dos encargos também fundamenta a responsabilidade civil estatal. Com efeito, se a administração pública age em benefício de todos, os prejuízos individuais, específicos, que causar deverão ser suportados por todos. O Estado, portanto, deverá indenizar independentemente de culpa pelos danos que causar:

A teoria da distribuição dos encargos fundamenta-se na igualdade ante os encargos públicos. A ruptura desta igualdade com prejuízo para alguém deve impor, como compensação, uma reparação. Não se aplica uma sanção por haver cometido uma falta. Concede-se indenização àquele que foi particularmente lesado em consequência de medida tomada no interesse comum. (RIBEIRO, 1964, p. 188).

Discordamos do autor apenas quando diz que a falta é sem importância; cremos que o próprio dano já concretiza a falta - a violação do dever jurídico -, como buscamos demonstrar em tópico antecedente. De resto, as suas palavras elucidam bem a ideia de que a indenização terá de ocorrer em virtude da simples causação do dano pelo Estado. É oportuno, aliás, transcrever suas últimas palavras sobre tema:

Na verdade, se os particulares têm os mesmos direitos perante os serviços públicos, devem ter os mesmos encargos. Assim, se existe um dano causado a um particular, deve ser distribuído pela totalidade dos

cidadãos, o que equivale a dizer, caberá à Administração Pública pagar indenização, uma vez que todos são iguais perante as obrigações e os encargos. (RIBEIRO, 1964, p. 188).

### **3.6 A responsabilidade objetiva do Estado por condutas comissivas de seus agentes**

Transcrevemos o art. 37, § 6º da Constituição de 1988:

“As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (BRASIL, 1988).

É de acordo com o dispositivo acima que a responsabilidade do Estado por sua atuação administrativa deve ser traçada.

Como vimos, ele consagra a responsabilidade objetiva do Estado. É assim que a maioria absoluta da doutrina e a jurisprudência pátria o veem, pelas razões que vimos na evolução histórica.

É verdade, contudo, que essa responsabilidade objetiva não se encaixa, em geral, com a conduta omissiva da Administração, como veremos em tópico próprio.

Ressalte-se de início, também, que ele regula a responsabilidade civil extracontratual do Estado, dado que fala em danos causados a terceiros, ou seja, danos causados àqueles que não têm nenhuma relação jurídica anterior com a administração pública.

#### **3.6.1 Os sujeitos passivos da obrigação de indenizar**

Quem responde objetivamente, de acordo com o artigo são todas as pessoas de direito público, o que inclui a Administração Direita, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e algumas entidades da Administração Indireta, as que tem personalidade jurídica de Direito Público, como as autarquias e fundações públicas com natureza autárquica.

O dispositivo constitucional, porém, também alcança as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos.

### 3.6.2 O agente causador do dano

Quando, na evolução histórica, tratamos da teoria da culpa anônima, constatamos que o Estado não é independente dos seus agentes, que estes não são meros prepostos daquele, pois ao manifestarem a sua vontade, manifestam também a vontade do próprio Estado.

Por isso, os danos que os agentes do Estado venham a cometer comprometem o Estado, porque são danos que o próprio Estado cometeu.

Não é apenas o funcionário - o servidor público, sob o regime estatutário - que é agente público; mesmo na vigência das Constituições anteriores, quando se usava exatamente o termo funcionário, não se entendia que fosse assim:

O texto não era apropriado porque funcionário, em seu sentido técnico, é somente aquele que ocupa cargo público, sujeito ao regime estatutário. Já então prevalecia o entendimento de ter sido o termo empregado em sentido amplo, para indicar servidor ou agente público, isto é, todo aquele que era incumbido da realização de algum serviço público em caráter permanente ou transitório. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.250).

Agente, assim, é um conceito bem mais abrangente:

Considera-se agente público toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública.

[...] A expressão agente público é utilizada em sentido amplo e genérico. Engloba, como vimos, todos aqueles que possuem atribuição de manifestar parcela da vontade do Estado, sendo a ele ligados por variados vínculos jurídicos. (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 125).

É importante notar que a significação do termo é ampla o suficiente para que não fiquem de fora do seu âmbito de incidência os empregados das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, pois, em caso contrário, estaria inviabilizada a responsabilidade civil destas nos mesmos moldes

em que as das pessoas jurídicas de Direito Público (o assunto será discutido no ponto 3.9).

O agente público não carrega consigo essa condição em todos os seus atos. Em geral, ele tem uma jornada de trabalho, finda a qual retorna ao lar para ficar junto de sua família e fazer outras atividades quaisquer sem nenhuma relação com a atividade administrativa. Por isso, a Constituição diz que agente só desencadeará a responsabilidade do Estado quando, nessa qualidade, causar danos a terceiros.

Ele não necessariamente precisa estar no exercício de suas funções, ter de ter causado um dano a outrem graças a sua condição de agente público. Se for graças a isso que o dano ocorreu, desencadear-se-á a responsabilidade do Estado, mesmo que agente incorra em abuso de poder, atuando fora de suas competências legais (excesso de poder), ou respeitando-as, porém desvirtuando a finalidade explícita ou implícita de uma lei que o permitia ou obrigava a agir (desvio do poder). (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, pp. 253-254). Afinal, não fosse o Estado, o dano não se teria produzido.

Reforçando esse entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

Temos por indubitado que haverá engajamento do Estado quando o dano produzido pelo sujeito o foi porque seu autor era um agente estatal. Vale dizer: porque a pessoa que o produziu detinha aquele *status* jurídico.

Daí, que acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público.

Não importará, de conseguinte, para efeitos de responsabilidade estatal, se o agente atuou culposa ou dolosamente. Não importará, para tais fins, o saber-se se os poderes que manipulou de modo indevido continham-se ou não, abstratamente, no campo de suas competências específicas. O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. Se terceiros foram lesados, em razão de o autor ser funcionário, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal (MELLO, C. A. B, 2006, p. 953).

Embora a responsabilidade ocorra mesmo quando da ilegalidade na atuação do agente, se o causador do dano for um usurpador de função - que se passa por agente sem ter vínculo jurídico algum com Estado, não haverá responsabilidade

estatal. É que, quando, por exemplo, um bandido se farda de policial militar e monta barreiras, a fim de facilitar a abordagem às suas vítimas, não há qualquer ligação entre o causador do dano e o Estado, exceto o fato de aquele se aproveitar da respeitabilidade da função policial em uma ação completamente inesperada e anômala. Resulta disso que seria exagerado imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos que ela gerou.

A situação do funcionário de fato, entretanto, é diferente. Por mais que o vínculo jurídico entre ele e o Estado esteja eivado por um vício insanável de validade, ele é considerado um agente público, para fins de aplicação do art. 37, §6º, da Constituição, pois atua em nome do Estado. Tanto que a doutrina entende, levando em conta a teoria da aparência, que são válidos os atos administrativos por ele praticados, se por outro motivo não o forem. (ALENDRINO e PAULO, 2010, 728).

