

**Reflexões acerca da
responsabilidade civil extracontratual do Estado**

LEILANE MENDONÇA ZAVARIZI DA ROSA

Florianópolis, setembro de 1996

Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado

LEILANE MENDONÇA ZAVARIZI DA ROSA

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade Direito.

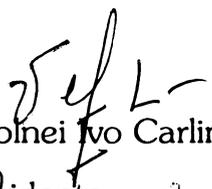
Orientador: Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

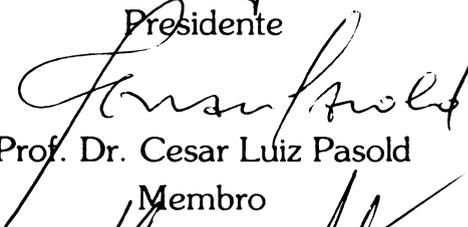
Florianópolis, setembro de 1996

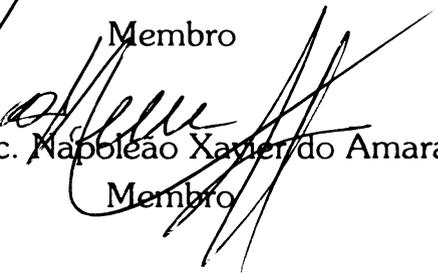
A dissertação **Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado**, elaborada por LEILANE MENDONÇA ZAVARIZI DA ROSA e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, 30 de setembro de 1996.

Banca Examinadora:

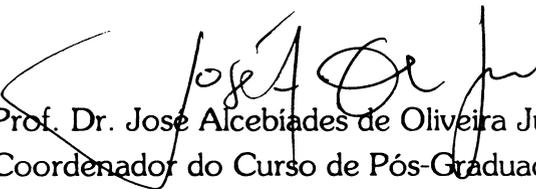

Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin
Presidente


Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold
Membro


Prof. M.Sc. Napoleão Xavier do Amarante
Membro

Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi
Membro Suplente


Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin
Orientador


Prof. Dr. Jose Alcebiades de Oliveira Júnior
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin, um professor que se dedica além de suas obrigações de magistério. Orientador que com suas intervenções, duras quando necessário, muito mérito trouxe a esta dissertação. Pessoa que me orgulha ter também por amigo.

Ao Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, primeiro contato com o pós-graduação, contato tão feliz. Sempre um incentivador. Um professor amigo.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação em Direito pelos ensinamentos que auferi.

As meninas do Pós-Graduação Dilsa, Giovana, Melisa e Rose, sempre tão solícitas e incentivadoras.

Aos professores colegas de Departamento e as amigas colaboradoras Arlete e Conceição.

À Professora Maria Tereza Queiroz Piacentini pela revisão gramatical que por certo engrandeceu este trabalho.

Ao meu querido digitador.

DEDICATÓRIA

A meus pais, pela vida. Minha mãe, Wilma, que em seu ventre me acolheu e até hoje é um aconchegante porto seguro. Meu pai, Prof. Dr. Indio, um amigo e um exemplo de conteúdo acadêmico a ser seguido.

A uma pessoa que passou a fazer parte de minha vida e só fez crescer felicidade, meu querido Hélio, pessoa iluminada como seu nome indica.

A dois tesouros que nasceram dessa união, Luiza e Gabriel, amados filhos, razão de nosso viver, que tanto já sabem sobre responsabilidade civil.

Finalmente, àqueles a quem na verdade este aperfeiçoamento se destina ... meus alunos.

Solon, segundo refere Plutarco, já dizia que a cidade realmente civilizada é aquela em que todos os cidadãos sentem a injúria feita a um só e em que todos exigem sua reparação tão vivamente como aquele que a recebeu.¹

¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1., p. 8.

RESUMO

Esta dissertação constitui-se numa pesquisa científica sobre a responsabilidade civil do Estado.

A relação do Estado com os administrados, inerente à atividade que necessita exercer para atender aos anseios da Sociedade, nem sempre apresenta resultados satisfatórios. Por vezes, a conduta ativa ou omissa do Estado impõe dano ao administrado. A responsabilidade que daí decorre, assim como as circunstâncias que a envolvem, é tema que merece atenção.

O texto, além da Introdução, Considerações Finais e Referência Bibliográfica, está estruturado em quatro capítulos. O primeiro capítulo aborda as considerações iniciais e básicas acerca da responsabilidade civil, indispensáveis para situar o leitor no objeto da monografia. O segundo descreve as várias teorias sobre a responsabilidade do Estado, mostrando sua evolução desde a irresponsabilidade absoluta até a teoria do risco administrativo e dando notícia dessa evolução no direito positivo brasileiro. O terceiro capítulo dedica-se ao § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, procurando detalhar as hipóteses e elementos nele descritos e a ele relativos. Por fim, o último capítulo tenta revelar a real consideração que é dada à responsabilidade civil do Estado, tanto pelo administrado como pelo próprio Estado, e busca evidenciar os efeitos práticos desse instituto.

Propõe-se uma visão atualizada da evolução do tema como condição à completa atuação do Estado considerado como instrumento a serviço do homem e da Sociedade toda.

RÉSUMÉ

Cette dissertation consiste en une recherche scientifique sur la Responsabilité Civile d'État.

La relation d'État avec son administré, inhérente à l'activité qu'il nécessite d'exercer pour faire attention aux désirs de la société, n'a jamais montré de résultat satisfaisant. Quelquefois, sa manière d'agir active ou omissive d'État impose un dommage à l'administré. La responsabilité que de là advienne, ainsi que les circonstances qui l'entourent, c'est un thème digne d'attention.

Dans ce contexte, le travail, au-delà de l'Introduction, de la Considération finale, du Rapport Bibliographique, est établi en quatre chapitres. Le premier chapitre traite des considérations initiales et essentielles autour de la responsabilité civile, indispensable pour situer le lecteur dans l'objet de la monographie. Le second décrit les plusieurs théories sur la responsabilité d'État, faisant voir sa évolution de l'irresponsabilité absolue jusqu'à la théorie du dommage administratif et donne notice de cette évolution dans le droit positif brésilien. Le troisième chapitre se dévoue au § 6° de l'article 37 de la Constitution Fédérale de 1988, recherchant détailler les hypothèses et éléments en lui décrits et à lui référés. Finalement, le quatrième chapitre tente révéler l'effective considération donnée à la responsabilité civile d'État, tant pour l'administré comme pour le propre État, et mettre en évidence les effets de ce institut.

On propose une vision actualisée de l'évolution du thème comme à complète activité d'État considéré comme instrument au service de l'homme et de la Société.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
------------------------	-----------

CAPÍTULO I - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS.....	13
---	-----------

1. DA RESPONSABILIDADE	13
2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	18
3. DO USO DAS EXPRESSÕES CIVIL OU PATRIMONIAL E ESTADO OU ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	23
4. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	26
Sujeitos ativo e passivo, nexos de causalidade e dano	
5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - SEU FUNDAMENTO	29
6. DO SUJEITO PASSIVO - O ESTADO	32

CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: TEORIAS E EVOLUÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	38
--	-----------

1. TEORIAS	38
1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	38
1.2. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE	40
1.3. TEORIAS CIVILISTAS.....	44
1.3.1. Atos de Império e de Gestão	44
1.3.2. Teoria da Culpa Civil	46
1.4. TEORIAS PUBLICISTAS	47
1.4.1. Teoria da Culpa Administrativa	48
1.4.2. Teoria do Acidente Administrativo	49
1.4.3. Teoria do Risco Administrativo	51
1.4.4. Teoria do Risco Integral	54
1.4.5. Teoria do Risco Social	55
2. EVOLUÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	58

CAPÍTULO III - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL	62
1. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO.....	62
2. DOS ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS	65
3. ELIDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO	71
3.1. CULPA DA VÍTIMA (EXCLUSIVA OU CONCORRENTE)	72
3.2. ESTADO DE NECESSIDADE	74
3.3. FATO DE TERCEIRO	75
3.4. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.....	76
4. A EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO	81
5. AGENTE	84
6. AÇÃO REGRESSIVA	88
CAPÍTULO IV - A REALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL	94
1. QUANTO À TEORIA DO RISCO	94
2. QUANTO AOS ATOS COMISSIVOS OU OMISSIVOS	100
3. QUANTO ÀS EXCLUDENTES	104
4. QUANTO À FUNÇÃO DO ESTADO	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	119

INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade, principalmente no que concerne ao Estado, é conhecido e muito debatido tanto na doutrina como na jurisprudência. Entretanto, sua aplicação ainda é impregnada por questões que lhe fragilizam a eficácia, daí a atualidade da dissertação do tema.

O comportamento do Estado, bem como do administrado, não demonstra reconhecimento das obrigações e dos direitos agasalhados pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal, que adota a teoria objetiva na responsabilização da Administração Pública face a dano imposto ao particular.

O nexo de causalidade, as excludentes e o comportamento comissivo ou omissivo do agente são elementos estruturais à configuração da responsabilidade do Poder Público, que, por peculiaridades em sua aplicação, acabam por afastar o dever do ressarcimento.

A ação indenizatória, meio judicial que o lesado tem para viabilizar o ressarcimento do dano sofrido, por vezes não é utilizada, assumindo o ônus da lesão aquele que a sofreu.

Refletir, sem qualquer intenção de exaurir ou apresentar solução à questão aqui tratada, acerca de tema tão cativante é o objetivo desta monografia.

Por que acaba o instituto da responsabilidade civil do Estado, previsto sem peias de dúvida na Carta Constitucional, tendo eficácia restrita ? !

Na elaboração do texto, a responsabilidade civil extracontratual do Estado é titulada como responsabilidade civil deste. Mesmo não sendo utilizada a expressão *extracontratual*, é dela que aqui se trata. A responsabilidade contratual não é enfocada.

Quando se refere à função do Estado, o trabalho quer indicar tanto a função executiva como a legislativa e a judiciária. Não se tratará de cada função isoladamente. A reflexão a ser feita é relativa à função entendida como gênero.

Além da Introdução, Referência Bibliográfica e Considerações Finais, divide-se a dissertação em quatro capítulos. O primeiro elenca considerações estruturais à compreensão do tema, para situar o leitor naquilo que se pretende quanto à responsabilidade civil do Estado; o segundo capítulo aborda as várias teorias que permearam a evolução do instituto, bem como a situação no direito positivo brasileiro; o terceiro enfoca de maneira detalhada o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, que agasalha a responsabilidade objetiva do Estado; finalmente, o quarto capítulo procura relacionar a responsabilidade à função do Estado, tentando refletir sobre a aplicação do dispositivo constitucional.

São categorias básicas à reflexão do tema Responsabilidade Civil: responsabilidade Extracontratual, Estado, Agente, Sociedade, Dano, Ressarcimento, Ação Indenizatória, Ação Regressiva, Caso Fortuito, Força Maior, Elidentes, Função do Estado, Ato Comissivo, Ato Omissivo.

Os conceitos operacionais destas categorias encontram-se dispostos no momento oportuno no próprio texto, ou, algumas vezes, em nota de rodapé, não necessariamente na ordem de citação.

O objeto deste trabalho é uma reflexão acerca da responsabilidade civil do Estado e os contornos que pode vir a ter.

O objetivo desta **Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado** é a análise preponderantemente descritiva, utilizando-se o método indutivo, com o uso da técnica de pesquisa bibliográfica.

As Considerações Finais são do tipo a estimular o leitor do trabalho para uma melhor aplicação do instituto ora enfocado.

A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Prof. Orientador, da Banca Examinadora ou do CPGD-UFSC à ideologia que lhe serve de fundamento, a qual é de absoluta responsabilidade da mestranda.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS

1. DA RESPONSABILIDADE

A incursão no tema da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado em razão de sua atividade administrativa não pode prescindir de uma abordagem preliminar de cada um dos elementos que a compõem, sem que isso implique necessariamente em intenso aprofundamento. Pretende-se apenas situar o leitor no contexto daqueles pontos que mais importam conhecer e que são fundamentais a este trabalho.

O vocábulo responsabilidade deriva do latim *respondere*, contendo a raiz *spondio*, constituindo-se esta na maneira utilizada pelo direito romano para vincular o devedor a uma obrigação oriunda de um acordo verbal.

Para alguns autores, a palavra responsabilidade tem um sentido técnico-jurídico de resposta, de obrigação. Exemplo deles é Aguiar Dias quando afirma haver no mínimo redundância em se colocar responsabilidade como a “obrigação cabente ao responsável”.¹

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 2.

Para Antônio Bazhuni, a significação vernacular é bastante procedente, pois se o comportamento humano é imposto por normas de conduta, a relação corresponde a um vínculo próprio da *spondio* dos romanos.

Partindo-se da premissa de que toda conduta humana é regida por normas de cunhos diversos, tais como morais, religiosos, jurídicos, dotados de coerção, colheremos a significação da terminologia responsabilidade por ocasião da transgressão ou da inobservância. A postergação de normas consagradas importará na significação embrionária vernacular da responsabilidade acarretando ao infrator uma sanção da mesma natureza da norma violada, importando reparação do dano causado.²

Todavia, a expressão responsabilidade é muito mais ampla. Seu espectro varia de acordo com a atividade causadora da lesão e a esfera em que ela se configure. Se no âmbito moral ou jurídico, se no campo do direito público ou privado, o termo passa a possuir modalidades diversas e espécies adequadas a cada situação. Assim, por suas próprias peculiaridades é impróprio atribuir-lhe concepção única e restritiva.

Se a vida em sociedade é regulada por normas de cunhos variados para que se mantenha a ordem social, a harmonia desejada, e do vínculo dessa relação surge a responsabilidade, esta também se constitui, em verdade, num fato social.

A responsabilidade é um fato social porque está inserida na vida em sociedade. Independente do tipo da norma descumprida, importando a transgressão em alguma lesão, rompe-se a ordem e a harmonia social, dando margem à responsabilidade que surge como instrumento único, hábil e capaz de se retornar ao *status quo ante*.

² BAZHUNI, Marco Antônio. **Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia de sua Atividade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992, p. 1.

Quem pratica um ato ou incorre numa omissão que resulte em dano, deve suportar as conseqüências do seu procedimento.

Trata-se de uma regra elementar do equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se portanto que a responsabilidade é fenômeno social.³

As características do dano causado, aliadas ou não aos tipos de norma violada, determinam o surgimento de espécies de responsabilidade, cujas peculiaridades deverão ser atendidas sob pena de não se conseguir com eficácia a recuperação da lesão sofrida.

Uma primeira distinção que se faz é quanto à responsabilidade moral e jurídica. Esta resulta do descumprimento de normas, de regras traçadas pelo Direito, enquanto aquela surge de infração de normas criadas sob a égide da ética, entendida esta como “a conduta profissional, feita a partir da afirmação de valores e da prática de técnicas consoantes estes valores”.⁴

Bazhuni discorda da separação da responsabilidade em moral e jurídica. Para o autor:

[...] a regra jurídica, por revelar a padronização do comportamento, cuja violação acarreta sanção, revela por si a ética incutida em seu conteúdo precípua, de tal modo que a violação das normas jurídicas importará responsabilidade jurídica e moral, pois as normas jurídicas são essencialmente morais.⁵

O gênero responsabilidade jurídica, por sua própria amplitude, comporta certo desdobramento de acordo com as características do tipo de lesão provocada, da norma violada ou do sujeito que figura como vítima.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1944, p. 3.

⁴ CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica. Ética e Justiça**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 34.

⁵ BAZHUNI, Marco Antônio. *Op. cit.*, 1992, p. 3.

Surgem em decorrência, entre outras, as modalidades de responsabilidade penal e civil.

Alguns doutrinadores aduzem que a diferença entre a responsabilidade penal e a civil reside no fato de que naquela o dano provocado é à Sociedade, e nesta o dano atinge um interesse individual.⁶

Para existir a responsabilidade penal, é necessária a tipificação do ato praticado como danoso em atendimento ao princípio *nulla poena sine lege*, o que já não acontece para que se dê causa à responsabilidade civil, emergente do simples fato do prejuízo.

Outra diferença diz respeito à própria reparação. Na reparação civil se recupera o patrimônio do sujeito lesado. Na reparação penal, tanto a multa como o cerceamento da liberdade não visam a recuperação patrimonial do lesado, mas sim restaurar a paz e a harmonia na Sociedade.

O direito penal vê, por trás do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social, que é preciso adaptar às condições da vida coletiva ou pô-lo em condições de não mais desenvolver a sua energia perversa em detrimento dos fins humanos, que a sociedade se propõe a realizar; o direito civil vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas principalmente a vítima, e vem em socorro dela, a fim de, tanto quanto lhe for permitido, restaurar o seu direito violado, conseguindo, assim, o que poderíamos chamar a eurritmia social refletida no equilíbrio dos patrimônios e das relações das pessoas.⁷

⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 7; CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 42, et al.

⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1995. p. 272

A responsabilidade objeto desta monografia é a responsabilidade civil resultante de uma lesão, cuja reparação se dá reequilibrando-se o patrimônio daquele que sofreu o dano.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Apresenta-se a responsabilidade civil como uma resposta daquele que causou um dano, a qual se traduz na obrigação de indenizar. Para Caio Mário:

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

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.⁸

Nem sempre o patrimônio do causador do dano foi o meio encontrado para recuperar a lesão sofrida, pois houve época em que a vingança privada prevaleceu sem qualquer critério, quando não havia regras nem limitações. A reparação nada mais era do que a viabilidade de uma vingança privada.

A evolução foi gradativa. O Código de Hamurabi é considerado o primeiro sistema codificado de leis em que se prevê o dano e sua conseqüente reparação. Apesar de consagrar a vingança privada, concomitantemente cria algumas situações, como a pena pecuniária, mais a título de punição do que propriamente reparação do patrimônio.

Mesmo guardando semelhança, o Código de Manu apresentou,

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 16 .

segundo alguns doutrinadores, certa evolução, pois não prevê a vingança privada, mas exclusivamente uma pena pecuniária imposta àquele que causou a lesão.⁹

O direito romano também apresenta gradativo desenvolvimento no que concerne à responsabilidade civil. A pena de talião *olho por olho, dente por dente* não chega a oferecer solução adequada, pois na impossibilidade de reparação sobrevinha a vingança privada. Relativo avanço ocorre quando se impede tal alternativa, vedando o legislador à vítima a possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos.

Quando assumiu a direção da composição dos pleitos, a autoridade começou também a punir, substituindo-se ao particular na atribuição de ferir o causador do dano.

Evoluiu, assim, da justiça punitiva exclusiva, reservada aos ataques dirigidos diretamente contra ela, para a justiça distributiva, percebendo que indiretamente, era também atingida por certas lesões irrogadas ao particular, porque perturbavam a ordem que se empenhava em manter.

Resultou daí a cisão dos delitos em duas categorias: os delitos públicos [...] e os delitos privados. Aqueles eram reprimidos pela autoridade, como sujeito passivo atingido; nos últimos, intervinha apenas para fixar a composição, evitando os conflitos.¹⁰

Parte da doutrina entende que passo decisivo mesmo deu-se com a Lex Aquilia, principalmente em seu terceiro capítulo, o qual impedia de forma absoluta a justiça privada e fixava princípios reguladores da reparação do dano, um dos quais básico à teoria da responsabilidade. Esse princípio teria se constituído num grande alicerce à teoria da responsabilidade porque dá surgimento à culpa como fator gerador da responsabilidade, e por isso nem todo prejuízo porventura causado era mais motivo de se atribuir obrigação ao

⁹ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 18; REIS, Clayton. **Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 12.

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 18.

autor.¹¹

Foi a Lei Aquilia [...] que, coibindo a justiça privada, firmou os princípios relativos ao *damnum injuria-datum*, traçando as diretrizes destinadas à reparação do prejuízo nas relações independentes de qualquer contrato, estabelecendo como alicerce de toda reparação o elemento culpa.¹²

Aguiar Dias, comentando a culpa no direito romano, não vê na Lex Aquilia a origem da culpa - esta teria surgido na fim da República já sob influência das idéias gregas.¹³

Fato que não se pode negar é o de que a teoria da responsabilidade civil baseada na culpa também é chamada de aquiliana, exatamente por ter surgido, ou pelo menos ter-se tornado evidente, com a Lex Aquilia.

Como bem coloca Caio Mário da Silva Pereira, só o elemento culpa não seria suficiente para fundamentar a responsabilidade civil, vez que não consegue por si só responder ao seguinte questionamento: “[...] por que é responsável o causador do dano ? ”¹⁴

Surgem, então, as teorias subjetiva, calcada na culpa, e objetiva, ou da responsabilidade sem culpa, baseada no risco.

Apenas para esclarecer brevemente o leitor, pois ambas as teorias serão abordadas no Capítulo II deste trabalho de maneira mais evidente, a teoria subjetiva, baseada na culpa, surgida para alguns doutrinadores, como já exposto, na Lex Aquilia, toma por base a conduta daquele que causou o dano,

¹¹ Note-se que o direito romano já comportava a teoria objetiva da responsabilidade baseada no nexo de causalidade e tratada nesta monografia no item 1.4.3 do Capítulo II.

¹² CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 3.

¹³ Faz referência o autor à abordagem sobre o tema feita pelos Mazaud em obra que trata da **Responsabilidade Civil Delitual e Contratual**, à qual a mestrandia não teve acesso.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. , p. 18.

se por negligência ou imperícia, fato que precisa restar provado para que possa justificar a reparação. Sem culpa não há responsabilidade.

O Código Civil Brasileiro, seguindo o Código Francês, adota para efeitos de responsabilidade civil a teoria subjetiva, quando preceitua em seu art. 159: “Todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.¹⁵

A teoria objetiva, ou da responsabilidade sem culpa, resgatada do direito romano que a adotava antes da Lex Aquilia, toma por base o nexos de causalidade, que se define como a relação da conduta com o fato danoso. Essa teoria teria o condão de solucionar casos em que a responsabilidade baseada na culpa se mostraria ineficaz.

Segundo Aguiar Dias, “A teoria da responsabilidade objetiva [...] Corresponde, em termos científicos, à necessidade de resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico não seriam reparados pelo critério clássico da culpa”.¹⁶

A teoria objetiva também se encontra consagrada no Código Civil Brasileiro, embora não como regra geral.¹⁷

Cabe ressaltar, outrossim, que a responsabilidade civil pode decorrer igualmente do inadimplemento de um contrato. Trata-se da responsabilidade

¹⁵ Alguns artigos do Código Civil adotam por exceção a teoria objetiva da responsabilidade civil: arts. 1528 e 1529 - obrigação resultante do dever de vigiar.

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 49.

¹⁷ Ver nota 15. Alguns diplomas legais também adotaram a responsabilidade objetiva: Decreto nº 268/12, relativo à responsabilidade no transporte ferroviário, e o Decreto-Lei nº 321/16, Código Brasileiro do Ar, atualmente substituído pelo Código Brasileiro Aeronáutico.

contratual, baseada na culpa contratual.

Contudo, a responsabilidade que aqui se trata é a responsabilidade extracontratual, originada da conduta lesiva do Estado. Não há um contrato entre o Estado e o administrado que possa ser descumprido. Há apenas uma conduta lesiva prevista como fator capaz de gerar responsabilidade, independente do caráter lícito ou ilícito, desde que seja concretizada pelo Estado. Para o particular, todavia, a caracterização da responsabilidade extracontratual exige a configuração de um ato ilícito.¹⁸

¹⁸ O ato ilícito é definido no art. 159 do Código Civil: "Todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

3. DO USO DAS EXPRESSÕES CIVIL OU PATRIMONIAL E ESTADO OU ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O uso das expressões *civil* ou *patrimonial* e dos termos *Estado* ou *Administração Pública* na qualificação da responsabilidade objeto deste estudo tem dado margem a divergências doutrinárias.

Não sendo mais a responsabilidade do Estado baseada em regras civilistas, não tem por que ser denominada responsabilidade civil. Daí a substituição pela expressão *patrimonial*, passando, então, a matéria a intitular-se *responsabilidade patrimonial do Estado*.

O vocábulo *patrimonial* indica com mais precisão o que se quer, ou seja, que o título indique ser a responsabilidade do Estado de cunho patrimonial, constituindo uma indenização pecuniária devida por ele em caso de dano resultante da conduta dos agentes públicos.

Elcio Trujillo, fazendo referência à contestação que a expressão *civil* recebe dos *estudiosos do Direito Público*, diz preferir a denominação *responsabilidade do Estado* pois:

A utilização do termo *civil* surge inadequado por induzir sempre à idéia de uma relação jurídica regida pelo Direito Privado, ensejando a busca de princípios privatísticos para fundamentar a matéria [...] não se justifica a continuidade do uso de uma expressão que pode *a priori* conduzir à formulação de conceitos nem sempre exatos. A responsabilidade do Estado [...] é informada por princípios publicitários, exorbitantes e

derrogatórios do direito comum.¹⁹

Renan Saad entende a expressão responsabilidade civil como suficientemente correta.

Quer se adote, no que concerne à responsabilidade, o caminho da teoria subjetiva, baseada na conduta do causador do dano, ou da teoria objetiva, fundada no nexo de causalidade, a obrigação é eminentemente patrimonial, no sentido de pecúnia. A expressão civil não está a indicar que a responsabilidade limita-se ao âmbito do direito civil, mas sim que tem por objeto um ressarcimento lastreado no patrimônio daquele que provocou o dano.

Acresce Renan Saad, ainda baseado nas lições de Tependino, que a atual *constitucionalização* por que passa o direito civil torna tão tênue a dicotomia público/privado a ponto de não se justificativar mais a troca de vocábulos.²⁰

Neste trabalho a expressão utilizada para identificar a responsabilidade de que se está tratando é o vocábulo *civil*, não que se entenda inadequado o vocábulo *patrimonial*, mas sim porque, considerando expressões sinônimas no sentido de que indicam que a responsabilidade implica um ressarcimento pecuniário, prefere-se o vocábulo civil por ser de utilização mais corrente.

A controvérsia no que se refere à utilização da palavra *Estado* ou

¹⁹ TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por Ato Ilícito**. São Paulo: Ed. Direito, 1996, p. 36.

²⁰ O autor se refere à tese trabalhada no Brasil por Gustavo Tependino sobre a constitucionalização do direito civil; o direito subjetivo sendo *invadido* pelo direito público. A tese é originada do trabalho do Prof. Natalio Irti, segundo o qual de um monossistema (Código Civil) teria o direito privado passado a um *polissistema*.

SAAD, Renan Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 13.

Administração Pública pode ser notada nas opiniões dos autores a seguir destacadas.

Conhecida é a posição de Hely Lopes Meirelles:

Preferimos a designação responsabilidade civil da *Administração Pública* ao invés da tradicional responsabilidade *civil do Estado*, porque, em regra, essa responsabilidade surge dos atos da Administração, e não de atos de Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil, como veremos adiante. Mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da *Administração Pública* do que em responsabilidade do Estado, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar.²¹

Referendando a capacidade do Estado, toma posicionamento diverso

Sylvia Di Pietro:

Quando se fala em responsabilidade do *Estado*, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal, a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais freqüência, de responsabilidade resultante de comportamento da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais.

Trata-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou Judiciário, a responsabilidade é *do Estado*, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A *capacidade* é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária.²²

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 552.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 355.

4. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado, baseada na teoria objetiva, para se concretizar necessita da confluência de certos elementos, sem um dos quais não se completa, como uma peça que falta em um quebra-cabeça. São estes elementos: o sujeito, o nexo de causalidade e o dano.

Quanto ao sujeito, ele pode ser ativo ou passivo. Sujeito ativo dessa relação jurídica é todo e qualquer administrado que venha a sofrer um dano. É o credor da obrigação de indenizar. O sujeito passivo é o devedor dessa obrigação; é a pessoa que causa o dano, no caso, o Estado. A ele será, em função de sua importância no contexto deste trabalho, dedicado subtópico específico dentro destas considerações gerais.

O dano se constitui no prejuízo, no desequilíbrio patrimonial sofrido pela vítima. Este dano deve ser certo, especial, anormal e deve corresponder a uma situação protegida juridicamente. Certo é o dano efetivo e atual, podendo até ser futuro. O que lhe retira a capacidade de indenização é a eventualidade.

Dano especial é aquele que se refere a uma ou algumas vítimas, o prejuízo não é disseminado por toda a Sociedade.

A anormalidade do dano corresponde ao excesso, ultrapassa os inconvenientes suportáveis pela vida em Sociedade.

Weida Zancaner distingue as características do dano conforme o ato

seja proveniente de conduta lícita ou ilícita. Se ilícita, a antijuridicidade é latente, bastando ao dano ser certo e atingir interesse legitimado pela norma. Se lícita a conduta, acrescem-se a estas duas características a anormalidade e a especialidade.²³

O dano pode ser patrimonial (material) ou moral, aquele que atinge bens não-materiais. Entendia-se que o dano moral não comportava indenização já que o patrimônio de um sujeito é considerado como um conjunto de bens materiais, conjunto dos bens economicamente úteis de um sujeito.

A se considerar o patrimônio do sujeito um conjunto de bens materiais e imateriais, uma universalidade de direitos e obrigações, a indenização do dano moral é aceitável.

Reconheceu a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso V,²⁴ a possibilidade do ressarcimento do dano não-material. Hoje não resta dúvida quanto à possibilidade de sua indenização, porém persiste dúvida quanto ao valor a ser atribuído à vítima, questão árdua na qual se debruçam doutrina e jurisprudência.²⁵

O nexo de causalidade também se faz necessário pois é o elemento que forma a relação direta causa-efeito. Constitui-se na relação entre o ato ou

²³ BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 33/34.

²⁴ "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

²⁵ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 105; ZENEIN, Augusto. **Dano Moral e sua Reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 97; CARLIN, Volnei Ivo. **A Reparação Civil Nascida da Dor Moral**. In, Revista dos Tribunais. São Paulo, 1983, v. 569, p. 9; **A Responsabilidade Civil Motivada pelos Danos Morais**. In, Jurisprudência Catarinense. 1979, v. 26, p. 21.

o fato que gerou a responsabilidade e o dano. Por se constituir em elemento estrutural da teoria objetiva, o nexo de causalidade será abordado mais detalhadamente no Capítulo II desta monografia, quando será feita uma análise individual das teorias relativas à responsabilidade civil.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - SEU FUNDAMENTO

A responsabilidade civil do Estado, nas palavras de Rivero,

[...] é uma responsabilidade *civil*: não poderia haver responsabilidade penal da Administração. É uma responsabilidade *extra-contratual*: a responsabilidade que sanciona o não cumprimento por uma pessoa pública das obrigações que assumiu [...]²⁶

Hely Lopes Meirelles a conceitua como aquela que “[...] impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.²⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de repor 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.²⁸

Outro não é o entendimento de Cahali: “Entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.”²⁹

²⁶ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 305.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 553.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 430.

²⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 9.

Aspecto de relevância a que se dedicam os doutrinadores é quanto à fundamentação, ou seja, à justificativa da existência da responsabilidade do Estado face a evento danoso causado por seus agentes. Elencam-se como fundamento o Estado de Direito e os princípios da legalidade, da igualdade dos encargos sociais e da justiça distributiva.

Amaro Cavalcanti, aponta o risco e a solidariedade como fundamentos da teoria do risco administrativo.³⁰ A solidariedade se traduz na necessidade de todos suportarem os encargos oriundos da atividade do Estado.

Sônia Sterman, relatando a crítica que vem na França sofrendo a denominação *responsabilidade por risco*, menciona:

Muito embora essa posição seja válida, o certo é que atualmente a expressão *responsabilidade por risco* vem sendo criticada pela doutrina francesa, propugnando-se sua substituição por *responsabilidade sem culpa*, cujo fundamento é a igualdade diante dos encargos públicos.³¹

Nesse sentido, Celso Bastos recorda a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Nos dias atuais existe grande aceitação da *teoria da igualdade ou proporcionalidade dos encargos públicos*. No art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrada pela Revolução Francesa em 1793, ficou estabelecido o princípio de que uns cidadãos não devem sofrer mais do que outros os encargos impostos pelo interesse comum em virtude da atividade do Estado, e por tal razão os danos ou acidentes resultantes a certos particulares devem ser repartidos entre todos, mediante a devida indenização.³²

³⁰ Citado por DIAS, José de Aguiar.

³¹ STERMAN, Sônia. **Responsabilidade do Estado (Movimentos multitudinários, saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 18.

³² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 187.

Os sujeitos de direitos e obrigações podem ser pessoas físicas, que são os homens, as pessoas consideradas individualmente, e pessoas jurídicas, entidades criadas pelo homem para a consecução de determinado fim.

O Estado, sujeito de direitos e obrigações, é uma pessoa jurídica, dotada de personalidade e capacidade de agir próprias.

Algumas teorias criadas para explicar a personalidade jurídica do Estado acabaram por interferir na sua obrigação com a Sociedade. Assim foi com a teoria que identificava as pessoas jurídicas como uma ficção do direito. Sendo o Estado uma pessoa jurídica, era uma ficção; se era uma ficção, jamais poderia ser responsabilizado por atos que nesta condição tinha como realizar, tornando difícil reconhecê-lo como responsável.

A personalidade, ou seja, a capacidade de figurar como titular de um direito subjetivo é realidade criada pelo direito exatamente para regular a existência das pessoas jurídicas.⁴²

Relativamente às funções e ao modo de executá-las, esclarece Cretella Júnior:

Como pessoa jurídica que é, não pode o Estado operar a não ser por meio de pessoas físicas. Tais pessoas constituem os órgãos da Administração [...]. Assim, há órgãos do Estado que *governam*, outros que *juagam*. O *governo*, a *administração* e a *justiça* são os três tipos de *funções do Estado*, a que corresponde um aparelho governativo, um aparelho administrativo e um aparelho judiciário.⁴³

⁴² Apesar dessa questão não estar intimamente ligada ao tema aqui tratado, de maneira indireta acabou influenciando o instituto da responsabilidade civil do Estado pela dificuldade de reconhecê-lo como sujeito capaz de agir e causar dano.

⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 75

É comum encontrar na doutrina uma separação da conduta do Estado em lícita e ilícita e adequar a cada uma sua fundamentação. Para os atos lícitos, a fundamentação dá-se pelo princípio da igualdade, pelo qual todos devem suportar os encargos sociais da vida em Sociedade. Para os atos ilícitos, a fundamentação está no princípio da legalidade.

Disso nos dá conta Weida Zancaner:

Toda vez que o administrado sofre qualquer dano originário de ato ilícito e houver um nexo de causalidade entre a atividade da Administração e o evento danoso, o Estado responde, qualquer que seja o dano. O princípio que fundamenta esse ressarcimento é o princípio da legalidade, mesmo porque a administração rege-se sob a égide da legalidade, não devendo dela apartar-se, sendo que, toda vez que o faça, deve arcar com as conseqüências.³³

Quer se privilegie um ou outro princípio, o que não se pode admitir é um Estado de Direito que se omita de cumprir um ordenamento por ele mesmo criado ou que não proceda de acordo com a justiça³⁴, elemento básico em sua formação.

³³ BRUNINI, Weida Zancaner. Op. cit., p. 55.

³⁴ Justiça é aqui tratada como conteúdo do direito. No dizer de Euzébio de Queiroz Lima: "O Direito é o complexo de normas de conduta necessário a ordem social; a justiça é esse ambiente de paz e grantia fora do qual a vida social não se pode manter. Direito é o preceito, a fórmula; justiça é o conteúdo do preceito, o bem procurado. LIMA, Euzébio de Queiroz. **Princípios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 126.

6. DO SUJEITO PASSIVO - O ESTADO

Se o instituto da responsabilidade é polêmico e interessante, muito mais se torna quando o Estado figura como sujeito passivo desta relação jurídica.

Para não se ver frustrado o leitor, cabe esclarecer que a abordagem que aqui se fará do Estado serve apenas para identificar o sujeito passivo dessa obrigação que resulta no dever de indenizar.

O conceito de Estado adotado para fins deste trabalho é dado por Wolkmer:

[...] instância politicamente organizada, munida de coerção e de poder, que, pela legitimidade da maioria, administra os múltiplos interesses antagônicos e os objetivos do todo social, sendo sua área de atuação delimitada a um determinado espaço físico.³⁵

Debruçam-se os estudiosos do Estado sobre as teorias que procuram justificar sua origem, fato que segundo Dallari é de crucial importância. “A indagação sobre quando e por que surgiu o Estado é muito importante para orientação de predições sobre seu futuro [...]”³⁶

Entre as teorias que procuram justificar o aparecimento do Estado, encontra-se aquela que afirma ter ele surgido concomitantemente à Sociedade.

³⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Rio Grande do Sul: Sérgio Fabris, 1990, p. 9.

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 65.

Um não existiria sem o outro. Reconhece-se nos primitivos agrupamentos humanos a figura, nos termos de Dallari, *embrionária do Estado*.

O Estado como ordem política da sociedade é conhecido desde a antiguidade aos nossos dias. Todavia nem sempre teve essa denominação, nem tampouco encobriu a mesma realidade [...]. A polis dos gregos ou a civitas e a república dos romanos eram vozes que traduziam a idéia de Estado, principalmente pelo aspecto da personificação do vínculo comunitário, de aderência imediata à ordem pública e de cidadania.³⁷

Outra corrente só reconhece a existência do Estado relacionando-o às sociedades políticas altamente organizadas, havendo época em que existiu Sociedade sem Estado.

Fernando Facury diz que essa corrente “apenas visualiza o Estado caso seja dotado de certas características que despontam na transição entre o feudalismo e o Absolutismo, o que denominam de Estado Medieval”.³⁸

A doutrina majoritária contudo é a que vê o Estado como fruto, criação da Sociedade. O desejo de dominação, a acumulação de riquezas, a própria complexidade da Sociedade fizeram-na necessitar do Estado.

Sem embargo de suas origens, são unânimes os autores em afirmar que:

O emprego moderno do nome Estado remonta a Maquiavel, quando este inaugurou O Príncipe com a frase célebre: Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sob os homens são estados, e são repúblicas ou principados.³⁹

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 70.

³⁸ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 2.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1974, p.51. (sem o grifo no original)

O Estado visto como fruto da Sociedade lhe dá, segundo Cesar Pasold, uma *condição instrumental*, sendo que para o autor:

A condição instrumental do Estado deve ser consequência de dupla causa: ele nasce da Sociedade, e deve existir para atender demandas que, permanentemente ou conjunturalmente, esta mesma Sociedade seja atendida.⁴⁰

A relação da Sociedade com o Estado é muito peculiar pois, criando-o, transfere-lhe, através de delegação, a sua própria coordenação.

As palavras de Darcy Azambuja evidenciam essa peculiaridade:

Com exceção da família, a que, pelo nascimento o homem forçosamente pertence, mas cuja tutela se liberta com a maioridade, em todas as outras sociedades ele ingressa voluntariamente e delas se retira quando quer, sem que ninguém possa obrigá-lo a permanecer. Da tutela do Estado, o homem não se emancipa jamais. O Estado o envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a proteção do nascituro, e se prolongam até depois da morte, na execução de suas últimas vontades.⁴¹

Criado para atender aos anseios da Sociedade, transforma-se o Estado num gerenciador absoluto de seus interesses, desempenhando funções na tentativa de alcançar esse objetivo.

O ordenamento jurídico, criado pelo próprio Estado, identifica os indivíduos componentes de uma Sociedade como sujeitos capazes de direitos e obrigações; visa essa identificação operacionalizar as relações na dinâmica da vida social.

⁴⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, p. 34.

⁴¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1957, p. 2.

O Estado executa suas funções através de seus agentes, que as realizam dando *vida* à sua vontade. Esta relação é de muita relevância à responsabilidade civil do Estado. As teorias elaboradas para justificar a responsabilização estatal com base nesta relação e com fundamento no direito civil se apresentaram impróprias.

Pela teoria do mandato, o Estado delegaria funções a determinadas pessoas que agiriam em seu nome; pela teoria da representação, o Estado seria representado como se fosse um incapaz necessitando de um tutor ou curador.

A teoria mais procedente foi a que introduziu a idéia do *órgão* para justificar aquela relação. “Pela teoria *do órgão*, nascida na Alemanha, a pessoa jurídica opera por si mesma. O *órgão* é uma parte dela, não um ente autônomo, distinto”.⁴⁴

Aqueles que exercem uma atividade no Estado não o representam, nem recebem as obrigações de um mandatário; constituem-se nele próprio, compõem sua estrutura orgânica, dando-lhe vida. A relação portanto é absolutamente direta: quando age o servidor, agindo está a Administração Pública.

Elcio Trujillo assim comenta:

O reconhecimento da responsabilidade do Estado como sendo direta perante o administrado lesado, vincula-se à concepção organicista do ente público, segundo a qual imputa-se o dano causado ao particular, diretamente à pessoa jurídica de cuja organização faz parte o funcionário causador do prejuízo. Considera a teoria orgânica que a atividade do

⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 77.

funcionário configura-se como atividade da própria pessoa jurídica.⁴⁵

Esta acanhada abordagem sobre o Estado procura apenas evidenciar que sua posição como sujeito passivo da responsabilidade civil ora tratada, de forma direta ou indireta, acaba sendo influenciada por esta ou aquela característica. O porquê da sua existência, a função e a maneira como a exerce e por quem a exerce são referentes que acompanharam a gênese do instituto, sua evolução até os nossos dias, e continuarão a acompanhá-lo no que se espera dê importante avanço.

Outra abordagem a ser feita, no tocante à responsabilidade, é quanto às teorias que permeiam o tema, ora baseando a obrigação de ressarcir na culpa do agente, ora exclusivamente no nexo de causalidade. Assim, o próximo capítulo irá tratar não só das teorias sobre a responsabilidade, mas também sinteticamente noticiará a evolução das teorias no direito positivo pátrio.

⁴⁵ TRUJILLO, Elcio. Op. cit., p. 41

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO : TEORIAS E EVOLUÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

1. TEORIAS

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A primeira parte deste capítulo versa sobre as teorias da responsabilidade civil e sua evolução doutrinária. Da irresponsabilidade absoluta, quando não se reconhecia ao Estado possibilidade de ser responsável por um dano, passou-se a admitir a sua responsabilidade tomando-se por base as regras do Direito Civil. Era a chamada fase civilista da responsabilidade civil do Estado ou das teorias subjetivas.

Posteriormente, reconhecendo-se ser a matéria do âmbito do direito público, chegou-se à fase publicista ou das teorias objetivas.

São unânimes os doutrinadores em reconhecer que a divergência terminológica acerca da matéria se constitui num problema que por vezes confunde e dificulta o seu estudo. O que alguns tratam como culpa anônima, outros tratam como culpa administrativa, assim também com as teorias do risco administrativo e do risco integral.¹

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 553; DI PIETRO, Sylvia Zanella. Op. cit., p. 355.

Vai-se então, a partir da análise das teorias, estabelecer para o leitor o conceito que a cada uma se está atribuindo, no sentido de evitar dúvidas que possam diminuir a intenção na elaboração deste capítulo.

Outro aspecto a ser esclarecido é que a evolução das teorias não implicou necessariamente a substituição de uma pela outra. Verá o leitor que algumas coexistem até os dias atuais.

1.2. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

Estando inteiramente superada, esta teoria, também chamada de teoria feudal, regalista ou regaliana, foi a que num primeiro momento e por dilatado tempo existiu em se tratando de responsabilidade por dano causado pelo Estado.

Ranço dos Estados despóticos ou absolutos, em que a figura do rei era considerada uma divindade, não se admitia pudesse ele cometer erros e, conseqüentemente, não se admitia também sua responsabilidade. A máxima *The King can do no wrong*² imperava de forma suprema.

Entendia-se que o erro causado pelo Estado era um risco que os administrados (súditos) deveriam correr, ou seja, o dano que o Poder Público viesse a provocar seria aceito e compartilhado por todos como uma situação absolutamente normal ante sua soberania.

O reconhecimento do Estado apenas como uma pessoa moral, inexistindo concretamente, reforçava tal teoria, pois um ente moral não pratica atos, se não os pratica é impossível causar danos.

A separação dos poderes também serviu de fundamento à irresponsabilidade do Estado, pois não se admitia a possibilidade do Executivo ser subordinado a qualquer outro poder.

Facury, em sua obra *Responsabilidade Civil do Estado*

² *O rei não erra* (tradução livre da mestranda).

Intervencionista, quando comenta a teoria da irresponsabilidade, traz observações interessantes. Relata que após Justiniano criou-se no Estado Romano determinada regra que previa o pagamento de indenização quando o Estado desapropriasse bens da Igreja. Existiria aí um germe para se reconhecer futuramente a responsabilidade do Estado.

Sobre o resgate da teoria da responsabilidade no Estado Feudal, no qual para algumas cidades e guildas (associações) existia a obrigação de indenizar quando causassem danos exclusivamente a terceiro, pois *interna corporis* tal não acontecia, Facury ressalta que, como as cidades não representavam o Estado mas a ele se opunham, a responsabilidade era apenas das associações.

Facury vê a Revolução Francesa somente como a troca da *soberania divina* pela *soberania popular*, mantendo a irresponsabilidade do Estado, cuja justificativa, a partir de então, passou a ser o exercício do poder pelo povo. A irresponsabilidade do Estado interessa à *ideologia do sistema liberal* predominante. Se o Estado deve abster-se de agir nos *negócios privados* não há por que se criar uma teoria responsabilizando-o por atos que não era sua intenção praticar.

Trujillo comenta:

No século XVIII a soberania de origem divina foi substituída pela soberania de origem popular, mas a garantia dos direitos individuais de liberdade e propriedade assegurados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e nas Constituições que a sucederam, não teve ao seu alcance meios de fazer valer-se pelos seus titulares lesados, quando a violação se desse pelo próprio Estado.³

³ TRUJILLO, Elcio. Op. cit., p. 45..

Acrescenta Facury:

Contudo, com a evolução do Estado Liberal e sua transformação em Estado Intervencionista, suas funções aumentaram para além das clássicas de manutenção da ordem, da segurança e da paz. Em razão da crescente intervenção do Estado no domínio econômico, este passou a poder causar maiores danos, tal como qualquer outro agente econômico.⁴

O intervencionismo estatal crescente fez aflorar a impropriedade desta teoria.

Da dificuldade em se responsabilizar um ente abstrato, imaginou-se então responsabilizar a pessoa física que concretamente agia por esse ente - seu funcionário -, com fundamento na teoria do mandato, fato que também não se mostrou eficaz.

A resignação esperada dos administrados que deveriam, reconhecendo a necessidade das ações do Estado, aceitar os danos que eventualmente delas poderiam advir, não encontrou amparo na doutrina, que a ela se mostrava arredia:

Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do Direito: se o Estado se constitui para a tutela do Direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade quando sua atuação falha e seus representantes causam danos aos particulares.⁵

A teoria da irresponsabilidade do Estado por danos que venha a causar encontra-se absolutamente erradicada. Os últimos países a estirpá-la

⁴ SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 60.

⁵ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 19.

foram os Estados Unidos, em 1946, e a Inglaterra, em 1947.

1.3. TEORIAS CIVILISTAS

Os anseios de uma teoria que passasse a responsabilizar a Administração Pública por danos a que viesse dar causa encontraram amparo no direito civil.

E, como bem ressalta um civilista:

Se hoje os administrativistas de todos os quilates timbram em tripudiar sobre a teoria civilista da responsabilidade civil do Estado, buscando transportar o instituto para o âmbito do direito público, não podem eles, contudo, negar os elevados méritos da concepção civilística da responsabilidade estatal, no que terá sido esta a grande contestadora inicial do princípio da irresponsabilidade absoluta [...].⁶

1.3.1. Atos de Império e de Gestão

A evolução da fase da irresponsabilidade não se constituiu, na verdade, num grande passo. Porém, reconhecendo o Estado como um sujeito de direitos e obrigações, dotado de personalidade e capacidade de agir, não se poderia admitir sua total irresponsabilidade.

A maneira encontrada para admitir-se sua responsabilidade foi através da divisão da sua forma de atuar. Entendeu-se que ele era capaz de, em sua atividade administrativa, realizar atos como se fosse um particular agindo e atos como um governante agindo.

Segundo Sonia Stermann, a origem dessa distinção estaria na

⁶ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 19.

Revolução Francesa:

Com a Revolução Francesa surgiu um *fato* que passou a alterar a teoria da responsabilidade estatal. Esse fato foi originário da multidão enfurecida que danificou inúmeras propriedades de particulares, os quais procuraram acionar o Estado para obter o ressarcimento de seus prejuízos. Porém, com o fato de proteger o erário francês das inúmeras ações, criou-se a distinção entre atos de império e atos de gestão, atribuindo somente a estes últimos (de gestão) a possibilidade de se obter o ressarcimento dos danos causados.

7

A separação das funções exercidas pelo Estado era dita como certa. Quando agisse usando o *jus imperii*, continuaria sendo um ser Soberano, e nessa condição, agindo para atender as necessidades da Sociedade, até poderia causar dano, só não seria certo lhe exigir reparação. Contudo, quando exercesse suas funções amparado pelo *jus gestionis*, estaria se equiparando a qualquer outro sujeito de direito, sendo absolutamente correto lhe exigir uma indenização quando provocasse um dano; se equipararia a qualquer empresa privada.

A dificuldade de separar suas funções, quando estaria agindo de uma forma ou de outra, acabou por demonstrar a impropriedade dessa teoria. Cretella Júnior sobre o assunto tece o seguinte comentário:

[...] embora apresentando inegável progresso em relação à teoria anterior, a teoria dos atos de gestão (com culpa evidente do funcionário) de modo algum é satisfatória em face dos princípios que informam os sistemas jurídicos, porque para aquele que sofre o dano não interessa a natureza do ato, se é de *império* ou de *gestão*. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar desamparado o cidadão que sofreu prejuízo por ato do próprio Estado? ⁸

⁷ STERMAN, Sonia. Op. cit., p. 14.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 70.

1.3.2. Teoria da Culpa Civil - Culpa *in eligendo* ou *in vigilando*

O abandono da tese que separava as funções do Estado não implicou o abandono das regras utilizadas pelo direito civil para configurar a responsabilidade em caso de dano.

A culpa civil (teoria subjetiva) oriunda da negligência, imprudência ou imperícia provoca o dever de indenizar por parte daquele que causou dano.

O Estado então passou a ser responsável pela escolha de um funcionário. A má escolha lhe imputava o dever de indenizar quando o funcionário causasse um dano, caracterizando dessa forma a culpa *in eligendo*.

A outra possibilidade de responsabilizá-lo resultava de conduta negligente. Negligenciando o desempenho das atividades exercidas pelos seus funcionários estaria viabilizando o dano e, caso ele se configurasse, deveria também ser responsabilizado, caracterizando assim a culpa *in vigilando*.

Esta teoria também não foi satisfatória pois não conseguiu obstar sua impunidade.

Sendo uma pessoa jurídica, essa peculiaridade deveria ser observada. Nem sempre era possível identificar a situação como hipótese que poderia acarretar reparação. Nem sempre o causador do dano era um mau funcionário ou nem sempre se conseguia definir o funcionário causador do dano, e isto fragilizava ou impedia inúmeras vezes a responsabilização pelo dano causado.

1.4. TEORIAS PUBLICISTAS

São unânimes os doutrinadores em afirmar ter sido o Caso Blanco, ocorrido na França em 1873, o marco inicial dessa fase chamada publicista, em que, abandonando as teias do direito civil, firma-se a responsabilidade do Estado como matéria de direito administrativo em ramo autônomo.

Uma menina de nome Agnes Blanco, ao atravessar uma rua de Bordeaux, foi atropelada por um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo que transportava matéria-prima de um prédio para outro. O pai de Agnes, baseado na responsabilidade civil do Estado, entrou com pedido de indenização.

Suscitado conflito de atribuições, entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, decidiu o Tribunal de Conflitos que o caso era da competência do Tribunal Administrativo já que se tratava realmente de responsabilidade decorrente do funcionamento do serviço público.

Ao afirmar o princípio da competência administrativa em relação a todas as acções de responsabilidade intentadas contra o Estado, baseia essa competência na *autonomia da responsabilidade da Administração*, que “não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil para as relações entre particulares, mas que obedece a *regras especiais*, que variam consoante as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados”.⁹

Em princípio a fase publicista ficou também conhecida por fase das teorias objetivas. A responsabilidade objetiva não toma por base a má conduta

⁹ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 311.

intencional ou decorrente de negligência, como acontece na teoria dita subjetiva. Não importa se lícito ou ilícito o comportamento, basta a relação de causalidade entre este e o dano para que se configure o dever de indenizar. A essa relação de causalidade dá-se o nome de nexo causal; é o que basta à responsabilidade objetiva.

Em algumas teorias da fase publicista, como vai se procurar demonstrar, o que na verdade havia era simplesmente a inversão do ônus da prova que passava da vítima para o Estado, mas em nenhuma circunstância bastava o nexo de causalidade à reparação do dano. A teoria era publicista mas a responsabilidade continuava sendo subjetiva.

É também nesta fase que mais perceberá o leitor a confusão terminológica que existe quanto à denominação das teorias. Para tanto se procurará ser o mais claro possível em relação à teoria comentada, não com intenção de resolver o problema, mas para especificar ao leitor de qual teoria trata o comentário.

1.4.1. Teoria da Culpa Administrativa

Primeira teoria da fase publicista, caracterizadora da transição entre a culpa civil e a culpa administrativa, imprimiu a esta maior abrangência em função de passar a defini-la no âmbito do direito público.

Segundo Cretella Júnior, a culpa administrativa

não se opõe à culpa no direito privado, apresenta-se como um matiz mais rico e todo peculiar mercê da posição do funcionário diante da pessoa jurídica que representa [...] . No âmbito da responsabilidade administrativa,

a culpa é compreendida de maneira mais ampla.¹⁰

Começa-se a perceber mais adequadamente que o funcionário representa o Estado, numa relação completamente distinta da existente entre o empregado e seu empregador, reconhecendo-se a ação do funcionário como a do Estado. “Pela teoria organicista, dentre outras, o ato do funcionário passou a ser entendido, sempre, como ato da administração.”¹¹ A culpa passa a ser direta, a omissão do funcionário é omissão do Estado, a má ação também.

1.4.2. Teoria do Acidente Administrativo

Também é conhecida como teoria da culpa anônima ou da falta de serviço.

Nem todos os doutrinadores tratam da teoria do acidente administrativo de maneira isolada, vêem apenas uma gradual evolução da teoria da culpa administrativa. Não seria uma nova teoria, apenas um aprimoramento desta.

Também baseada na culpa administrativa, continuava exigindo da vítima a comprovação da culpa, não se tratando por isso de teoria fundamentada na responsabilidade objetiva. O fundamento da responsabilização deixa de ser a culpa do funcionário. Passa-se a fiscalizar o serviço público, surgindo daí a expressão culpa anônima.

Tratando-a como teoria da culpa anônima, Aguiar Dias cita o Caso Anget, em que a decisão do Conselho de Estado Francês a teria aplicado muito

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR. José. Op. cit., p. 77/78.

¹¹ CASALI BAHIA, Saulo José. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 24.

bem, reconhecendo a má condição do serviço ou o serviço defeituoso como suficientes para configurar a responsabilização do Estado.¹²

Determinado senhor dirigiu-se à agência do correio minutos antes de seu fechamento, que se deu enquanto ele lá permanecia. Os funcionários solicitaram-lhe que saísse pela porta de triagem e, em razão de um desentendimento, foi grotescamente retirado, vindo a cair e fraturar a perna.

A ação indenizatória por ele intentada foi considerada procedente pois entendeu o Conselho de Estado ter havido mau funcionamento do serviço.

Verificou-se que alguém, para apressar a hora de fechamento, adiantou o relógio da repartição, coisa que não poderia suceder em serviço bem organizado. Assinalou a existência de um ressalto na porta, causa imediata do acidente. [...] Portanto, havia falta do serviço em indagar quem teria adiantado o relógio, quem ordenara o estabelecimento do ressalto ou quem o tolerava.¹³

Cretella Júnior, em sua obra *O Estado e a obrigação de indenizar*, diz que esse exemplo caracteriza apenas a culpa anônima, equiparando-a à teoria da culpa administrativa. Trata a falta do serviço como teoria autônoma em que não se utiliza como fundamento a culpa anônima, mas somente a falta do serviço público.

Vários outros doutrinadores, como se pode verificar em Aguiar Dias no exemplo acima citado, tratam da culpa anônima quando abordam a responsabilidade pela falta do serviço como elementos de uma mesma teoria. “A falta do serviço, no ensinamento de Duez, pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou

¹² DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 566

¹³ DIAS. José de Aguiar. Op. cit., p. 566

retardamento do serviço.”¹⁴

Apesar da evolução, também esta teoria não se mostrava eficaz; a necessidade da prova da culpa do serviço por parte da vítima, que já precisava provar o dano, era encargo demasiado imposto ao particular.

Ainda sob a égide da teoria da culpa anônima ou do acidente administrativo, passa a jurisprudência francesa, em determinadas situações, a adotar uma outra teoria, a do risco, a qual se constitui no fundamento das teorias realmente objetivas que levam em conta exclusivamente o nexo de causalidade.

Rivero, comentando casos em que o Conselho de Estado decidiu não com base na culpa mas sim no risco, conclui que:

Em todas as hipóteses, está-se na presença de uma medida não culposa, mas excepcional, que inflige a um particular, no interesse geral, um prejuízo anormal. O fundamento da responsabilidade reside no atentado à *igualdade de todos perante os encargos públicos*, seria injusto que uma só pessoa pagasse uma decisão tomada no interesse geral.¹⁵

Surgem daí teorias que realmente podem ser definidas como teorias objetivas.

1.4.3. Teoria do Risco Administrativo

Alguns doutrinadores tratam a teoria do risco administrativo como sinônimo da teoria do risco integral.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 555.

¹⁵ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 327.

Sem embargo desse entendimento, neste tópico a teoria do risco administrativo será abordada como modalidade da teoria objetiva, entretanto distinta da outra modalidade, qual seja, a teoria do risco integral.

Assim será porque se entende que tais teorias são distintas, uma vez que se adotará a do risco administrativo como aquela que admite elidentes de responsabilidade, o que não se configura na teoria do risco integral, em que a responsabilidade do Estado é absoluta.

Hely Lopes Meirelles comenta sobre a teoria do risco administrativo:

Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública.¹⁶

O risco e a solidariedade são apontados como fundamentos da teoria do risco administrativo.

Esta teoria, como já foi exposto, abdica da culpa, da comprovação da ineficiência do serviço público; basta a comprovação do nexo de causalidade, ou seja, a relação do dano com o funcionamento do serviço público.

O Poder Público assume os riscos no exercício de suas atividades de interesse coletivo. Da atividade pública resultando prejuízos que recaiam

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 555.

mais sobre uns e menos sobre outros, a coletividade representada pelo Estado, deve reparar esta injustiça, exista ou não culpa do órgão estatal. Basta que se demonstre o injusto prejuízo, o nexo de causalidade e a referibilidade ao erário.¹⁷

Canotilho, comentando a teoria do risco como uma responsabilidade por atos lícitos surgida como um superconceito aglutinador de todas as hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado, afirma que sua origem estaria no direito romano com o instituto da

aufferre rei privati, base de partida para o caso típico de acto lícito gerador de indemnização: a expropriação por utilidade pública. Princípio fundamental da vida em sociedade, a preeminência do interesse público legitima o sacrifício dos bens particulares à prossecução do escopo coletivo. Mas se é a generalidade dos cidadãos que vai beneficiar da medida lesiva do património privado, justo é que o dano [...] se reparta igualmente por todos.¹⁸

A teoria objetiva do risco administrativo, para Arnaldo Marmitt, adaptou a teoria da responsabilidade civil à evolução da Sociedade.

[...] Procura ela ajustar-se à sociedade altamente mecanizada e dinâmica, e corresponder aos anseios da democracia, que requer um sistema de responsabilidade civil justo e eficiente, pronto para propiciar sem delongas a paz social e o bem comum.¹⁹

O risco administrativo, como já foi dito, não imputa ao Estado uma responsabilização absoluta, pois admite algumas hipóteses em que ele pode ser eximido. São as excludentes, hipóteses capazes de afastar a responsabilidade do Estado, tais como: o caso fortuito, a força maior, a culpa da vítima ou de

¹⁷ OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Edipro, 1995, p. 36.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974, p.242 e 29/30.

¹⁹ MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 268.

terceiro e, ainda, o estado de necessidade.

Deixa-se de comentar aqui, caso a caso, as excludentes de responsabilização para fazê-lo no Capítulo III quando se tratar especificamente do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, o qual se constitui no preceito legal orientador da responsabilidade civil do Estado.

1.4.4. Teoria do Risco Integral

Teoria objetiva considerada extrema por não admitir a figura das excludentes capazes de elidir a responsabilização do Estado.

Teve em Duguit seu grande preconizador, o qual via que o Estado deveria funcionar como uma grande seguradora. Bastava a comprovação do nexo de causalidade, ainda que o dano se originasse de circunstâncias alheias à vontade do Estado.²⁰

Por vezes as teorias do risco integral e do risco administrativo são tratadas como expressões sinônimas.

Conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles, a teoria do risco integral é modalidade da teoria objetiva, apenas não admitindo as excludentes da responsabilidade do Estado.²¹ Sua posição sofre crítica da doutrina no sentido de que o fundamento da responsabilidade é o mesmo, o nexo de causalidade, só residindo a distinção da viabilidade ou não das excludentes.

Weida Zancaner vê na polêmica apenas questão semântica.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 57.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 556.

Resumindo a opinião de vários publicistas, conclui a autora:

[...] podemos deduzir que não há unidade, já não dizemos entre correntes diversas, mas mesmo entre os autores de uma mesma corrente. Não há como delimitar o contorno das modalidades do risco administrativo, do risco integral e mesmo do acidente administrativo. Nesse terreno, extremamente movediço, há rótulos iguais para designar coisas diferentes, e rótulos diferentes para designar coisas iguais.²²

Na verdade o problema diz respeito mais à terminologia, já que a utilização das modalidades é exatamente para caracterizar que em uma teoria, a do risco administrativo, admite-se que a responsabilidade do Estado pode ser elidida; na outra, a do risco integral, não.

Sylvia de Pietro também resume:

Portanto, não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar que se trata de responsabilidade *objetiva*, que implica averiguar se o dano teve como *causa* o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.²³

1.4.5. Teoria do Risco Social

O fundamento da teoria é bem simples. Se o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. O que revela não é mais individualizar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar.²⁴

²² BRUNINI, Weida Zancaner. Op. cit., p. 60.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 359.

²⁴ CASALI BAHIA, Saulo José. Op. cit., p. 93.

Seria assim o Estado responsável por danos não causados diretamente por atividade desenvolvida por seus servidores. Haveria a socialização do dano e a responsabilidade independente do risco.

Aguiar Dias vê conveniência em se criar uma lei para reparar danos causados, por exemplo, por *agentes desconhecidos*²⁵ que fujam ou não tenham bens para compor a indenização. Para o autor, a *idéia de solidariedade* avança gradativamente em matéria de responsabilidade civil do Estado.²⁶

Outro não é o entendimento de Fernando Facury:

A idéia básica, repetimos, é democratizar cada vez mais o Estado, não permitindo que a fração de classe dominante “de plantão” determine regras econômicas privilegiadoras de seus integrantes, mas que passe a elaborar normas em prol da sociedade.²⁷

A teoria do risco social é relativamente combatida pela doutrina, pois a *seguridade* do dano poderia provocar um relaxamento das pessoas quanto à prudência no agir. Sabendo que o Estado suportaria o dano, não se preocuparia o particular em evitá-lo.²⁸

Para Casali Bahia, o *segurismo* representaria a operacionalização eficaz da teoria do risco social.

O Estado, para atender ao reclamo da responsabilização integral e inafastável, pode, por outro lado, servir-se de seguros.

Fugiria, assim, à possibilidade de sua *falência* ou *bancarrota*, já que teria

²⁵ Quando se refere a agente, não quer o autor se referir a agente público, mas a qualquer pessoa que cause dano.

²⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 665.

²⁷ SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 93.

²⁸ BAHIA, Casali. Op. cit., p. 97.

formado fundos na medida da suficiência para fazer frente às reclamações que lhe fossem dirigidas.

O Estado cuidaria de criar os chamados seguros obrigatórios, por entidades de Direito Privado.²⁹

Quiçá a longo prazo estará a teoria do risco social integrando a responsabilidade estatal.

²⁹ BAHIA, Casali. Op. cit., p. 99.

2. EVOLUÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O Brasil e suas Constituições acompanharam quase no mesmo passo a evolução das teorias da responsabilidade.

A Constituição de 1824 consagrava a teoria da irresponsabilidade do Estado em função da posição soberana e inviolável do monarca. O Imperador não era considerado um funcionário. A Carta Magna, assim como a Monarquia, guardavam resquícios do ranço absolutista. O Estado e o Imperador que o representava eram figuras inatingíveis.

A responsabilidade era apenas dos funcionários e dos ministros, e estes só perante o Estado. O direito de petição que era assegurado aos cidadãos visava a responsabilização pessoal do funcionário, cabendo à vítima provar dolo ou culpa dele para ser ressarcida pelo dano sofrido. A teoria adotada para responsabilizar o funcionário era a teoria subjetiva.

A Carta de 1891 - Republicana, em relação à Constituição anterior não apresentou alterações no tocante à responsabilidade civil do Estado. A responsabilidade, conforme determinava o art. 82, continuava sendo do funcionário.

Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem efetivamente seus subalternos.³⁰

³⁰ BAZHUNI, Marco Antônio. Op. cit., p. 46.

A se considerar o imperativo constitucional, a tese continuava sendo a da irresponsabilidade do Estado no caso de dano por ele causado. Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, conforme comentam os doutrinadores imbuídos de espírito democrático, não aceitavam a posição como certa.³¹

Desta forma, começou-se a reconhecer a possibilidade de responsabilizar-se o Estado quando o dano resultasse de atos dolosos ou culposos, visto ser impossível distinguir Estado e funcionário como pessimamente indicava o art. 82 da Constituição Federal de então.

Aliada à responsabilidade do funcionário expressamente prevista na Constituição, existia também a responsabilidade do Estado, naturalmente embutida na relação Estado-funcionário.

Na vigência da Constituição de 1891, entra em vigor o Código Civil Brasileiro, que em seu art. 15 estabelece:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Adotando a teoria subjetiva baseada numa conduta dolosa ou culposa do agente, o que caracterizaria o ato ilícito - art. 159 do Código Civil³² -, prescreve o ordenamento civil a responsabilidade do Estado.

Havendo a configuração dos requisitos previstos na Lei Civil, quais sejam, que o funcionário estivesse agindo em nome do Estado, que o fizesse de

³¹ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 305; DIAS, José de Aguiar. Op. cit., 558.

³² Art. 159 do Código Civil: Aquele que por omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.

maneira a causar um dano intencionalmente ou em decorrência de sua negligência, surgiria para o Estado a obrigação de indenizar a vítima. Previu também o art. 159 o direito de regresso que permitia ao Estado se ressarcir, do *quantum* pago à vítima, junto ao funcionário causador do dano; a ação regressiva tinha por base a teoria subjetiva.