Finalmente, cumpre observar que nem sempre será necessário identificar um agente para que o Estado seja responsabilizado. Será assim, com muita frequência, quando a responsabilidade decorrer de conduta omissiva ou quando originar-se de fato das coisas:

Nas hipóteses de danos oriundos de agentes não identificados ou oriundos de falhas em máquinas, aparelhos, equipamentos (fato das coisas), sem possibilidade de atribuição a agente algum, ainda assim a administração arca com o ressarcimento do dano; por exemplo: granada esquecida em campo de manobra que explode e fere transeunte (MEDAUAR, 2000, p. 434).

### 3.6.3 Conduta comissiva, dano e nexa causal

A reponsabilidade objetiva do Estado ocorre nos casos em que os agentes do Estado causam danos a alguém. É a conduta comissiva do agente que a propicia, e não a omissiva, pelos motivos que explicitaremos posteriormente.

Conduta comissiva, dano e nexa causal são os pressupostos da responsabilidade do Estado independentemente de culpa.

### 3.6.3.1 Nexos de causalidade

Na natureza, certos eventos são seguidos de outros inexoravelmente. Podemos, assim, perceber que há uma ligação entre eles - que um não existe sem o outro; que um é causa, e o outro, efeito.

Entre um dano e uma conduta humana, igualmente é necessário um liame que os una firmemente para que surja a responsabilidade. Embora possa parecer fácil identificá-lo, um estudo mais atento logo mostra o quanto isso pode ser difícil.

As duas teorias mais lembradas sobre o assunto são a teoria da equivalência dos antecedentes causais e a teoria da causalidade adequada.

Pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, uma ação será causa do dano se ele não tivesse ocorrido na sua ausência. Ela é mais bem desenvolvida no Direito Penal, onde é acolhida; por isso trazemos à colação um autor do ramo. Chega-se à causa por um método de perguntas e repostas:

Para essa teoria, a questão de quando uma conduta pode ser considerada como causa de um evento há de ser resolvida por meio de fórmula heurística de caráter hipotético: a fórmula da *conditio sine qua non*, é dizer, para saber se determinada condição pode ser considerada causa do resultado, dever-se-á realizar o chamado método (ou procedimento) hipotético de eliminação, segundo o qual quando, eliminada mentalmente a causa, eliminar-se o efeito, haverá nexos causal; caso contrário, isto é, se, cessada a causa, não cessar o efeito, a relação causal não estará configurada, e, em consequência, o resultado não será imputado ao agente, porque tal causa não constituirá condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. (QUEIROZ, 2010, p. 204).

Em verdade, na busca da causa, esta não se distinguiria das condições, uma vez que ambas influenciam no resultado:

Como o próprio nome diz, essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos e negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 48).

Essa teoria sofre uma série de críticas. A primeira é a de que ela poderia levar à regressão *ad infinitum*. Assim, por exemplo, o fabricante do carro tornar-se-ia responsável pelo acidente causado pelo condutor, pois se não houvesse o carro, o acidente não teria ocorrido.

Igualmente, ela poderia levar a soluções erradas:

[...] a teoria da equivalência pode conduzir em muitos casos a uma solução equivocada. Assim, por exemplo, nos casos de causalidade hipotética ou alternativa. Na causalidade hipotética, em que alguém realiza um fuzilamento ilícito numa guerra, sendo que, no caso de recusa, outra pessoa o teria cometido de maneira exatamente idêntica, a ação poderia ser excluída mentalmente sem que o resultado desaparecesse. A causalidade de seu comportamento, por óbvio, não deixa de existir; se se quisesse questioná-la, então, uma vez que tampouco o comportamento hipotético do segundo é causa, chegar-se-ia à absurda conclusão de que a morte da vítima não teve causa alguma. O mesmo vale para o exemplo de causalidade alternativa, em que A e B, de modo independente, adicionam veneno ao café, mas se a quantidade tanto de A como de B já for por si só suficiente para causar a morte exatamente da mesma maneira, então se poderia eliminar a ação de qualquer dos dois, sem que o resultado desaparecesse. (QUEIROZ, 2010, p. 209).

Em virtude dessas deficiências, foi criada a teoria da causalidade adequada.

Por ela, causa já não é qualquer condição. É preciso averiguar, entre as condições, qual pode ser considerada adequada para a produção do dano; não basta que eliminada a causa, esteja eliminado o dano (*conditio sine qua non*):

A segunda teoria, a da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada (GONÇALVES, C. R., 2011, p. 350).

A tarefa de descobrir se algo é uma causa adequada, porém, não é simples como aparenta, e deverá assentar-se, no fim, na experiência e no bom-senso do julgador. Afasta-se a matematicidade da teoria anterior, e entra em cena o juízo humano:

À luz do exposto é forçoso concluir que, não obstante as teorias e tudo quanto já se escreveu sobre o tema, o problema da causalidade, como ressaltamos, não encontra solução numa fórmula simples e unitária, válida

para todos os casos. Na minha experiência de magistrado tenho constatado que este é um ponto onde se registra o maior número de divergências entre os julgadores de todos os graus. E assim é porque esta ou aquela teoria fornece apenas um rumo a seguir, posto que a solução do caso concreto sempre exige do julgador alta dose de bom-senso e da justa relação das coisas; em suma, é imprescindível um juízo de adequação, a ser realizado com base na lógica do razoável. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 53).

A jurisprudência e a doutrina pátria, quase consensualmente, afirmam ter o nosso Direito adotado a teoria da causalidade adequada. Argumentam que o artigo 403 do Código Civil (com redação idêntica do artigo 1060 do Código Civil de 1916) fortalece tal tese ao dispor que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato”. (BRASIL, 1973).

Embora voltado diretamente para a responsabilidade contratual, ele se aplica, por analogia, à responsabilidade aquiliana, excluindo a relação de causalidade quando o dano não resultar direta e imediatamente da conduta que o ensejou.

Apesar não fazer-se menção direta à causa adequada, entende-se que é a ela que o dispositivo se reporta, e não a uma causa próxima no tempo:

De se ressaltar que a expressão efeito direto e imediato não indica a causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que foi mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas. Com frequência a causa temporalmente mais próxima do evento não é a mais determinante, caso em que deverá ser desconsiderada, por se tratar de mera concausa. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 52).

No que toca à responsabilidade objetiva do Estado, tudo o que se considerou aqui sobre o nexos causal, aplica-se perfeitamente; será imprescindível uma causa adequada entre o dano e a conduta comissiva do Estado. O que deve ser destacado é que, presentes esses elementos, se faz despendiêda a culpa, tanto a individual como a administrativa – a culpa do serviço.

### 3.6.3.2 O dano

Uma conduta pode ser a mais agressiva possível à ordem jurídica; ainda assim, se não causou um dano, não haverá responsabilidade civil - administrativa ou penal, talvez; civil, jamais. Vê-se, pois, como ele é essencial.

O dano juridicamente relevante é, em poucas palavras, a subtração de um bem jurídico da vítima. Usa-se a expressão “bem jurídico” para incluir no conceito tanto o dano patrimonial quanto o extrapatrimonial, deixando de lado a antiga definição de dano como lesão do patrimônio (GONÇALVES, C. R., 2011, p. 355).

O dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. Patrimonial é o que afeta, reduzindo-lhe em valor, o patrimônio da vítima, ou seja, o conjunto de direitos com conteúdo econômico:

Do ponto de vista jurídico, patrimônio é a soma de todos os direitos patrimoniais, e somente desses que toquem a um sujeito de direito. No conceito de patrimônio, não entram bens, mas os direitos a eles relativos (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. V, p. 369). Por isso em rigor, o que integra o patrimônio de A não é o apartamento do edifício X, mas o direito de propriedade (domínio) sobre ele. (MELLO, M. B., 2010, p. 88).

O dano patrimonial subdivide-se em dano emergente e lucro cessante. Dano emergente é o que efetivamente foi perdido – é o que “[...] importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 74).

Lucro cessante é o que se deixou de lucrar. É a perda que virá adiante, em decorrência do impedimento de se levar a cabo uma atividade lucrativa também por causa do ato ilícito.

O Código Civil Prevê ambas as formas no artigo 402: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. (BRASIL, 2002).

O dano extrapatrimonial é o que não lesa o patrimônio do ofendido, porém o atinge como ser humano:

É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta

ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, C. R., 2011, p. 377).

O artigo 1º, III, da Constituição, institui como fundamento da República a dignidade da pessoa humana; o artigo 5º, V, assegura a indenização por dano moral ou à imagem; já o artigo 5º, inciso X, diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988).

Em acréscimo, vale afirmar que o Código Civil também prevê indenização por dano extrapatrimonial, no artigo 12: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (BRASIL, 2002).

Para não banalizar o instituto, todavia, cumpre observar que não é qualquer dor, sofrimento, tristeza, etc., que o enseja:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral, a dor, vexame, sofrimento, ou humilhação que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar... Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 87).

Há que se falar também no dano reflexo (indireto ou em ricochete). Ele é aquele dano causado indiretamente a terceiro, após atingir a vítima diretamente. O dano indireto não sucede no tempo, necessariamente, o dano direto, mas, isto sim, apoia-se nele, pois sem o segundo, o primeiro não existiria. É o caso, por exemplo, do dano causado à mulher que recebia pensão alimentícia do marido, que faleceu em virtude de um atropelamento.

A questão é saber quando um dano reflexo deverá ser indenizado. Parece-nos que a solução está na aplicação do artigo 403 do Código Civil, já transcrito, segundo o qual “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela (a conduta do ofensor) direto e imediato”. Além de transparecer, em uma interpretação mais ousada, que o Código Civil adotou a teoria da causalidade adequada, o dispositivo em questão parece colocar um limite na

indenização do dano indireto, que, como ele diz, só será permitida quando for resultado direto e imediato da conduta do ofensor.

Desse modo, não parece razoável que o condutor que abalroou o seu veículo em outro, paralisando o trânsito caótico de uma grande cidade, deva indenizar a todos que tiveram algum prejuízo em decorrência da lentidão do tráfego, porquanto, neste caso, estes prejuízos não seriam causados efetivamente pela batida, mas por outros elementos determinantes que nada tem a ver com ela.

O artigo 948 do Código Civil (BRASIL, 2002) trata da indenização dos danos reflexos quando da ocorrência de homicídio, estabelecendo que, neste caso, nos limites por ele traçados, aqueles danos serão indenizados. Mais especificamente, haverá a obrigação do ofensor de prestar alimentos àqueles a quem o *de cuius* os devia. Sérgio Cavalieri Filho diz que esse artigo cria uma exceção:

A única exceção que a lei abre à regra geral de que o direito à indenização cabe apenas a quem sofreu diretamente o dano é no caso de morte da vítima; admite-se que, como veremos, que a indenização seja pleiteada por aqueles que viviam sob sua dependência econômica (Código Civil, art. 948, II, que corresponde ao art. 1537, II, do Código de 1916). (CAVALIEIRI FILHO, 2010, p. 107).

Antes de terminar este ponto, cabe ressaltar alguns requisitos do dano indenizável. Passemos a eles.

O dano tem de ser atual e certo. Calos Roberto Gonçalves, citando Lalou, explica:

Segundo Lalou, atual é o dano que já existe “no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese”. Em princípio, acrescenta, “um dano futuro não justifica uma ação de indenização”. Admite, no entanto, que essa regra não é absoluta, ao ressaltar que uma ação de perdas e danos por um prejuízo futuro é possível quando este prejuízo é a consequência de um “dano presente e que os tribunais tenham elementos de apreciação para avaliar o prejuízo futuro”.

O requisito da “certeza” do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto é assim que, na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que

resulte do curso normal das coisas, como se infere do advérbio “razoavelmente”, colocado no art.402 do CC (“o que razoavelmente deixou de lucrar”). (LALOU, s.d., apud GONÇALVES, C. R., 2011, p. 357).

O dano, pois, até pode ser futuro em determinadas situações, mas os elementos para avaliar a sua apreciação precisam estar desde já presentes. A certeza do dano também é exigida, porém não aquela certeza para além de qualquer dúvida. Um taxista que tenha seu carro danificado em um acidente causado culposamente por terceiro, tem direito aos lucros cessantes, muito embora pudesse ocorrer um evento qualquer no dia seguinte, caso o acidente não tivesse ocorrido, que destruiria o taxi e impediria o taxista de trabalhar.

O dano também tem de ferir um direito da vítima:

Não há confundir dano patrimonial, dano econômico, com dano em direito.

O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou se terá.

O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediente a que se venha a tê-lo, atinge bem a que se faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado. (MELLO, C. A. B., 2006, pp. 965-966).

É muito comum uma pessoa sofrer prejuízos econômicos em virtude da ação de outrem, sem, no entanto, fazer jus a uma reparação pecuniária, porque o bem que foi atingido não é acobertado pelo direito:

Por isso a mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca, de uma repartição, pode representar para comerciantes e profissionais instalados em suas imediações evidentes prejuízos, na medida em que lhe subtrai toda a clientela natural derivada dos usuários daqueles estabelecimentos transferido. Não há dúvida de que os comerciantes e profissionais, inclusive o “ponto”, ter-se-á destarte desvalorizado. Mas não haverá dano jurídico (MELLO, C. A. B., 2006, p. 965).

Nesses casos, não é a conduta lícita que obstaculiza a responsabilidade, pois como já vimos, em se tratando de responsabilidade objetiva do Estado, se há danos, a conduta se torna de imediato ilícita. Aqui, o que a impede de nascer é a falta de um dano juridicamente relevante.

Por fim, o dano deve ser especial e anormal. Eis o primeiro:

Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois um prejuízo genérico disseminado pela sociedade. Corresponde a um agrava patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas. (MELLO, C. A. B., 2006, p. 966).

Tal exigência é natural, pois está de acordo com os fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado; se a administração age em benefício de todos, os danos individuais - específicos - que causar, deverão ser também de todos, não importando a inexistência de culpa do Estado; se o dano é genérico, ele já é de todos, e inútil se torna a responsabilidade civil do Estado.