A tentativa de utilizar a teoria que preconizava a divisão das atividades do Estado em atos de império e de gestão para afastar a responsabilidade do Estado quando estivesse agindo pelo *jus imperii* restou frustrada.

A Constituição de 1934 trouxe a lume a responsabilidade solidária entre funcionário e Estado, e o litisconsórcio passivo necessário na oportunidade da demanda judicial.

Mantendo ainda a teoria subjetiva como fundamento, o ato praticado pelo funcionário deveria resultar de conduta dolosa ou culposa para que se configurasse o dever de indenizar.

Foi também mantido o direito de regresso do Estado junto ao funcionário. A sentença condenatória do Estado tinha força executiva para exigir o ressarcimento do funcionário.

A Constituição outorgada em 1937 nenhuma novidade trouxe em matéria de responsabilidade civil pois manteve tanto a teoria subjetiva quanto a solidariedade entre funcionário e Estado.

Foi com a Constituição de 1946 que a responsabilidade do Estado por dano que desse causa através de seus funcionários rompeu os laços com o direito civil, abandonando-se a teoria subjetiva como seu fundamento.

Dispunha o art. 105:

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

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Estava adotada a teoria do risco administrativo baseada na teoria objetiva. O que importava não era a conduta ter sido dolosa ou culposa, mas unicamente ter a conduta dado origem ao dano; bastava portanto a comprovação de nexo de causalidade.

A ação regressiva contudo continuava imprescindendo do elemento culpa para que o Estado pudesse ser ressarcido pelo funcionário, pois a conduta deste deveria ser culposa.

Tanto a Constituição de 1967 como a Emenda de 1969 mantiveram a teoria do risco administrativo. Igualmente restou inalterada a ação regressiva.

A Constituição Federal de 1988 prescreve no § 6º do art. 37:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o causador do dano.

O Capítulo III da presente dissertação tratará deste dispositivo legal em particular. Os elementos da responsabilidade civil nele previstos são fundamentais ao que aqui se propõe.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

1. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Manteve o texto constitucional brasileiro vigente a responsabilidade do Estado baseada na teoria do risco administrativo na modalidade objetiva.

Preceitua o § 6º do art. 37 da Constituição Federal:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o causador do dano.

Ainda que por curto espaço de tempo, logo após a promulgação da Constituição, parte da doutrina que se dedicou à interpretação do impositivo constitucional concluiu que a responsabilidade por ela adotada baseou-se na teoria do risco integral.¹

Esse entendimento não se dava por uma questão terminológica, ou seja, porque julgasse como expressões sinônimas as teorias do risco administrativo e do risco integral, mas sim porque vislumbraram a possibilidade de a responsabilidade do Estado ser absoluta, não admitindo qualquer elidente.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 556.

Passados os primeiros impulsos hermenêuticos, a adoção da teoria do risco administrativo, com a viabilidade de excludentes da responsabilização, foi reconhecida por unanimidade.

Esclarece Hely Lopes Meirelles:

O § 6º do art. 37 da Constituição Federal seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística *teoria subjetiva da culpa*, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a *responsabilidade civil objetiva da Administração*, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do *risco integral*. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com o apoio na melhor doutrina.²

Desprezando o elemento culpa, a teoria objetiva centra-se, como já exposto acima, no nexo de causalidade. Comprovado o binômio atividade administrativa/dano, fica caracterizado para o Estado o dever de indenizar.

O Estado, através de sua atividade administrativa, deve procurar atender as necessidades da Sociedade. Nesse exercício pode a qualquer momento provocar um dano. Desta forma, o Estado deve assumir o risco da possibilidade de se configurar tal situação.

O espectro da origem do dano é muito mais amplo do que o da teoria subjetiva calcada na culpa ou dolo decorrentes de ato ilícito. Seja o ato material ou jurídico, lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, se foi a causa determinante do dano e desde que comprovada a relação de causalidade, cumpre ao Estado repará-lo.

² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 558.

A expansão da atividade administrativa estatal implica em não se poder admitir outra teoria que não a do risco administrativo, pois seria injusto deixar aos administrados o encargo da comprovação de má conduta do Estado causadora de dano para tentar obter um ressarcimento.

Assumir o risco pela eventualidade da configuração de um dano face à sua atividade administrativa é para o Estado, ou pelo menos deveria ser, questão inerente à sua própria condição de *Estado*.

Quem age terá que assumir as conseqüências de seus atos. Tal assertiva deve prevalecer para qualquer pessoa, qualquer sujeito de direitos e obrigações, por tratar-se de questão primordial do Direito.

Não obstante a aceitação de que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal agasalha a teoria do risco administrativo, admitindo as elidentes de responsabilização, surgiram, tanto na doutrina como na jurisprudência, questionamentos sobre a modalidade objetiva no sentido de definir se ela se aplica a qualquer conduta do Estado, tanto comissiva quanto omissiva.³

Como se verá no próximo tópico, parte dos estudiosos pesquisados entende que a responsabilidade objetiva abarca somente os atos comissivos, restando aos omissivos o fundamento da teoria subjetiva; ínfima parcela, contudo, acredita que a objetividade abrange ambas as condutas.

³ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 283/4 et al.

2. DOS ATOS COMISSIVOS OU OMISSIVOS

A conduta estatal que possa ocasionar dano ao administrado pode ser decorrente de ação ou de omissão.

Os atos ditos comissivos são aqueles que implicam uma ação, uma conduta positiva. O agente age e através dessa ação pode ocasionar um dano ao administrado.

A atividade comissiva do Estado pode se dar através da execução de uma obra ou da realização de um serviço, ou outra conduta qualquer que a administração tenha que adotar para atender as necessidades da própria Sociedade.

A terminologia adotada na designação de atos omissivos, que a princípio pode parecer contraditória em razão dos vocábulos empregados já que o segundo sugere negação do primeiro, bem como a caracterização desses tipos de ação, são aceitas de forma bastante natural.

A conduta omissiva do Estado, como o próprio nome indica, dá-se pela sua omissão; são os atos ditos negativos, nos quais o agente não age e esta inércia acaba ocasionando dano ao administrado.

Certamente pela hipertrofia por que vem passando a atividade estatal, são exatamente os atos omissivos que figuram com maior índice de causa de lesão à Sociedade.

Certa controvérsia resta ainda na doutrina e indiretamente na jurisprudência sobre a aplicação ou não da teoria objetiva aos atos omissivos praticados pelo Estado que porventura causem danos ao particular. ⁴

Já no que se refere aos atos comissivos, quer lícitos ou não, materiais ou jurídicos, não resta a menor dúvida, seja na doutrina, seja na jurisprudência, sobre a aplicação da teoria objetiva, importando apenas o nexo de causalidade à responsabilização do Estado.

Comentando a configuração do dano em face da ação do Estado, leciona Celso Antônio Bandeira de Melo:

[...] - o Estado gera o dano, produz o evento lesivo - entendemos que é de aplicar-se a *responsabilidade objetiva*. A própria noção de Estado de Direito postula esta solução.

Deveras, já se referiu que a noção de Estado de Direito reclama a de Estado responsável. Mencionou-se, outrossim, a verdade cediça de que as condições em que o Poder Público pode produzir dano são muito distintas das que ocorrem nas relações entre particulares. O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos, em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isto, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal comissivo gera, produz, causa dano a alguém. ⁵

Grande parte da doutrina entende que o § 6º do art. 37 só se aplica aos atos comissivos, restando aos omissivos a teoria subjetiva baseada na culpa.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Jurisprudência Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 172/178.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 445

Se o ato é omissivo, o Estado não agiu, e, portanto, não pode ter dado causa ao dano. Assim, torna-se improcedente a aplicação do imperativo constitucional uma vez que o agente não deu causa ao prejuízo sofrido pelo administrado.

O entendimento é no sentido de que quando o Estado não age o que pode acontecer é a configuração de uma condição e não a causa do dano.

É esse o posicionamento do já citado Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem a responsabilidade por atos omissivos só pode se dar como culpa anônima, sendo portanto modalidade subjetiva, regendo-se a conduta negativa do Estado pelos princípios da culpa civil.

Outra não é a opinião de Maria Helena Diniz:

O art. 37, § 6º, da Carta Constitucional reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva do Estado pode gerar, causar, produzir um efeito. Logo, para haver responsabilidade objetiva do Poder Público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele jamais haverá causa [...]. Na hipótese de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade estatal é subjetiva, por depender de procedimento doloso ou culposo [...]. Os prejuízos não são causados pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que omissão é condição do dano.⁶

A prevalecer esse entendimento, qualquer dano oriundo da omissão do Estado terá por causa outra situação que encontra exatamente na falta da ação estatal o caminho para o dano.

Hely Lopes Meirelles entende só estarem cobertos pela teoria do risco os atos de ação ou inação dos serviços públicos, uma vez que o § 6º do art. 37

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 415.

dispõe: “pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem a terceiro”. Já os atos de terceiros ou fatos da natureza que causem dano não estão amparados pela teoria do risco administrativo, situações estranhas que são à atividade administrativa do Estado.

Leciona o mencionado autor:

Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam dano aos particulares.⁷

Para os atos omissivos, quando o Estado deixa de agir descumprindo um dever, a responsabilidade em caso de dano funda-se na modalidade subjetiva, tendo o prejudicado que provar a conduta negligente para que seja viabilizada a indenização.

Cumpra porém lembrar que, se existe a necessidade de comprovação da culpa, inexistente em relação à sua individualização. Não importa que o servidor, o agente deixou de agir, não agiu bem ou o fez tardiamente. A culpa é anônima: se é culpa do agente, é culpa do Estado.

Sem embargo do entendimento doutrinário de que a teoria objetiva do risco administrativo só se aplica aos atos comissivos, há notícia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de posicionamento contrário, aplicando a teoria do risco administrativo também aos atos omissivos.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 560.

Yussef Cahali informa:

O Des. Álvaro Lazzarini, contudo, invocando magistério de Toshio Mukai, contesta a afirmação de que o ato comissivo seria causa, enquanto o omissivo não o seria [...].

Funda-se em que as obrigações em Direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito; assim, causa, nas obrigações jurídicas, é todo o fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer), daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição, ou em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso, portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave do representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa *in omittendo*) aparece; se não teve, isto é, se o dano ocorreu por omissão do funcionário, incapaz de ser caracterizado como causa daquele, tal omissão não gerará a responsabilidade do Estado.⁸

Weida Zancaner sobre esta questão entende que

o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-os à comprovação de culpa para a conseqüente imputação de responsabilidade ao Estado.⁹

Apesar dos comentários acima se referirem ao art. 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1967, o qual previa “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”, se aplicam ou podem ser aplicados sem qualquer

⁸ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 285.

⁹ BRUNINI, Weida Zancaner. Op. cit., p. 62.

constrangimento ou impecilho ao § 6º do art. 37 da atual Constituição Federal.

A aplicação da teoria das obrigações parece bastante procedente. Não há que se negar que o ato ilícito é fonte, causa de obrigação; logo, é em decorrência causa de responsabilização também.

Poder-se-ia imaginar que a adoção da teoria do risco administrativo também aos atos omissivos se constituiria num encargo demasiado elevado para o Estado. Estar-se-ia transformando o Estado em uma seguradora, a amparar qualquer eventual dano sofrido pelo administrado, quem sabe uma prévia da teoria do risco social (responsabilidade sem risco).¹⁰

Contudo, a ótica há que ser outra. Causa ou condição, o fato é que sem a omissão não haveria o dano. Por que então impor ao prejudicado o ônus de provar a omissão do Estado, não sendo suficiente a já onerosa comprovação do nexo de causalidade ?

Para amenizar a responsabilidade do Estado já lhe bastam as elidentes amplamente aceitas na doutrina e jurisprudência. Não há necessidade de se criar mais um meio para dificultar a responsabilização do Estado, já que quem precisa de amparo é o administrado, parte fraca da relação Estado/Sociedade.

¹⁰ Ver Capítulo II, tópico 1.4.5.

3. ELIDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO

No dizer de Rivero “o dano só é reparável se puder ser imputado à actuação de uma pessoa pública determinada”.¹¹

A teoria do risco administrativo tem por fundamento o nexo de causalidade, ou seja, a relação entre conduta do agente e dano.

Quando no Capítulo II, tópico 1.4.3, se tratou das teorias da responsabilidade civil, alertou-se para as excludentes ou elidentes de responsabilização cabíveis na teoria do risco administrativo.

A questão não é abonar a conduta lesiva do Estado, porque conduta lesiva não houve. Neste sentido demonstra Cahali:

Na realidade qualquer que seja o fundamento invocado para responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo - risco integral - risco proveito), coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão de ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular.

Trata-se de questão de fato, a ser investigada em cada caso concreto, de modo que, demonstrado o referido nexo, surge a obrigação de indenizar, o que incorre se ausente sua demonstração.¹²

Também em relação às excludentes não há unanimidade entre os doutrinadores pesquisados quanto às suas causas. Parte da doutrina considera

¹¹ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 317.

¹² CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 44/45.

como causa de excludentes a culpa da vítima, o caso fortuito, a força maior, o estado de necessidade.¹³ Outros apontam apenas a força maior e a culpa da vítima.¹⁴

Fato é que:

Quando o processo causal encontra origem no caso fortuito ou de força maior, ou quando a culpa pelo evento deve ser imputada a própria vítima, o serviço público deixa de figurar como causa do dano, passando apenas à disposição de circunstância de fato, posto que o vínculo de causa e efeito só poderá ser localizado nas forças incontrolláveis da natureza ou na conduta temerária do próprio lesado.¹⁵

O que se percebe por vezes no tocante às elidentes é que a questão envolve apenas uma nova divergência semântica, principalmente quanto às categorias caso fortuito e força maior. Ora a divergência passa a ser dos requisitos à caracterização destas situações: ora a desmedida extensão que adota uma ou outra categoria transforma qualquer intempérie numa situação de força maior.

Irá se fazer certa incursão em cada categoria apenas para, mais uma vez, situar-se no objeto desta monografia. A intenção não é apresentar solução a questões tão polêmicas, como tudo que se refere à responsabilidade civil, mas somente refletir sobre elas.

3.1. Culpa da vítima (exclusiva ou concorrente)

¹³ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 44; CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980, p.138; RIVERO, Jean. Op. cit., p. 317.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 361; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 407; BRUNINI, Weida Zancaner. Op. cit., p. 69

¹⁵ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 53.

Pode parecer contraditório falar-se em culpa da vítima como excludente de responsabilidade do Estado, e tal se dá exatamente porque, quando a culpa é da vítima, que por qualquer circunstância dolosa (intencional) ou culposa (negligência, imprudência ou imperícia) provocou o dano que veio a sofrer, o elemento vinculador da obrigação do Estado em ressarcir não se configurou. Não se vai romper o nexo de causalidade, pois a conduta não sendo do Estado, ele nem chega a se concretizar. A própria vítima provoca o dano, as vezes até na tentativa de conseguir ressarcimento por parte do Estado.

Uma vez que a responsabilidade é objetiva, provando o particular o nexo de causalidade, restaria à Administração Pública o dever de indenizar, salvo se conseguir elidir a configuração daquele nexo, provando a culpa exclusiva da vítima, o que afastará a sua obrigação. O ônus da prova agora cabe ao Estado.

Seria o caso, por exemplo, de uma pessoa alegar danos em seu carro que haveria caído em um buraco feito pela administração municipal em virtude de reformas na rede de saneamento da cidade. Caberia ao Município provar que apesar da existência da obra, um encargo necessário, existia perfeita sinalização e proteção adequada suficientes para evitar a queda, como também que a vítima intencionalmente teria ignorado a proteção, numa tentativa, quem sabe, de proporcionar a si uma indenização. Caso esses fatos não restassem provados, se configuraria, pela teoria do risco, a obrigação do Município em recuperar o dano sofrido pelo acidentado.

Há também situações em que a culpa da vítima não é exclusiva, mas concorrente. A circunstância então não é de exclusão de responsabilidade mas apenas de atenuação dela. O nexo de causalidade existiria frente à conduta do agente que provocou o dano, sendo que, para a configuração deste, aliou-se

também a conduta da própria vítima.

3.2. ESTADO DE NECESSIDADE

Reconhecido o estado de necessidade por alguns doutrinadores como uma elidente de responsabilidade do Estado, trata-se de um sacrifício do direito, justificado pelas características que o cercam. O direito é sacrificado ante a justificativa de uma determinada situação emergencial. Porém este esforço deve ser entendido no âmbito do direito administrativo e de sua peculiaridade.

A renúncia é do privado em relação ao público, visando o bem-estar da Sociedade, diferente da situação emergencial ou de risco de vida característicos do tipo penal. Trata-se na verdade de um dano que o administrado deve suportar em prol da coletividade, abrindo mão de seu direito.