Já o dano anormal é de outra espécie:

Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em Sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fature circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal. (MELLO, C. A. B., 2006, p. 967).

De certo modo, este também é dano que fere um direito da vítima; se não é anormal, o dano não está acobertado pelo Direito. Seguem alguns exemplos:

Por esta razão descabe responsabilidade do Estado pela simples intensificação da poeira numa via pública objeto de reparação, inobstante tal fato provoque, como é natural, deterioração mais rápida da pintura dos muros das casas adjacentes. Idem com relação à transitória e breve interrupção da rua para conserto de canalizações, cujo efeito será obstar ao acesso de veículos às casas de seus proprietários, o que os obrigará, eventualmente, ao incômodo de alojá-los em outro sítio, com as possíveis despesas geradas por isso. (MELLO, C. A. B., 2006, p. 967).

#### 3.6.4 Responsabilidade do Estado por danos de obra pública

Obra pública é “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”, como consta na Lei 8666/1993, artigo 6º, I. (BRASIL, 1993).

A execução será direta quando “feita pelos próprios órgãos e entidades da administração, pelos próprios meios” (Lei 8666/1993, artigo 6º, VII); indireta, quando o órgão ou entidade a contrata com terceiros (Lei 8666/1993, artigo 6º, VIII).

Se a obra é executada diretamente pela administração, não resta dúvida de que o Estado responderá como sempre responde por condutas comissivas. As controvérsias só surgem quando ele repassa a terceiros, mediante contrato administrativo, a sua execução.

A fim de identificar as situações em que o Estado é responsável pelos danos de uma obra pública executada por terceiros, a doutrina distingue, tradicionalmente, os danos pelo só fato da obra dos danos pela má execução da obra. Hely Lopes Meirelles (2005, p. 655) define aqueles como “os danos causados pela obra em si mesma, ou seja, por sua natureza, localização, extensão ou duração prejudicial ao particular”, e estes como os danos “produzido pela imperícia, imprudência ou negligência do construtor na execução do projeto”.

A indenização pelos danos causados pelo só fato da obra ficariam a cargo do Estado, e apenas dele; os causados pela má execução da obra, por sua vez, a cargo do empreiteiro, respondendo o Estado subsidiariamente, no máximo, em caso de insolvência daquele:

A primeira hipótese é aquela em que o dano é provocado pelo só fato da obra. Por alguma razão natural ou imprevisível, e sem que tenha havido culpa de alguém, a obra pública causa dano ao particular. Se tal ocorrer, dar-se-á a responsabilidade objetiva do Estado, independentemente de quem esteja executando a obra, eis que presentes todos os pressupostos para a sua configuração...

Uma segunda hipótese pressupõe que o Estado tenha cometido a execução da obra um empreiteiro através de contrato administrativo, e que o dano tenha sido provocado exclusivamente por culpa do executor. A solução será de atribuir-se ao empreiteiro a responsabilidade subjetiva comum de direito privado, sabido que cumpre o contrato por sua conta e risco. A ação deve ser movida, no caso, somente contra o empreiteiro, sem participação do Estado no processo. A responsabilidade do Estado é subsidiária, isto é, só estará configurada se o executor não lograr reparar os prejuízos que causou ao prejudicado (CARVALHO FILHO, 2008, pp. 530-531).

Para afastar a responsabilidade estatal, utiliza-se como fundamento o artigo 70 da Lei 8666/1993, que assim dispõe:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado. (BRASIL, 1993).

É dito, então, que é ele quem responde, em caso de dolo ou culpa.

Todavia, o artigo mencionado, ao que nos parece, não merece essa interpretação, pois não diz que o contratado, no caso, responderá exclusivamente ele próprio, afastando a responsabilidade do Estado. Ele apenas enfatiza a responsabilidade daquele, que não será excluída ou reduzida se faltar a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

O referido artigo também afasta uma possível equiparação do contratado com a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Esta responde objetivamente, como o Estado, afastando a responsabilidade “primária” deste. O contratado, todavia, só responde com dolo ou culpa.

Ademais, a se admitir que se configure a responsabilidade objetiva do Estado em sendo o dano causado pelo só fato da obra, não vemos por que não aceitar que ela se configure também em caso de dano pela má execução da obra. Afinal, se no primeiro caso se equipara o empreiteiro ao agente público, por que não fazê-lo também no segundo?

Finalmente, o que mais chama atenção é a disparidade de tratamento que a vítima receberá dependendo da maneira como a obra seja executada: se diretamente, ela será beneficiada com a responsabilidade independente de culpa do Estado; se indiretamente, em caso de má execução da obra, ela terá de acionar a empreiteira e discutir com ela a questão da culpa.

E, frise-se, a lograr êxito a doutrina tradicional, a situação descrita no parágrafo acima não ocorreria apenas no caso de contratação de obra pública, mas também em todos os outros em que o Estado repassasse a terceiros, por meio de contrato administrativo, atribuições que são suas.

Por todo o exposto, é melhor que o Estado responda pelo dano de obra pública independentemente de quem a execute, respondendo também a empreiteira que agir com culpa ou dolo.

### **3.7 A responsabilidade subjetiva do Estado por condutas omissivas de seus agentes**

Imaginemos a seguinte situação: um fato de terceiro, como uma multidão enfurecida, ou um evento natural, como uma enchente, causa dano a alguém. A princípio, estaria excluída a responsabilidade do Estado, pois não foi ele quem agiu. Ocorre que a omissão (por definição, um não agir) poderá, dependendo das circunstâncias, gerar a responsabilidade civil de quem se omite, inclusive a do Estado.

Para que se estabeleça a responsabilidade do Estado, é necessário que ele tivesse a obrigação legal de agir. Sem ela, o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano estaria prejudicado, pois de uma omissão nada resulta, exceto que a lei assim o diga:

Diferentemente dos crimes comissivos, nos quais a relação causal é físico-natural (A morre em razão dos tiros desferidos por B), nos omissivos impróprios [quando o agente responde pelo resultado], a relação causal decorre da lei, é normativa (ficta), portanto... O nexo causal é normativo, enfim, porque uma inação não pode produzir logicamente uma ação (*ex nihilo fit*). (QUEIROZ, 2010, p. 211).

Embora o autor citado refira-se à reponsabilidade penal, as suas palavras aplicam-se perfeitamente à responsabilidade civil.

A obrigação é de agir de determinada maneira, segundo certo padrão; não é obrigação de agir de qualquer forma. Celso Antônio Bandeira de Mello dá pistas sobre como seria a ação que se exige:

Não há resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão *normal* tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico

e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

Como indício destas possibilidades há que levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da Sociedade (não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omissão, insuficiente ou inadequado. Este último nível de expectativa é sugerido, entre outros fatos, pelos parâmetros da lei que o institui e regula, pelas normas internas que o disciplinam e até mesmo por outras normas das quais se possa deduzir que o Poder Público, por força delas, obrigou-se indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão. (MELLO, C. A. B., 2006, pp 957-958).