Considerando-se bem a questão, o caso não deveria ser classificado como excludente porque o dano, ou a supressão do direito, teria sido previsto e previamente indenizado. Celso Antônio Bandeira de Mello comenta:

[...] a situação é completamente dista dos casos em que a lei autoriza a desapropriar, destruir previamente certos bens, etc. [...] aqui a norma legitima um comportamento cujo alcance não é outro senão sacrificar o direito de ser atingido [...].¹⁶

O estado de necessidade justificaria a conduta tomada pelo agente e o nexo de causalidade não restaria configurado pois o dano, via de regra, já teria sido parcialmente ressarcido pela prévia indenização estipulada.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 432.

Cretella Júnior também confere ao estado de necessidade a característica do sacrifício do direito.

Chocam-se os direitos coletivos com os direitos individuais, o que, conforme o caso, poderá justificar a responsabilidade ou exclusão. A desapropriação por necessidade pública [...], bem como a requisição, obrigam a pessoa jurídica pública à reparação, a própria lei estabelece as condições em que o Estado entra na posse dos bens particulares. Épocas anômalas na vida dos povos justificam o emprego de medidas excepcionais e o exercício de poderes discricionários que recaem sobre o particular, restringindo-lhe as áreas dos direitos diante do interesse público.

Impõe-se, pois, a necessidade pública, prevalecendo sobre os direitos privados, o que implica a renúncia na gama dos interesses individuais em prol do interesse coletivo.¹⁷

Vê-se que o caso não identifica realmente as situações de dano ensejadoras da responsabilidade do Estado resultantes da existência do nexo de causalidade, pois este nem chega a se configurar.

3.3. FATO DE TERCEIRO

Os fatos ou atos provocados ou praticados por terceiros também elidem a responsabilização do Estado porque não há nexo de causalidade. O dano não se dá em razão da conduta do agente, mas sim da conduta de terceiro, o qual, se identificado, deverá ressarcir o prejuízo.

Terceiro é uma pessoa que, estranha à relação Estado-agente e administrado (aquele que sofre o dano), através de sua conduta provoca diretamente o dano ou determina uma conduta ao Estado que o acabe ocasionando.

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 145.

Cabe ao Estado provar a culpa de terceiro para que se exclua do dever de indenizar.

3.4. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O conceito de caso fortuito e força maior sofre toda a sorte de tratamento. Divergências terminológicas e conceituais voltam a permear o tema Responsabilidade Civil do Estado, agora quanto a essas elidentes, talvez porque sua peculiaridade dê margem a essas controvérsias.

Não obstante, doutrina e jurisprudência, quando consideram os dois termos como expressões sinônimas, concordam em configurá-las como elidentes de responsabilização do Estado.

Tomando por base a lição de Arnaldo Medeiros, adotada por grande parte da doutrina pátria, dois critérios, um subjetivo e outro objetivo, norteiam sua definição. Parte da doutrina cria uma subespécie - a do caso fortuito externo e interno - como se verá no desenvolvimento deste subtópico.

Há ainda a posição absolutamente contrária à conceituação individual de caso fortuito e força maior. A necessidade ou não de conceituação distinta igualmente não escapa à observação dos doutrinadores.

Elegeram-se algumas opiniões para bem visualizar o problema.

Comenta Aguiar Dias: “Segundo a lição de Arnaldo Medeiros, a noção de caso fortuito ou de força maior decorre de dois elementos: um interno, de caráter objetivo, ou seja, a inevitabilidade do evento; outro externo

ou subjetivo, a ausência de culpa”.¹⁸

Para Dias, realmente, as condições em que se desenrola o evento é que são marcantes para sua caracterização como caso fortuito.

Caio Mário da Silva Pereira esclarece em sua obra ser o caso fortuito um acontecimento resultante de forças da natureza, e a força maior um acontecimento decorrente da ação humana, sendo ambas as situações caracterizadas pela inevitabilidade.¹⁹

Posição diversa tem Bandeira de Mello, para quem a força maior se constitui num acontecimento irresistível, sendo o caso fortuito resultante de um defeito, uma falta técnica.²⁰

Renan Miguel segue a doutrina que admite as categorias fortuito interno e externo:

[...] o fortuito interno é aquele emergente de equipamento, por cuja manutenção se obriga a pessoa que guarda a coisa, cujo acontecimento não exime da responsabilidade de reparar os danos.

Já o fortuito externo elide a responsabilidade, pois relaciona-se a eventos exteriores que escapam do controle do agente sendo, portanto, estranhos a sua pessoa. O dano torna-se, assim, inevitável e irresistível, nos moldes do artigo 1.058 do Código Civil.²¹

Refere-se o autor ao dispositivo do Código Civil que preceitua: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior”. Complementando, diz o parágrafo único que “o caso fortuito, ou de

¹⁸ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 687.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 322/323.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 458.

²¹ SAAD, Renan Miguel. Op. cit., p. 42

força maior, verifica-se no fato necessário cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”. A aplicação do conceito de caso fortuito e força maior conforme as diretrizes do direito civil, para alguns doutrinadores não seria suficiente ante o caráter público com que se dá a responsabilidade civil do Estado.²²

Sobre o assunto resume Casali Bahia:

O caso fortuito interno ocorreria a partir da atividade da própria administração. Seria um fato imprevisível, mas atrairia responsabilidade civil ao Estado. Isto porque deve-se entender que a atividade estatal criou um risco. Se a administração se coloca no mundo físico, guiando um carro, construindo um edifício, fez surgir, pelo só fato da sua atividade, um risco para os demais [...]. Como se vê, não se exige a presença de culpa. A teoria é objetiva (risco administrativo).

Por outro lado, haveria casos fortuitos (denominados externos) que não adviriam da atividade da administração, mas de terceiros ou da natureza. Neste caso, a administração não deveria reparar ao lesado (só a teoria do risco social fará com que o caso fortuito externo não sirva como excludente).²³

A tendência de se aplicar a sinonímia prevista pelo Código Civil²⁴ às expressões caso fortuito e força maior não encontra amparo em Themistocles Cavalcanti. Argumenta a necessidade da distinção dos “dois institutos no âmbito da responsabilidade civil do Estado”. O autor vê necessidade de distingui-los porque:

[...] se a força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço; admite-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso

²² Código Civil: Art. 1058 - O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior.

Parágrafo único - O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.

²³ CASALI BAHIA, Saulo José. Op. cit., p.71.

²⁴ Ver nota 22.

fortuito, por estar incluído este último no risco do serviço; na força maior, nenhuma interferência tem a vontade humana, nem próxima nem remotamente, enquanto que, no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e no funcionamento do serviço.²⁵

São apontados como requisitos do caso fortuito e da força maior a necessariedade (obrigatoriedade na execução do ato ou fato), a inevitabilidade (o evento danoso não pode ser impedido) e a imprevisibilidade (não se pode prever os efeitos do fato). A imprevisibilidade não é elencada por todos os doutrinadores como determinante à caracterização do caso fortuito e da força maior.²⁶

O que elide a responsabilidade do Estado não é poder prever o evento e o efeito que este terá, mas sim não poder evitar a concretização do dano, porque tendo condições de o evitar e não o fazendo, está identificada a omissão que importa em ressarcimento por parte do Estado.

A previsão do fato e dos efeitos que ele terá, em algumas situações pode até acontecer; entretanto, será impossível obstar o dano.

Os casos, por exemplo, vinculados às intempéries, dada a tecnologia que nos cerca, podem ser previstos com relativa, às vezes total, precisão. Mesmo tendo a chuva ou o evento proporções anormais, o dano poderia ser até diminuído em vista das providências que poderiam ser tomadas. Porém, evitá-lo por completo já é uma possibilidade remota demais para nela se acreditar.

A objetividade fundamental à caracterização do caso fortuito ou da força maior como elidente de responsabilidade centra-se no quesito inevitável,

²⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 415.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 324; OLIVEIRA, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 40/42.

não se configurando a obrigação de indenizar quando da real impossibilidade em se obstar o dano.

4. EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

A Constituição Federal de 1988 no § 6º do art. 37 agraciou o anseio da doutrina quando estendeu às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos a responsabilidade objetiva na configuração de um dano ante a conduta de seus agentes.

Até então, ainda que usufruindo de uma posição privilegiada, as pessoas jurídicas com personalidade de direito privado, mesmo prestando serviço em nome do Estado, quanto à responsabilidade civil se submetiam à teoria subjetiva, salvo raras exceções.

O Estado, para atender os anseios da Sociedade, por vezes precisa *distribuir suas tarefas* sob pena de inviabilizar suas obrigações. A hipertrofia das funções do Estado enseja a delegação ou concessão de certos serviços a outras entidades criadas para esse fim.

Toda pessoa jurídica não deixa de ser uma união de interesses objetivando a viabilização de um resultado. O mesmo acontece com o Estado, que se vê com um encargo por vezes pesado demais e passa então a diluí-lo entres outras pessoas jurídicas, delegando-lhes o exercício de determinados serviços públicos.

Acertadamente se incluíram estas delegatárias ou concessionárias de

funções estatais no âmbito da teoria do risco administrativo.

Trata-se, destarte, da evolução ideológica do pensamento jurídico, ora esboçado na doutrina, ora esboçado pela própria jurisprudência, cujas tendências já revelavam a necessidade de equiparar à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, as das pessoas jurídicas de direito privado autorizadas, concessionárias ou permissionárias, por ocasião do desempenho das atividades delegadas pelo poder público, no estrito âmbito das delegações, para as estritas funções objeto das atribuições delegadas, pois tais entidades, embora dotadas de personalidade privada, quando no desempenho das atividades delegadas pelo Poder Público, representam verdadeiras *longa manus* da Administração Pública, verdadeiros prolongamentos da Administração Pública, pois, via de regra, passam pelo crivo da Licitação Prévia, obrigatória para os contratos de concessão de serviços públicos, o que poderá ensejar até mesmo a culpabilidade *in eligendo* da própria Administração, poder concedente, em caso de lesão a terceiros advinda pela má execução dos trabalhos delegados.²⁷

Cabe ressaltar que parte da doutrina exclui dessa responsabilidade objetiva as pessoas jurídicas de direito privado que explorem atividade econômica, alheias ao serviço público.

Mesmo sendo empresas governamentais, por não exercerem serviço público e levando-se em consideração o art. 173 da Constituição Federal, essas entidades, no que se refere à responsabilidade civil, estão sujeitas ao regime das demais pessoas jurídicas de direito privado, às quais a responsabilidade é baseada na teoria subjetiva da culpa.

Outro fato que precisa ser ressaltado é o posicionamento da doutrina quanto às empresas concessionárias ou permissionárias detentoras de autorização do serviço e àquelas que apenas mantêm com a Administração

²⁷ BAZHUNI, Marco Antônio. Op. cit., p. 60.

Pública um contrato de prestação de serviço. Para as detentoras de autorização aplica-se o § 6º do art. 37 da Constituição federal, sendo a responsabilidade objetiva; já nos casos de prestação de serviço, aplica-se a teoria subjetiva nos moldes do direito civil, podendo ser a Administração responsabilizada solidariamente uma vez provada a má escolha do prestador do serviço.²⁸

²⁸ CAHALI, Yussef Said em sua obra **Responsabilidade Civil do Estado** resume a posição da doutrina e da jurisprudência acerca desse assunto, p. 151/152.

5. AGENTE

Quando no Capítulo I desta monografia foram abordados alguns tópicos para efeito de sua estruturação, tratou-se do Estado e da maneira por ele utilizada para exercer sua função, qual seja, a de atender a Sociedade em seus anseios.

A natureza jurídica do Estado, como comentada no Capítulo I, tópico 6, lhe empresta a definição de pessoa jurídica, real porém abstrata. O meio então encontrado para operacionalizar suas ações é através de seus órgãos e daqueles que lhe dão vida, os funcionários, também chamados de servidores ou agentes.

José Cretella Júnior noticia:

Não podemos conceber em nossos dias um Estado que não conte, entre seus componentes, com uma classe especial, organizada, que contribua sob a dependência direta ou indireta de um superior hierárquico, para o funcionamento regular e ininterrupto dos serviços públicos.²⁹

O agente é o meio que o Estado encontra para agir, para executar os serviços públicos e assim alcançar ou procurar cumprir seu objetivo.

Não há como separar Estado e agente. A relação do Estado com o agente não se equipara à relação mandante-mandatário ou representante-representado e nem se constitui numa relação indireta. O agente é o coração

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Forense. p. 460.

que bate no Estado, é sua parte integrante. A relação é absolutamente direta, não há representação. O agente é o Estado personificado.

Hely Lopes Meirelles define agentes públicos como

todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.³⁰

A expressão agente público nem sempre foi utilizada para definir aquele que exerce função pública. Funcionário ou servidor eram expressões utilizadas com mais evidência. Autores restringiam a definição entendendo que funcionário era a espécie do gênero servidor; autores as utilizavam como expressões sinônimas.³¹

Não obstante, a tendência da doutrina sempre foi no sentido de ampliar o conceito de funcionário público para absorver todo agente que executasse serviço, a que título fosse, para o Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello diz que “quem quer desempenhe funções estatais, *enquanto exercita*, é um agente público”.³²

Foi exatamente tal definição ampla que acompanhou nosso legislador constitucional quando dispôs no § 6º do art. 37: “responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”.

Se o Estado age através de seus agentes, estes são os executores da conduta que pode vir a configurar um dano; é o agente que atuando dá azo à

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 71.

³¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 462.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 121.

formação do nexo de causalidade; é mediante sua conduta que o nexo se efetivará em caso de dano.

Desta forma, sendo agente de uma pessoa jurídica, quer de direito público quer de direito privado, ele, com sua ação ou omissão, provocará, na ocorrência do dano, a responsabilização da pessoa jurídica.

Rivero se refere à responsabilidade face ao dano da seguinte forma:

A questão põe-se pelo fato de as pessoas públicas, pessoas coletivas, só agirem por intermédio de pessoas físicas, os seus agentes e que são concretamente os autores dos danos imputáveis à actividade administrativa.³³

A amplitude do conceito de agente se deu para absorver todo e qualquer agente que exerça função pública. Respondendo ao questionamento de quem ou que pessoa pode ser considerada agente público, Celso A. Bandeira de Mello dá a seguinte resposta:

São todas aquelas que - em qualquer nível de escalão - tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material) isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.³⁴

Assim como ocorreu com a definição de agente, também foi ampliado, pelo que se pode depreender, o entendimento relativo às oportunidades em que ele estaria exercendo sua atividade funcional.

A expressão *nessa qualidade* quer significar na qualidade de agente e não que esteja necessariamente no exercício da função que possui. Se o agente

³³ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 309.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p.443.

está, digamos, em serviço (plena atividade funcional) ou não, é questão que a maioria da doutrina e jurisprudência entende que não interfere na questão da responsabilização; se exercitando regular ou ilicitamente suas funções, o que precisa ficar evidenciado é sua situação de agente. Por delegação ou concessão, se temporariamente ou não, são questões que não importam para a efetivação da responsabilidade.

Odete Medauar esclarece:

A locução “nessa qualidade” traduz o vínculo que deve existir entre o desempenho de atividades junto à Administração e o evento danoso. Assim, se um agente exerce a função de motorista e provoca um acidente no seu período de férias, sem o veículo oficial, não há que se cogitar de responsabilidade da Administração. Mas se um policial militar, no exercício das atividades de sua função, dirige veículo particular e atropela pedestre, o caso é de responsabilização. Ainda que o agente tenha tido conduta abusiva ou excessiva [...].³⁵

³⁵ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 403.

6. AÇÃO REGRESSIVA

O chamado direito de regresso se constitui na possibilidade de o Estado ressarcir-se perante o agente público do *quantum* pago a título de indenização ao administrado que sofreu o dano.

Prevê o final do § 6º do art. 37 da atual Constituição Federal: “assegurado o direito de regresso contra os responsáveis nos casos de dolo ou culpa”.

A ação regressiva viabiliza ao Estado, uma vez considerada procedente, uma forma de se ressarcir do valor pago ao particular. Declarada a sentença, possui o Estado título executivo judicial, instrumento capaz de recuperar aquele montante, visto que, unilateralmente, não pode a Administração proceder a qualquer tipo de desconto na remuneração de um servidor sem sua expressa anuência, salvo os compulsórios determinados em lei.

Se a responsabilidade do Estado perante o dano causado tem por base a teoria objetiva, o mesmo não acontece na relação entre o Estado e o agente. O ressarcimento só pode ser viabilizado em caso de dolo ou culpa desse agente. Dessa forma, a ação a ser proposta pelo Estado tem por fundamento a teoria subjetiva da responsabilidade, e nem poderia ser diferente. Aquela e naquele caso se aplica porque assumir o Estado o risco de um eventual dano face à sua ingerência na vida em Sociedade é fato absolutamente correto.

O Estado exerce suas atividades através de seus agentes, que agem ou

deixam de agir em seu nome. Se um agente, no exercício normal de sua atividade, cumprindo o dever que lhe é imposto pelo Estado, por uma eventualidade causa dano, não há que voltar-se contra ele aquele que determinou sua conduta.