Finalmente, se a ação exigida do Estado não for capaz, abstratamente (porque na verdade ela não ocorreu), de evitar o dano, o Estado não será responsável, por mais que se mantenha completamente imóvel, porque faltará novamente o nexo causal. Se, por outro lado, ela for capaz de impedir, em abstrato, o dano, o Estado responderá civilmente.

### 3.7.1 Responsabilidade subjetiva

Quem sofreu um dano decorrente de evento da natureza ou de terceiro deve provar que ocorreu um dano e que o evento da natureza ou o fato de terceiro o causou, se quiser que o Estado o indenize. Mas só isso não basta, é preciso demonstrar que o Estado tinha o dever de agir de determinada forma e que, se tivesse agido assim, o dano não se teria produzido.

É bem diferente quando se trata da responsabilidade do Estado por condutas comissivas, quando basta provar que ocorreu um dano indenizável causado por um agente seu.

No segundo caso, não se inquire se o Estado agiu bem ou mal; se provocou o dano deve indenizar. No primeiro, ao contrário, aquela é uma indagação fundamental, pois é indispensável que o Estado tenha agido mal, tenha sido por meio da inabilidade total ou tenha sido pela ação mal executada (ausência, má execução e execução extemporânea do serviço).

Por isso, a maior parte da doutrina ensina que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva com base na falta do serviço. É que sem

a falta do serviço, o próprio nexo de causalidade entre o dano e a conduta omissiva do Estado estaria comprometido; afinal, se, mesmo que tivesse agido bem, o dano se houvesse perpetrado, não se poderia dizer que ele decorreu da omissão estatal. A culpa administrativa é essencial, pois, à responsabilidade do Estado por condutas omissivas.

Para finalizar, cumpre afirmar que é bastante razoável a aceitação de uma presunção relativa de culpa da Administração quando da ação judicial, como defende o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, nos casos de “falta do serviço” é de admitir-se uma presunção de culpa do poder público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. (MELLO, C. A. B., 2006, p. 959).

E arremata com um argumento muito forte:

Ora quem quer os fins não pode negar os necessários meios. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito indispensáveis para a efetiva responsabilização do Estado – o que só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, pois, como regra, seria notavelmente difícil para o lesado dispor dos meios que permitiriam coloca-lo em jogo. Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova. (MELLO, C. A. B., 2006, p. 959).

### 3.7.2 Danos decorrentes de situações perigosas criadas pelo Estado

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz:

Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo, é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da reponsabilidade objetiva. (MELLO, C. A. B., 2006, pp. 961-962).

São casos em que, embora o dano não tenha sido praticado por algum agente estatal de maneira imediata; pode-se dizer que foi produzido, sim, pelo Estado, praticamente, em conduta comissiva. É que se o Estado cria uma situação, sabidamente, de alto risco, pode-se, de certo modo, sustentar que ele teve um papel predominante na causação do dano. São situações em que o Estado parece agir muito mais de forma comissiva do que omissiva.

Não se indagará, portanto, se houve falta do serviço; pois mesmo que ele tenha funcionado adequadamente, jamais terá sido o suficiente para impedir o dano, e como foi dito no ponto 3.5, se a administração pública age em benefício de todos, os prejuízos individuais, específicos, que causar deverão ser suportados por todos:

Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali contidas. Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos.

Uma vez que a Sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado. MELLO, C. A. B., 2006, p. 962).

### **3.8 Excludentes da responsabilidade civil do Estado**

Afastam a obrigação de indenizar do Estado o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e a força maior, a legítima defesa e o estado de necessidade (este último apenas em algumas circunstâncias).

O exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal não chegam a tanto, pois por mais que a atuação do Estado esteja acobertada pela lei, no momento em que ela causar danos a alguém, surgirá a obrigação de indenizar, a não ser que incida alguma das causas excludentes antes mencionadas.

Analisemos a aplicação dessas excludentes gerais à responsabilidade do Estado.

### 3.8.1 Fato exclusivo da vítima ou de terceiro

O fato exclusivo da vítima exclui a responsabilidade, pois interrompe o nexo causal; a responsabilidade nem sequer nasce, pois quem causou o dano foi a vítima:

Em certos casos, mesmo utilizando-se de um serviço público, ou estando em algum edifício ou repartição públicos, pode ocorrer que um particular, mediante ação própria sua, cause um acidente em que o mesmo venha a se lesionar ou ter algum bem seu atingido, causando a si próprio, com isso, algum prejuízo, físico ou patrimonial.

[...] Na verdade, o que existe mesmo é a ausência de nexo causal entre o Estado e o prejudicado, pois não existe ato ou omissão de agente público no evento, mas sim de um particular, o próprio lesado. (ARAÚJO, 2005, p. 726).

Há, todavia, situações em que isso não ocorrerá, pois o Estado terá um papel importante na causação do dano:

É claro que a excludente não ocorre se a ação da vítima (particular) pudesse ter sido objeto de previsão ou neutralização, em termos razoáveis, pelo agente público encarregado do serviço, na ocasião. Assim, somente a análise das circunstâncias de cada caso específico é que determinará a possibilidade de eximir-se ou não o ente público da responsabilidade. (ARAÚJO, 2005, p. 726).

É o caso do preso que se suicida na prisão, como reconheceu o STJ no Recurso Especial 847.687 – GO:

*In casu*, como apresentada nos autos, a prova demonstrou que o preso foi jurado de morte por outros detentos conforme consta à fl. 402 dos memoriais apresentados pelo Ministério Público do Estado de Goiás: “os agente e o delegado contribuíram decisivamente para a morte de José da Cruz Silva, seja por suicídio provocado pela tensão a que foi exposto (o que não se admite), seja por homicídio praticado pelos próprios agentes ou detentos. (BRASIL, 2007).

É de se destacar que às vezes tanto a vítima como o ofensor colaboram decisivamente para o evento. É o que se chama comumente de concorrência de culpas (melhor seria falar em concorrência de causas), quando a indenização pelo Estado será proporcional a sua participação no evento danoso, por força do artigo 945 do Código Civil. (BRASIL, 2002).

Da mesma forma, o fato de terceiro também exclui a responsabilidade, pois também interrompe o nexu causal:

A guisa de exemplo: em um hospital público, sem aviso ou qualquer preliminar que pudesse conduzir à previsibilidade, um doente que estava ali internado é vítima de homicídio (ou ferimentos) por desafeto seu, posicionado com um rifle de mira telescópica fora da área hospitalar, no momento exato em que, saguão de entrada, a vítima deixa o edifício do hospital após receber alta. (ARAÚJO, 2005, p. 726).

Já se demonstrou, no entanto, que o Estado poderá vir a responder, nesses casos, por conduta omissiva, com base na culpa do serviço.

### 3.8.2 Caso fortuito e força maior

A distinção entre caso fortuito e força maior é cercada de controvérsias, variando as aceções conforme os autores consultados. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo sintetizam muito bem a questão:

Existe bastante controvérsia acerca da possibilidade de serem consideradas excludentes da responsabilidade civil da administração pública as situações caracterizadoras de força maior e caso fortuito.

A primeira dificuldade reside na própria diferenciação entre essas duas figuras. Há quem atribua o conceito de força maior a eventos irresistíveis da natureza e do caso fortuito a eventos inevitáveis resultantes da atuação direta do homem. Há juristas que adotam orientação exatamente oposta a essa.

Na sua origem, a noção de caso fortuito costumava ser associada à imprevisibilidade (“fortuito” significa “obra do acaso”, “inesperado”), ao passo que a de força maior evocava eventos irresistíveis, isto é acontecimentos a cujo desenrolar não se poderia opor resistência eficaz.

O problema é que, mesmo, adotando essas aceções, a distinção se mostra muito tênue, se não impossível, no que respeita aos resultados das situações enquadráveis como de força maior ou de caso fortuito. De fato, não existe possibilidade de se evitar o resultado em uma situação de força maior (irresistível), ainda que esse resultado possa ser previsto. Já na hipótese de caso fortuito (imprevisível), não existe possibilidade de antever o resultado. Em ambas as circunstâncias, portanto, ao fim e ao cabo, o resultado é **inevitável** – ou porque não se podia prever, ou porque, mesmo estando previsto, não era possível impedir a sua ocorrência. (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 735).

A inevitabilidade do resultado é, portanto, a característica marcante de ambos os fenômenos.

Os autores prosseguem, constatando que nem a lei nem a jurisprudência distinguem os dois conceitos, e que ambas aceitam um e outro como excludentes da responsabilidade civil em geral. (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, pp. 735-736).

Vale dizer, todavia, que, entre outros autores, Maria Sylvia Zanella Di Pietro separa um fenômeno do outro. Segundo ela, a força maior, que ela define como um evento da natureza, excluiria a responsabilidade, exceto se ficasse configurada a omissão do Estado, enquanto o caso fortuito, decorrente de ato humano, não teria o condão de afastá-la:

**Força maior** é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexos de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Já na hipótese de **caso fortuito**, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiro, não se pode falar em força maior

No entanto, mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. (DI PIETRO, 2005, pp. 568 e 569).

Ousamos discordar, respeitosamente, desse posicionamento. Parece-nos que sempre faltará nexos de causalidade entre a atuação do Estado e o Dano, quando o resultado for inevitável, afastando-se, logo, a responsabilidade.

Novamente, cabe destacar que eventos da natureza podem vir a ensejar a responsabilidade do Estado por culpa do serviço.

### 3.8.3 Legítima defesa e estado de necessidade

O Código Civil prescreve que não constitui ato ilícito o ato praticado em legítima defesa, que, portanto, não gera responsabilidade civil (artigo 188, II, combinado com o artigo 927). (BRASIL, 2002).

A legítima defesa é definida no Código Penal: “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 1940).

Paulo Queiroz informa os seus requisitos:

O reconhecimento da legítima defesa (CP, art. 25) reclama, necessariamente, o concurso dos seguintes requisitos: a) agressão injusta; b) atualidade iminência da agressão; c) defesa de direito próprio ou de terceiro; d) necessidade e moderação dos meios empregados. (QUEIROZ, 2010, p. 309)

Disso se conclui que se um agente do Estado, um policial, por exemplo, acaba ferindo de morte um sequestrador, quando este estava na iminência de assassinar a vítima do sequestro, e esta era a única ação que podia salvá-la, o Estado estará eximido de responder pelo dano que o agente provocou.

Se, porém, o policial errar o tiro e acertar uma terceira pessoa, o Estado terá de responder perante ela, mas terá ação regressiva contra o agressor, primeiramente, e, depois, contra aquele em defesa de quem se causou o dano (interpretação do artigo 930, parágrafo único, do Código Civil). (BRASIL, 2002).

A legítima defesa putativa, que ocorre quando o agente imagina tratar-se de situação de legítima defesa, embora não o seja, também ensejará a responsabilidade civil do Estado.

Passemos ao estado de necessidade. O estado de necessidade também exclui a ilicitude, conforme o artigo 188 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002).

Na legítima defesa, há uma agressão injusta; no estado de necessidade, há uma situação de perigo. Diferentemente da legítima defesa, entretanto, ele não

excluirá a obrigação de indenizar, exceto se quem criou a situação de perigo foi a própria vítima ou o dono da coisa, de forma que em determinados casos o Estado será beneficiado por tal regra, conforme o artigo 929 do Código Civil. (BRASIL, 2002).

Caso o perigo tenha ocorrido por culpa de terceiro, o Estado terá direito de regresso contra este, a fim de reaver o que gastou para ressarcir o lesado; e se não for possível o ressarcimento, poderá voltar-se contra aquele em defesa de quem se causou o dano (Código Civil, artigo 930 e parágrafo único). (BRASIL, 2002).

Anote-se que, se o estado de necessidade for caracterizado, gerando a obrigação de indenizar, esta verterá de ato lícito; não haverá propriamente responsabilidade civil, de acordo com o que vimos sustentando:

Não há que se falar em *ato lícito* se em todos os casos de responsabilidade objetiva – do transportador, do Estado, do fornecedor etc. – há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a ilicitude. Ora será o dever de incolumidade, ora o dever de segurança – mas, como veremos, haverá sempre o descumprimento de uma obrigação originária. Ademais, os casos de indenização por *ato lícito* são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, arts. 188, II, c/c arts. 929 e 930, 1285, 1289, 1293, 1385, § 3º etc.). Nesses e em outros casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 9).

### **3.9 Responsabilidade dos prestadores de serviços públicos**

Já dissemos que o artigo 37, § 6º, da Constituição, estende-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. (BRASIL, 1988). Incluem-se no dispositivo, dessa forma, se efetivamente prestarem serviços públicos, as fundações públicas com personalidade jurídica de Direito Privado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, todas elas entidades da Administração Indireta.

Também estão abarcadas as pessoas jurídicas de Direito Privado que não compõem a Administração Pública, mas a quem foi delegada a prestação de

serviços públicos. Neste caso, porém, é imprescindível que haja um vínculo jurídico entre elas e o Estado:

Devem elas prestar os serviços de forma delegada pelo poder público, sendo necessário que haja um vínculo jurídico de direito público entre o Estado e o seu delegatário. Desse modo, algumas pessoas privadas só aparentemente prestam serviços públicos, mas como o fazem sob regime de direito privado, sem qualquer elo jurídico com o Poder Público, não estão inseridas na regra constitucional.

[...] é o caso, por exemplo, de sociedades religiosas, de associações de moradores, de fundações criadas por particulares, muitas das quais se dedicam à assistência social, à educação, ao atendimento das comunidades etc. Sua responsabilidade é regida pelo Direito Civil (CARVALHO FILHO, 2008, p. 522).

Observe-se que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, embora integrem a administração indireta, responderão do mesmo modo que todas as outras pessoas jurídicas de Direito Privado, o que, aliás, se compatibiliza com o artigo 173, § 1º, II, e § 2º da Constituição:

“Art. 173, § 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. (BRASIL, 1988).

Ora, se o regime jurídico deve ser o mesmo das empresas privadas e se não lhe são concedidos privilégios exclusivos, não há nada mais justo que não responderem de forma agravada, em relação às pessoas jurídicas do setor privado.