O agente é o meio com que o Estado atende ou procura atender os anseios da Sociedade; portanto, quem tem o controle, quem tem o poder de mando é que deve assumir o risco. Agindo de forma inadequada, o quadro muda porque a situação passa a ser exatamente de desrespeito ao comando determinado pelo Estado.

O dano se configura porque o agente, mediante dolo (intenção) ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia), não exerceu com presteza sua função, não foi o meio que o Estado esperava. Muito acertadamente então que se cobre do servidor conduta dispare daquela que deveria ter.

Configura-se, pois, a ação regressiva como um direito subjetivo público do Estado, através do qual é exigido do agente responsável a repetição do montante devido e pago ao particular pelos danos causados, em razão de sua conduta culposa ou dolosa, decorrente de ação ou omissão do Estado.

36

A ação regressiva, enfim, é o meio que o Estado possui para atingir o servidor que teve comportamento inadequado à Administração Pública.

Se o Estado, exatamente quando seu agente age de maneira irregular, não lhe cobra tal conduta, estará incentivando o desrespeito com a coisa pública. O servidor negligente, incapaz, não deve servir como representante do Estado sob pena de estar fazendo uma péssima representação.

³⁶ QUEIRÓZ TELLES. Antônio A. *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 128.

Rivero via com preocupação a omissão do Estado francês em não ingressar com a ação regressiva:

Seja qual for a importância das soluções precedentes, parece que encontram poucas aplicações práticas, e que o Estado, condenado a reparar os danos imputáveis à culpa pessoal de um de seus agentes, raramente utiliza a acção de regresso, que a jurisprudência Laruelle³⁷ põe à sua disposição.³⁸

No Brasil a preocupação dos doutrinadores em afirmar a necessidade de o Estado ingressar com a ação regressiva também ocorre. Sobre a imprescindibilidade da ação regressiva, comenta Celso Ribeiro Bastos:

Em verdade, o princípio de regresso contra o autor do dano, quando este se origine de culpa ou dolo, atenta para o direito da sociedade do Estado Moral, a ética no exercício das funções públicas [...] pretende-se que a moralidade administrativa, antes diria a moralidade estatal [...] impeça que agentes públicos exorbitem das suas atividades legais ou as exerçam de forma incompatível com os ditames da legalidade e da moralidade.³⁹

Marmitt vê uma falha no final do § 6º do art. 37 da atual Constituição Federal no vocábulo *direito* - melhor seria constasse *dever*:

Melhor fora que obrigasse a pessoa jurídica de direito público que satisfizesse a obrigação a propor a ação regressiva contra o servidor público responsável, que agiu com dolo ou culpa. A obrigatoriedade do exercício bem poderia ter sido concretizada em preceito constitucional, na defesa do erário público.⁴⁰

³⁷ Se refere o autor ao Caso Laruelle, em que se afirmou a responsabilidade do agente com culpa pessoal viabilizando o direito de regresso a ser usado pelo Estado.

³⁸ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 338.

³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 196.

⁴⁰ MARMITT, Arnoldo. Op. cit., p. 304.

Sem embargo da pretensão do autor, a interpretação que deve ser dada ao final do § 6º do art. 37 da Carta Constitucional, até por respeito à coisa que é pública, é que o preceito ali contido confere ao Estado um poder-dever quanto à proposição da ação regressiva. A efetividade dessa interpretação está concretamente demonstrada na esfera federal brasileira, pois o não exercício do direito regressivo implica sanções diretas ao agente dele incumbido.

Ainda, sem absoluta pretensão no direito instrumental, se tecerá breve comentário sobre a necessidade de denunciação à lide.⁴¹

O comentário diz respeito ao direito, ou para alguns doutrinadores à obrigação, do Estado de, por ocasião da ação indenizatória em que figura como réu, denunciar à lide o agente, sob pena de perder o direito de regresso, ante o que prevê o inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil e o cabimento ou não da denunciação naquela oportunidade.⁴²

Questões como economia processual, inclusão de novo fundamento e celeridade da justiça são apontadas ora para justificar, ora para afastar a denunciação à lide.⁴³

Marmitt usa a *celeridade da justiça e a violação da economia processual* para justificar sua posição de ter-se que admitir a denunciação *ante*

⁴¹ Designação que se dá ao ato pelo qual o autor de uma demanda tenta trazer a juízo a pessoa de quem houve a coisa ou direito a fim de defendê-lo contra a agressão ou a ofensa que se ousa atirar sobre eles ao mesmo tempo. PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1973, v. 2, p. 496.

⁴² Art. 70. A denunciação à lide é obrigatória:

III - àquele que estiver obrigado por lei ou por contrato a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perdeu a demanda.

⁴³ Vide BRUNINI, Weida Zancaner. *Op. cit.*, p. 64; TRUJILLO, Elcio. *Op. cit.*, p. 124; CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.* p. 122.

a simples possibilidade de direito de regresso. Para o autor a denúncia permitiria a citação de inúmeros responsáveis, como o desenrolar de uma cadeia, e isto emperraria sobremaneira a justiça em detrimento do prejudicado. Aliada a esse fato, a responsabilidade do servidor para com o Estado funda-se na teoria subjetiva, fato novo portanto, já que a responsabilidade do Estado para com o administrado funda-se na responsabilidade objetiva. Haveria uma intromissão de fundamento jurídico novo.⁴⁴

Outros doutrinadores entendem que a denúncia poderá ou não ser efetivada sem prejuízo do administrado, conforme a modalidade de responsabilidade configurada.

Entre eles, citando vários processualistas, Cahali a resume em duas hipóteses. Se fundada a ação com base na teoria subjetiva, na culpa anônima do Estado, a denúncia será viável pois fato novo não há, já que a responsabilidade do servidor também tem por base a teoria subjetiva, havendo então celeridade e economia processual. Se contudo a ação estiver calcada na teoria objetiva, a denúncia à lide se tornaria inviável, ante a configuração de fato novo.

Informa ainda o autor a existência de uma terceira corrente que admite a denúncia à lide, esteja a ação fundada na teoria objetiva ou subjetiva da responsabilidade civil.

Após arrolar estas hipóteses, com muita propriedade resume o autor a questão acerca da perda ou não do direito de regresso pelo Estado em não se configurando a denúncia à lide:

⁴⁴ MARMITT, Arnoldo. Op. cit., p. 303.

Tenha-se em conta, finalmente, que embora não pedida pela Fazenda Pública a denúncia da lide ao funcionário faltoso, ou mesmo que esta tenha sido inadmitida, ainda assim - desde que evidenciados no curso da instrução probatória os pressupostos do art. 37, § 6º, *in fine*, da Constituição Federal - permanece incólume o direito da Administração sucumbente de voltar-se, regressivamente, contra aquele, pelas vias próprias, para buscar o reembolso do que houver despendido com a condenação que lhe foi imposta.⁴⁵

Cabe ainda, quanto à ação regressiva, ressaltar que sua natureza obrigacional transfere seu ônus, em caso de morte do servidor, ainda que se encontrasse desligado parcial ou totalmente de suas funções, a possíveis herdeiros que possua.

Vista a teoria da responsabilidade civil do Estado na atual ordem constitucional, observar-se-á no próximo e derradeiro capítulo deste trabalho a realidade na aplicação desse instituto resultante do comportamento tanto da Administração como do próprio administrado

⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. Op. Cit. p. 222.

CAPÍTULO IV

A REALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1. QUANTO À TEORIA DO RISCO

A responsabilidade civil do Estado adota, como já exposto nos capítulos anteriores (II e III) a teoria do risco administrativo na modalidade objetiva - responsabilidade independente de culpa.

Havendo conduta por ação ou omissão do agente, a qualquer título, que cause dano, surge para o Estado a obrigação de indenizar.

Ao lesado cabe, não se apresentando solução administrativa, entrar com uma ação indenizatória, na tentativa de recuperar o desequilíbrio patrimonial.

Quem vai figurar no pólo passivo da ação é o Estado.

A possibilidade de o prejudicado ingressar com a ação contra o Estado, contra este e seu agente, ou só contra o agente, é matéria não unânime na doutrina, no que é acompanhada em parte pela jurisprudência. A opinião de Hely Lopes Meirelles é no sentido de não existir possibilidade de escolha

quanto ao sujeito passivo.

Para o autor, ainda comentando o art. 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o *direito constitucionalmente protegido* é contra o Estado. O agente não é obrigado a ressarcir o Estado, salvo em caso de omissão ou conduta dolosa.

[...] o legislador Constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o funcionário indeniza o Estado regressivamente. ¹

Outra corrente, da qual faz parte Weida Zancaner, ensina que a faculdade de ingressar contra o Estado ou contra o agente estaria ligada diretamente ao fato de a conduta ser comissiva ou omissiva. Caso o dano resultasse de conduta comissiva, não deveria a ação ser ajuizada contra o agente, visto a responsabilidade ser objetiva e prescindir de outras provas que não o nexo de causalidade. ² Se omissiva a conduta, sendo a teoria subjetiva, a necessidade de comprovação de dolo ou culpa viabilizaria essa faculdade.

Celso Antônio Bandeira de Mello vê a possibilidade de a ação ser ajuizada contra o Estado, ou o agente como interpretação correta da letra da lei. Onde o constitucionalista não restringiu, não cabe por interpretação fazê-lo. Segundo o autor, a possibilidade permitida pelo legislador visa proteger o administrado pela garantia do patrimônio mais solvente do erário público na oportunidade do ressarcimento. ³

A própria Weida Zancaner, mesmo não acatando a opção sem vinculá-la à conduta danosa do agente, aduz: “Poderia mesmo não haver

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 66.

² BRUNINI, Weida Zancaner. *Op. cit.*, p. 62.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 466.

maiores dificuldades para o lesado, caso o funcionário público fosse abastado, sendo seus bens suficientes para saldar os prejuízos por ele ocasionados”.⁴

De acordo com os doutrinadores aqui arrolados, a tese a prevalecer nos tribunais é a faculdade do ingresso da ação contra o Estado e o agente, ou só contra o agente.

Se a justificativa apresentada da solvabilidade do patrimônio do Estado era a que o norteava, a situação caótica em que se encontram financeiramente todas as esferas brasileiras de governo é que deve passar a sê-la.

De que adianta ao lesado provar só o nexo de causalidade, ser vitorioso na ação, e na oportunidade da execução ver-se frustrado diante da falta de recursos do Estado para cumprir suas obrigações ?

A colocação de Weida Zancaner deve ser sempre lembrada, pois, dependendo do escalão a que pertence o agente, dependendo da função da qual faz parte, executiva, legislativa ou judiciária, seu patrimônio, com certeza, pode ser muito mais solvente do que o do Estado que representa.

Deve-se reconhecer ao administrado o direito de escolher entre uma ou outra situação; talvez mesmo tendo que provar dolo ou culpa do agente, prefira fazê-lo ante a provável garantia de ver ressarcido o dano sofrido.

Aqui, pode-se inclusive apresentar outro elemento que reforça o abrandamento do administrado no ônus da prova. Mesmo sendo à teoria do risco administrativo suficiente a comprovação do nexo de causalidade para se

⁴ BRUNINI, Weida Zancaner. Op. cit., p. 63.

identificar o Estado como responsável, o que se vê na oportunidade dos processos é um comportamento diverso. Insistem os tribunais, e a própria vítima, pelo que demonstra a jurisprudência comentada pelos doutrinadores, em basear suas alegações na conduta omissiva ou comissiva do Estado.

A prova que deve ser feita é do nexo causal, a relação conduta-dano. Se o Estado não agiu ou agiu tardiamente, ou de maneira inadequada, é questão que não importa em se tratando de responsabilidade objetiva. Celso Antônio Bandeira de Mello faz referência desse fato em sua obra:

De há muito, os Tribunais brasileiros invocam a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento de direito positivo que lhe supedita as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o preceptivo constitucional (atual art. 37, § 6º) atribuindo-lhe o intuito de acolher, como regra de nosso direito, a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação, o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade *falta de serviço* [...] O exame dos fundamentos das decisões comprova que invocam uma teoria declarando outra, consoante o exposto. Sem embargo, em outros tantos casos não há negar que, realmente, estão embasados na responsabilidade objetiva propriamente dita.⁵

Essa situação não deveria ocorrer. O texto constitucional é claro, a aceitação da teoria do risco administrativo, principalmente quanto aos atos comissivos também, por que então não é aplicada sem peias de insegurança ?!

Wanderley José Federighi, Juiz de Direito em São Paulo, comentando as decisões dos tribunais relativas à responsabilidade civil do Estado, faz a seguinte observação:

A convivência praticamente diária com questões de direito público referentes à responsabilidade civil do Estado como juiz da Vara da Fazenda

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 469

Pública, tem mostrado que, em regra geral, tal tipo de ação não é infenso a produção de provas. Geralmente os próprios autores requerem a realização da perícia ou, ao menos, a oitiva de testemunhas, para comprovar suas alegações. É raro que a parte venha a juízo, respaldando-se tão-somente na norma do art. 37, § 6º, da Constituição, para requerer o pagamento de indenização que entenda devida, seja a ação embasada em atividade ou em omissão do Poder Público.⁶

Interessante observar que a própria vítima, que mais poderia se beneficiar pela teoria do risco, ao invés de provar simplesmente o nexo de causalidade, ainda apresenta ou solicita provas da conduta comissiva ou danosa do Estado. Demonstra assim a própria vítima não acreditar no direito que lhe foi constituído, parece não acreditar na teoria do risco, falta-lhe credibilidade em sua situação privilegiada, talvez porque, na verdade, não seja ou não esteja sendo privilegiada.

A fundamentação e omissão por parte do poder público mesmo quando não se faz necessária continua permeando nossos tribunais. Poder-se-ia alegar que se toma esse procedimento para bem decidir e fundamentar os pleitos. Bem decidir e bem fundamentar é utilizar a teoria do risco administrativo em sua amplitude, ou seja, da maneira que indica a sua objetividade. Esta surgiu ou resultou da evolução doutrinária e jurisprudencial, dos anseios de uma Sociedade que necessita ver caracterizada a responsabilidade do Estado em virtude de dano resultante de sua conduta.

Se se chegou ao entendimento de que no desempenho de suas funções deve o Estado assumir o risco que imputa aos administrados, e na ocorrência de um dano o risco fica caracterizado, não há por que ir além. Essa conduta tanto da própria vítima, talvez porque lhe falte consciência jurídica,

⁶ FEDERIGHI, Wanderley José. **Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais**. São Paulo: Universitária de Direito Ltda, 1994, p. X

entendida esta como: “[...] a noção clara, precisa, exata, dos direitos e dos deveres que o indivíduo deve ter, assumindo-os e praticando-os consigo mesmo, com seus semelhantes e com a sociedade [...]”⁷, quanto dos tribunais acaba imputando ao Estado um relaxamento, uma despreocupação com a responsabilidade que lhe pode ser atribuída.

O reconhecimento da teoria do risco administrativo acaba sendo parcial, existe, mas para bem ver suas pretensões alcançadas, para reforçar, é melhor somá-la à teoria da culpa. Esta não parece ser a colocação mais adequada a se fazer em termos de uma responsabilidade baseada apenas em um nexo de causalidade.

É preciso, até para educar o lesado a reconhecer e acreditar no seu direito, aplicar a teoria em sua plenitude. Não se precisa convencer o que prescinde de convencimento.

Se a pedra angular é o nexo de causalidade, e se ele é a característica fundamental e suficiente a esta teoria, qualquer outra circunstância deve ser deixada de lado para ser aproveitada em teorias que lhe digam respeito ou exigidas nas demais que dela precisem.

⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **O Advogado e a Advocacia. Uma percepção pessoal**. Florianópolis: Ed. Terceiro Milênio, 1996, p. 53.

2. QUANTO AOS ATOS COMISSIVOS OU OMISSOS

É quase isolada a voz da doutrina que vê possibilidade em se aplicar a teoria do risco administrativo nos casos de conduta omissiva. São raros os casos nos tribunais em que se responsabiliza o Estado por conduta omissiva utilizando por base a teoria do risco administrativo.

Não se pode imaginar num primeiro momento que esse procedimento representa uma má adequação da teoria por aqueles que a interpretam ou aplicam. Considerando-se que, mesmo em se tratando de ato comissivo, já é relativamente tímida a utilização da teoria objetiva, a aplicação da teoria subjetiva aos atos omissivos passa a se apresentar como consequência lógica.

Entendem os propensos a essa idéia que aos atos omissivos se deve aplicar a teoria civilista, fundada na culpa, que a situação configura uma condição e não uma causa do dano sofrido pelo administrado.⁸

A culpa, apesar da teoria subjetiva ser eminentemente calcada no direito civil, deve ser entendida com a conotação ampla que lhe confere o direito administrativo.

Usa-se a teoria da culpa sem precisar identificar quem causou o dano, qual agente agiu de forma dolosa ou culposa a causar um dano - a culpa é anônima.