Houve quem pretendesse que a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos só incidisse quanto aos usuários dos serviços, uma vez que seriam eles os titulares do direito subjetivo ao serviço público. O próprio STF já acatou esse posicionamento anteriormente, no Recurso Extraordinário 262.651/SP, alegando estes mesmos motivos. (BRASIL, 2005).

Ocorre que o art. 37, §6º, da Constituição não distingue as pessoas jurídicas de Direito Público das pessoas de Direito Privado prestadoras serviço público, quando trata da responsabilidade pelos danos que ambas causam. Não haveria, portanto, razões para que as primeiras respondessem contra quem quer que seja, desde que terceiro, enquanto, as segundas, benignamente, respondessem apenas contra os usuários do serviço público que prestam.

Em vista disso, o próprio STF, no Recurso Extraordinário 591.874/MS, alterou o seu posicionamento, para que os não usuários também fossem protegidos pelo dispositivo constitucional. Acresce, ainda, que no julgamento se levou em conta a interpretação histórica:

É que perante a Constituição Anterior, que não continha regra exata a respeito, sempre se discutiu sobre a extensão da responsabilidade civil do Estado às empresas concessionárias e permissionárias de serviço público. E, aí, se chegou a conclusão óbvia de que negar a responsabilidade a tais empresas constituiria espécie de fraude em dano das vítimas, porque, se o Estado prestasse o serviço e ocasionasse o dano, responderia. E, quando se transfere a prestação a terceiro, as vítimas não teriam remédio jurídico adequado. (BRASIL, 2009).

Assim, todas as pessoas acima listadas responderão civilmente da mesma forma que responderia o Estado se estivesse prestando os serviços públicos, seja centralizadamente, por meio de órgãos despersonalizados da administração direta, seja descentralizadamente, por pessoas jurídicas de direito público, como autarquias e fundações autárquicas.

Finalmente, é de ressaltar-se que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990) regula, também, o fornecimento de serviços públicos, assegurando que os prestadores de tais serviços respondam civilmente com base nos princípios que ele institui:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas

compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. (BRASIL, 1990).

É adequado, pois, falar-se em responsabilidade pelo fato (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor) e pelo vício (artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor) do serviço público, garantindo-se ainda maior proteção não só aos usuários, mas a todos aqueles a quem o serviço público afetar, pois todas as vítimas do acidente de consumo se equiparam aos consumidores (artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor). (BRASIL, 1990).

### 3.9.1 Responsabilidade subsidiária do Estado

Há quem sustente que o Estado deva responder solidariamente com as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Com a devida vênia, discordamos. Ao dispor que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, bem como o Estado, devem responder pelos danos que causarem a terceiros, a Constituição não estabelece em momento algum a solidariedade entre ambos; tampouco a lei ordinária o faz. Ora, o Código Civil, no artigo 265 é claro: “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”. Logo, não se pode admitir a solidariedade. (BRASIL, 2002).

Em determinadas situações ela até poderá surgir, mas tão-somente se o estado tiver participado na produção do dano, omitindo-se, por exemplo, ao não fiscalizar a prestação do serviço, pois o mesmo Código Civil, agora no artigo 942, *caput*, também diz que os coautores respondem solidariamente pela reparação dos danos: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. (BRASIL, 2002).

Assim, parece-nos que a regra será a de que o Estado responda apenas subsidiariamente, em caso de insolvência da pessoa jurídica, pois se presumirá, então, no mínimo, a culpa *in elegendo*, pela má escolha da prestadora do serviço. Não bastasse isso, a vítima ficaria indene se a pessoa jurídica se tornasse insolvente, o que não teria como ocorrer se fosse o Estado a prestar o serviço.

José dos Santos Carvalho Filho confirma o que aqui se defende:

Por conseguinte, não abonamos o pensamento de que o Poder Público tem responsabilidade solidária pelos danos causados por pessoa privada à qual compete prestar determinado serviço público. Trata-se, a nosso ver, de conclusão tipicamente passional, de caráter radical e afastada dos cânones jurídicos que regem a matéria. O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência e omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa *in omittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demanda juntamente com o autor do dano. Contudo, se a culpa é exclusiva da pessoa prestadora do serviço, a ela deve ser imputada a **responsabilidade primária** e ao Poder Público a **responsabilidade subsidiária**. Resulta, pois, nessa hipótese, que eventual demanda indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte ilegítima *ad causam* na referida ação. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 534).

### 3.10 Direito de regresso contra o agente

Tendo o Estado sido condenado, em sentença transitada em julgado, a pagar indenização por danos causados por um agente seu com culpa ou dolo, este agente estará obrigado a ressarcir o Estado. O direito de regresso pressupõe, pois, condenação do Estado com trânsito em julgado e a ação culposa ou dolosa do agente.

#### 4 ASPECTOS PROCESSUAIS

O Estado poderá reparar o dano na via administrativa, se reconhecer desde logo a sua responsabilidade. O lesado encaminhará petição ao órgão da administração competente, que avaliará o seu cabimento. Na dúvida, a administração deve recusar-se a ressarcir, em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Quanto à ação judicial, via mais comumente adotada, impende que alguns comentários sejam feitos.

Primeiramente, cremos que a vítima possa ajuizar ação diretamente contra o agente causador do dano. Neste caso, porém, a causa de pedir estará assentada na culpa ou no dolo. Não deve prosperar o entendimento de que o agente responde apenas em ação regressiva ao Estado. Isso vai contra a própria evolução histórica da matéria; negava-se, inicialmente, que Estado devesse responder pelos danos que causasse, mas permitia-se a ação contra os seus funcionários.

Ajuizando a ação exclusivamente contra o Estado, discute-se se caberia ou não a denunciação da lide ao agente. O artigo 37, § 6º, assegura o direito de regresso contra o agente que tiver provocado o dano, em caso de culpa ou dolo deste. (BRASIL, 1988). Com base nisso, alguns entendem que o Estado tem o direito de denunciar a lide ao agente, quando ele, o Estado, for acionado sozinho. Afinal, o CPC, no artigo 70, III, diz que “a denunciação da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”. (BRASIL, 1973).

Ocorre que, se for o caso de responsabilidade objetiva do Estado, a denunciação da lide ao agente, que responde subjetivamente, introduzirá um novo elemento – a culpa lato senso -, que terá de ser discutido no processo, atrasando o seu desfecho. Além disso, “[...] a Fazenda ficaria em difícil situação, já que na lide primária teria de sustentar, para eximir-se, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, e na denunciação teria que alegar a culpa do funcionário”. (GONÇALVES, M. V. R., 2010, p.174).

Pelos motivos ora expostos, fica clara a inconveniência da utilização do instituto processual. Isso não impede, contudo, que o Estado, posteriormente, em ação regressiva própria, litigue contra o agente, conforme está assentado pacificamente em nossos tribunais.

Nada obsta, outrossim, que a ação seja proposta, simultaneamente, contra o Estado e o Agente, formando-se um litisconsórcio facultativo. A formação desse litisconsórcio está autorizada, se há comunhão de direitos e obrigações relativamente à lide. Como há solidariedade passiva entre Estado e agente (a se entender que o artigo 942, parágrafo único, do Código Civil, que estabelece a solidariedade entre os responsáveis em caso de fato de terceiro, aplica-se, por analogia, ao caso), o pressuposto está cumprido. (BRASIL, 2002).

Não bastasse isso, a formação do litisconsórcio está permitida também quando há origem de obrigações em um mesmo fundamento de fato - conforme o Código de Processo Civil, artigo 46, II -, e a causação do dano por um agente constitui o fundamento de fato da responsabilidade do Estado e do próprio agente. (BRASIL, 1973).

Finalmente, tratemos dos prazos prescricionais.

A vítima teria até cinco anos, a partir da data do evento, para ajuizar a ação, se o dano tivesse decorrido de ação ou omissão de pessoa jurídica de Direito Público, conforme o artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932. (BRASIL, 1932). Se ele, por outro lado, tivesse decorrido de pessoa jurídica de Direito Privado, o prazo seria o estabelecido no Código Civil.

Ocorre que a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, anterior ao novo Código Civil, portanto, alterou prazo que na vigência do Código de 1916, era de vinte anos - o prazo geral do artigo 177 -, ao dispor que o prazo de cinco anos também valeria para as pessoas jurídicas de direito privado. (BRASIL, 2001). Veio o Código Civil de 2002, que estabeleceu prazo de três anos para a prescrição da pretensão de reparação civil, e é este o que vigora atualmente. (BRASIL, 2002)

Isso acabou influenciando o próprio prazo prescricional das ações de reparação civil contra as pessoas jurídicas de direito público. Uma vez que este prazo foi sempre menor do que o da prescrição das ações contra as pessoas jurídicas de direito privado - ou seja, as pessoas jurídicas de direito público sempre foram privilegiadas pelo ordenamento -, a melhor interpretação é que, com as alterações decorrentes do novo Código Civil, eles permaneçam, no mínimo, iguais. Como seria totalmente ilegal aumentar o segundo prazo para cinco anos, que se reduza a três anos o primeiro, mesmo que em prejuízo das regras de direito intertemporal sobre lei especial e geral:

Cumpra nessa matéria recorrer à interpretação normativo-sistemática. Se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decr. 20.910/32, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil). Desse modo, se é verdade, de um lado, que não se pode admitir prazo inferior a três anos para a prescrição da pretensão à reparação civil contra a Fazenda, em virtude de inexistência de lei especial em tal direção, não é menos verdadeiro, de outro, que tal prazo não pode ser superior, pena de total inversão do sistema lógico-normativo; no mínimo, é de aplicar-se o novo prazo fixado pelo Código Civil. Interpretação lógica não admite a aplicação, na hipótese, das regras de direito intertemporal sobre a lei especial e geral, em que aquela prevalece a despeito do advento desta. A prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 544).

Para terminar, diga-se que a ação regressiva do Estado contra o agente é imprescritível por força do artigo 37, § 5º, Constituição Federal: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. (BRASIL, 1988).

É a ação regressiva do Estado, ou seja, das pessoas jurídicas de direito público, que é imprescritível; a das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos tem a sua responsabilidade regida pela lei civil, que nos parece ser de dez anos - o prazo geral de prescrição do artigo 205 do Código Civil. (BRASIL, 2002).

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho nos permite chegar a algumas conclusões sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado por sua atuação administrativa.

Em primeiro lugar, quando envolver condutas comissivas de seus agentes, ela será sempre objetiva. Bastará que a conduta do agente, agindo nessa qualidade, cause um dano atual e certo, especial e anormal, que atinja um bem da vítima protegido pelo direito.

O Estado também responderá pelos danos de obra pública, sempre da mesma maneira, independentemente de culpa, seja a execução direta ou indireta, tenha o dano sido causado pelo só fato da obra ou pela má execução desta.

Em caso de conduta omissiva dos agentes estatais, a obrigação de reparar o dano só surgirá se houver um dever de agir para evitá-lo. Este dever implicará um padrão de conduta exigível do Estado, que responderá civilmente se não atuar ou atuar abaixo dele. É necessário, além disso, que o dano não se houvesse produzido, se a sua atuação tivesse sido adequada. A responsabilidade estatal por condutas omissivas será subjetiva, com base na culpa do serviço.

Será objetiva, porém, quando o dano for produzido por uma situação perigosa criada pelo próprio Estado, porque, devido à participação decisiva dele na causação do dano, os princípios que regem a sua responsabilidade por condutas comissivas deverão ser observados, muito embora nenhum agente tenha agido diretamente.

Excluirá a responsabilidade do Estado o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, se não ficar caracterizada a omissão estatal. O caso fortuito e a força maior a excluirão também, pois quando eles ocorrerem, a produção do dano será inevitável, e a relação de causalidade entre este e a atuação do Poder Público estará ausente. A legítima defesa e o estado de necessidade, quando o perigo for criado pela vítima ou pelo dono da coisa, também afastarão a obrigação de indenizar

– não a reponsabilidade, já que em se tratando de qualquer das duas hipóteses, a responsabilidade nem sequer nasce.

As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, quando causarem danos a terceiros, responderão da mesma forma que o Estado, afastando a responsabilidade deste, que incidirá apenas subsidiariamente, caso aquelas caiam em insolvência.

Finalmente, quanto aos aspectos materiais, o agente responderá civilmente se agir com culpa ou dolo, tendo o Estado e as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público direito de regresso contra ele.

No que toca aos aspectos processuais, o lesado poderá buscar a indenização tanto administrativamente como judicialmente, o meio mais utilizado.

Se for usada a via judicial, ele poderá ajuizar a ação apenas contra o agente causador do dano, apenas contra o Estado ou contra ambos, formando um litisconsórcio passivo. Se for ajuizada exclusivamente contra o Estado, este não se poderá valer da denúncia da lide ao agente.

Por derradeiro, o prazo prescricional da ação da vítima contra o Estado, bem como contra a pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público, é de três anos. Já a ação regressiva do Estado contra o agente é imprescritível, diferentemente da ação regressiva a que faz jus a pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público, que prescreve em dez anos.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código civil. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>. Acesso em: 30 novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Código de processo civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Acesso em: 30 de novembro de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 30 de novembro de 2012.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 30 de novembro de 2012.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do consumidor. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 30 de novembro de 2012.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 30 de novembro de 2012.

BRASIL, Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2180-35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm). Acesso em: 30 de novembro de 2012.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 30 de novembro de 2012.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 262.651/SP, publicado em 06 de maio de 2005. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28262651%2E+OU+262651%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 30 de novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 847.687/GO, publicado em 25 de junho de 2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=847687&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em 30 de novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 591.874/MS, publicado em 18 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28591874%2EENUME%2E+OU+591874%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 30 de novembro de 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARIA, Edmur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. 30. ed. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1º parte**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIBEIRO, Manoel. **Direito administrativo, volume 2**. Salvador: Itapoã, 1964.