⁸ Ver Capítulo III, 2, desta monografia.

Quando o Estado na execução de suas funções, na tentativa de premiar os anseios da Sociedade, acaba provocando um dano, deve ser este indenizado. Apesar de causar um dano, demonstra o Estado estar cumprindo a função para a qual foi criado, servir a Sociedade. Mas, quando se omite, além de com essa omissão causar um dano, está o Estado descumprindo tarefa que lhe determina a existência, e é justamente quando mais abandona sua *criadora* que se vê agraciado com a teoria subjetiva.⁹

A utilização da teoria subjetiva em caso de atos omissivos se dá porque estes se apresentam apenas como condição para a concretização do evento dano. A causa teria sido outra conduta ou outro fato que aliado à omissão do Estado acaba por provocar o dano.

A responsabilidade passa a precisar da comprovação da conduta omissiva para que fique caracterizada a condição e a obrigação do Estado em cumprir a obrigação que lhe é imposta. O ato omissivo corresponderia a uma *concausa*, fato que aliado à causa influencia o resultado desta.

Causa ou condição, como já se havia antecipado no Capítulo III, 2, deste trabalho, sem ela não se teria configurado o dano. Causa indireta ou *concausa*, fato é que a conduta omissiva também é determinante para o resultado lesivo.

Um exemplo muito comum que pode ilustrar o que se está pretendendo é em relação às chuvas que se constituem em verdadeiros pesadelos de moradores de certas localidades. Nessas situações em que a chuva

⁹ Expressão usada por Cesar Pasold para identificar a posição da Sociedade como criadora do Estado, constituindo este seu instrumento. PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 33-34.

provoca danos, caso haja omissão do Estado quanto ao desassoreamento de um canal, estar-se-ia diante da figura típica da causa e da condição.

O administrado que teve sua casa inundada, ou até mesmo a casa levada pelas chuvas, sofrendo dano de grande monta, terá que provar a omissão do Estado para tentar recuperar a lesão patrimonial sofrida. Pode-se levantar a seguinte questão: houvesse a chuva e tendo sido o canal desassoreado, o dano teria ocorrido? É claro que não.

Questão óbvia, é evidente. Não tão óbvia para se imaginar a adoção da teoria do risco administrativo. Não se pretende atribuir ao Estado a obrigação de indenizar por qualquer tipo de dano, mas que fique ao seu encargo, como acontece nos casos das elidentes de responsabilidade em se tratando de ato comissivo, a prova da sua não omissão, ou, se for o caso, da situação de força maior.

Não importa que o dano se tenha dado por omissão, o que verdadeiramente interessa é o dano sofrido pelo administrado.

Quando o Estado deixa de agir, sua responsabilidade deveria ser um freio a esta inação, entretanto isto não ocorre.

Cabe ressaltar que não se está querendo afirmar que em casos de omissão, utilizando-se a teoria subjetiva da culpa, não verá o lesado seu patrimônio ressarcido. O ressarcimento há sim, como as decisões dos tribunais estão a demonstrar. Nesse aspecto houve efetivamente um avanço, pois deu-se um basta na expansão do conceito de caso fortuito e força maior como adiante se verá (tópico 3 deste Capítulo). Entretanto, onera-se a quem? Ao administrado, que terá que provar a omissão do Estado.

Quando se mencionou que a adoção da teoria subjetiva não se apresenta como um freio à inação do Estado foi no sentido de que exatamente quando relaxa o Estado em zelar por seus administrados, usa-se a teoria da culpa, considerada a ele onerosa demais, pois é flagrante o desequilíbrio de força e poder entre Estado/administrado.

A vida está a demonstrar, como já relatado no Capítulo III, 2, que os maiores danos sofridos pelos particulares se configuram pela omissão do Estado. Desta forma, o avanço apregoado com a adoção da teoria do risco administrativo na verdade foi apenas um singelo passo do que se espera de um Estado de Direito. A timidez certamente não se deu em prol do administrado e nem porque em se avançando realmente se estaria criando uma situação utópica ante a precária condição em que por vezes pode se encontrar o Estado.

3. QUANTO ÀS EXCLUDENTES

Enquanto a adoção da teoria do risco integral ou a adoção da teoria do risco social forem apenas anseios doutrinários, mantêm-se ao Estado as excludentes de responsabilização. Em se configurando as situações como excludentes, cabe ao Estado prová-las, eximindo-se assim do dever de indenizar.

Particularmente, há uma excludente que suscita certa reflexão; fala-se do caso fortuito e da força maior.

Apesar do Código Civil em seu art. 1058 ¹⁰ entender as expressões como sinônimas, a utilização de conceitos distintos se apresenta melhor em se tratando de responsabilidade civil do Estado, pelas características exigidas à sua configuração que são a inevitabilidade, a imprevisibilidade e a irresistibilidade.

Procurando esclarecer o que se entende por caso fortuito e força maior, dada a diversificação conceitual existente na doutrina, adotam-se as seguintes definições a cada um dos elementos: *força maior*: eventos de natureza irresistíveis e inevitáveis; *caso fortuito*: incidentes ou acidentes de causa desconhecida tendo como característica a imprevisibilidade, a irresistibilidade e a inevitabilidade.

José Carlos de Oliveira, sobre o tema, professa:

Eventos naturais são aqueles que independem da vontade do homem e,

¹⁰ Ver Nota 43 do Capítulo III.

embora possam se apresentar como possíveis de acontecer, têm como características a inevitabilidade, pois, não obstante o progresso tecnológico em que vivemos, ainda existe dificuldade em se determinar precisamente o local, a intensidade e a época em que a natureza sujeitará a terra com seus fenômenos, incluindo desde uma simples brisa ao furacão, de uma chuva de pequena intensidade ao temporal.¹¹

Força maior, portanto, são acontecimentos naturais, para os quais o homem não concorre, e que, por serem inevitáveis e irresistíveis, mesmo causando dano não ensejam o dever de ressarcimento pelo Estado.

Quanto ao quesito imprevisibilidade, não parece ele, principalmente nos dias de hoje, necessário à caracterização da força maior, mesmo que se esteja referindo à imprevisibilidade dos efeitos que o dano possa provocar. Pode-se prever as intempéries, pode-se procurar amenizar seus efeitos, mas dependendo de suas proporções, não se poderá evitá-las. Mesmo assim, está caracterizada a força maior.

Tendo o dano ocorrido exclusivamente de fatos naturais, inevitáveis e irresistíveis, está o Estado exonerado da obrigação de indenizar pois, como abordado no Capítulo III, tópico 3.4, não chegou a se formar o nexo de causalidade. Com relação ao caso fortuito, a situação difere um pouco, razão por que se prefere a separação dos conceitos.

Caso fortuito são acidentes, situações inesperadas que provocam dano quando chegam a se concretizar. Para o caso fortuito, apresentam-se os três elementos: imprevisibilidade, inevitabilidade e irresistibilidade, imprescindíveis à sua tipificação. No caso fortuito a imprevisibilidade não pode deixar de ser considerada; sua ausência caracterizará omissão e esta não se constitui como excludente de responsabilidade.

¹¹ OLIVEIRA, José Carlos de. Op. cit., p. 42.

O caso fortuito se porventura previsível é necessariamente resultado de negligência pois, lembrando a lição de Bandeira de Mello ¹², faltar-lhe-ia o elemento subjetivo necessário à sua caracterização: a ausência de culpa.

Relatou-se, no tópico anterior, que no tocante às excludentes de responsabilidade houve relativo avanço, já que doutrina e jurisprudência passaram a reconhecer como conduta omissiva do Estado situações antes caracterizadas como de caso fortuito ou força maior.

Entretanto, continua ainda o Estado - na tentativa de frustrar a pretensão do administrado - insistindo em ampliar ambos os conceitos .

Os problemas que as chuvas vêm causando nas cidades ultimamente é fato preocupante. O desmatamento desmedido, a ocupação desenfreada e a falta de urbanização, entre outras situações, obviamente acabam contribuindo para os estragos que as chuvas ocasionam. Querer justificar tais situações como de força maior é exigir demais do administrado, diante de flagrante omissão do Estado.

Aguiar Dias, em sua obra faz remissão a variados acórdãos, um dos quais muito interessante, principalmente porque data de 1949:

[...] a produção de um fenômeno natural nem sempre pode ser capitulado como de força maior. Um temporal, por exemplo, constitui fenômeno da natureza, a que não se pode obstar, mas que se pode prevenir, nos seus efeitos possíveis, mormente em cidades sujeitas a periódicas inundações em conseqüências de chuvas torrenciais [...]. ¹³

¹² Ver Capítulo III, 3.4.

¹³ DIAS, José de Aguiar . Op. cit., p. 688.

A referência à importância da data é no sentido de que se àquela época, em determinadas regiões, as inundações eram esperadas porque contínuas, imagine-se hoje transcorridos 66 anos, o quanto são conhecidas!

Quer no caso caso fortuito ou de força maior, o fato podendo ser evitável por uma conduta do Estado, e não o sendo, afastada fica a excludente de responsabilização.

Nem todo fato natural pelas suas próprias características se constitui num fato de força maior: “[...] as chuvas, mesmo aquelas classificadas como abundantes, desde que não ultrapassem seus limites de excepcionalidade, deixam de caracterizar caso fortuito ou força maior.”¹⁴

As situações que configuram caso fortuito e força maior precisam ficar bem esclarecidas e entendidas pelo Estado para que procure com presteza evitar o que pode ser evitado. As excludentes não visam propiciar-lhe uma forma de burlar sua obrigação.

¹⁴ OLIVEIRA, José Carlos de. Op. cit., p. 58.

4. QUANTO À FUNÇÃO DO ESTADO

Os problemas que vêm enfrentando os administrados relativamente à responsabilidade civil do Estado estão a demonstrar alguma inadequação na sua função de servir a Sociedade. Aquele não deveria, salvo raras exceções, causar dano, e se o fizesse deveria ser voluntário o cumprimento da obrigação de indenizar. O que se percebe contudo é o Estado se utilizando de filigranas para se eximir de responsabilidades. Ampara-se em justificativas fugazes, transformando em exceção o que deveria ser regra geral.

A função do Estado não lhe permite criar tais constrangimentos à sua criadora, a Sociedade.

É importante que a consciência da condição instrumental do Estado esteja presente, permanentemente, quer na Sociedade com um todo, quanto na mentalidade daqueles a quem é confiada a missão temporária de conduzir e exercer o governo.¹⁵

Não é o que se observa em nossos dias no que concerne à responsabilidade do Estado.

A tarefa de executar a função do Estado não é daquelas que possa se dizer de desempenho tranqüilo, mas isso não pode justificar uma má execução. Obras que precisam ser realizadas a bem da Sociedade não são feitas; ou quando feitas não visam beneficiá-la; o benefício às vezes é para o executor.

¹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 35.

A omissão do Estado em determinados setores é notória. Estradas não são conservadas, ruas não são pavimentadas, canais não são desassoreados e sua responsabilidade fica à espera da comprovação dessa incúria por aquele que sofreu o dano.

Marco Bazhuni comenta em relação à atividade estatal:

Hodiernamente em face da verificação da hipertrofia da atividade administrativa do Estado em função do fenômeno do intervencionismo, podemos facilmente perceber a presença do Estado em todas as áreas sociais; é sem dúvida a onipresença estatal; até mesmo no campo privado, reduzindo ou quase extinguindo a iniciativa privada, propriamente dita. O Estado é hoje uma verdadeira máquina de prestação de serviços à coletividade.¹⁶

A responsabilidade do Estado deve ser diretamente proporcional ao seu grau de intervenção. Os fundamentos da responsabilidade devem estar presentes no desempenho de suas funções. Seja a que título for, a maneira insatisfatória com que vem procedendo tira-lhe a legitimidade na execução.

Canotilho invoca a justiça material do Estado de Direito quanto à responsabilidade que dele se espera:

Funcionalmente considerado, o instituto em análise não se limita, no âmbito do direito público, a satisfazer as necessidades de reparação e prevenção, à semelhança do que acontece no direito civil. Como conquista lenta mas decisiva do Estado de direito, *a responsabilidade estatal é, ela mesma, instrumento de legalidade*. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indemnização por sacrifícios autoritativamente impostos cumpre uma outra função ineliminável no Estado de Direito Material - *a realização da justiça*

¹⁶ BAZHUNI, Marco Antônio. Op. cit., p. 65.

*material.*¹⁷

A teoria da responsabilidade deve ser aplicada de maneira adequada para que se apresente eficaz. Em não a aplicando, demonstra o Estado estar relaxando no exercício da administração que lhe foi conferida.

A utilização da teoria do risco, firmada apenas no nexo de causalidade, deveria imputar ao Estado um maior controle, uma maior preocupação com a produção de sua atividade. Diante da perspectiva de se ver responsável por uma obrigação de indenizar, deveria adotar conduta mais zelosa, preocupando-se verdadeiramente com sua função, e procurar, com mais cautela, evitar o dano. Não é o que se verifica.

Relativamente à sua função administrativa, nem quando age ou deixa de agir tem o Estado demonstrado preocupação em desempenhar bem as suas funções. Na realização dessa tarefa parece levar mais em consideração o volume do que o mérito.

Quanto à função legislativa, o caráter soberano de seu exercício e as características da lei de ser geral e impessoal são argumentos apontados para afastar a responsabilidade do Estado.

Cretella Júnior discorre sobre o assunto:

Se cada parlamentar é protegido pela *imunidade*, inerente ao cargo, a qualquer tipo de responsabilidade será também imune o ato emanado do colégio parlamentar, que é a síntese da manifestação da vontade de cada um dos seus membros.¹⁸

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 13.

¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 284.

Comentando o caráter abstrato e geral da norma aduz:

Só excepcionalmente poderá uma lei *inconstitucional* atingir o particular [...] Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se afigura indemonstrável no regime democrático em que o próprio povo escolhe seus representantes para o Legislativo. ¹⁹

Não obstante as palavras do publicista, a imunidade e a escolha dos representantes para o Legislativo não podem ser tributos à criação de leis inconstitucionais.

A função legislativa necessita dessas prerrogativas mas deve sempre ser exercida visando o interesse e o bem públicos, ou seja, a vontade da Sociedade.

No tocante à função jurisdicional, esta também não pode escapar do bom desempenho. Tanto por parte daquele que a exerce, o magistrado, como por parte do Poder Executivo em bem supri-la de recursos a fim de que possa se aparelhar para atingir os fins dela esperados. A morosidade da justiça que tanto incomoda o administrado às vezes é oportuna para o próprio Estado, pois contribui também para o desencargo de suas obrigações.

Sobre a função do juiz, escreve Carlin:

Para adquirir e melhorar seu *savoir-faire*, ao juiz cabe definir sua estratégia profissional e admitir a multiplicidade de missões que lhe são conferidas. Deve, para isto, organizar sua vida profissional e estar preparado para

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 285.

responder às dificuldades cotidianas. Estas exigências reportam-se a técnicas que serão instrumentos de seu conhecimento, dentro, é claro, da moral e das regras éticas. Seu mister exige uma pesquisa, sob o plano jurídico e em respeito à ordem pública, sendo a obediência a estes deveres indispensáveis ao bom funcionamento da justiça e para passar sempre a imagem de imparcialidade.²⁰

Sobre o tema afirma Arnaldo Marmitt:

O exercício da jurisdição desenvolve-se sob os mesmos efeitos das demais funções do Estado, gerando direitos e obrigações com o serviço público em geral. Esse, no ensinar dos administrativistas, em princípio deve apresentar-se com perfeição, sem a menor falha, de modo que a coletividade dele possa beneficiar-se no mais alto grau possível. Ao Estado cabe velar pela regularidade de tais serviços, e responder pelas conseqüências do mau funcionamento, inclusive por retardada decisão administrativa.²¹

A convivência em um Estado de Direito com um Poder Judiciário ineficiente e mau aparelhado é fato grave capaz de lhe ameaçar esta condição.

Outro ponto que bem revela a desconsideração que o Estado tem com a Sociedade é quanto à utilização da ação regressiva. Deixando por seu intermédio de exigir ressarcimento do agente que, agindo dolosa ou culposamente, causou dano, está imputando um ônus injusto ao administrado. É dever do Estado entrar com a ação regressiva; mesmo assim, dificilmente o cumpre.

O princípio que norteia a responsabilidade, seja o da legalidade ou o da igualdade dos encargos sociais, não tem o condão de amparar a omissão do

²⁰ CARLIN, Volnei Ivo. Op. cit., p. 40; vide também sobre o conjunto do assunto: CARLIN, Volnei Ivo. **O papel do Juiz na Sociedade Moderna**. In, Lex - Coletânea de Legislação e Jurisprudência. São Paulo: 1983, v. 77, p. 13; **A Responsabilidade do Estado Resultante do Exercício das Funções Jurisdicionais**. In, Revista dos Tribunais. São Paulo, 1982, v. 557, p. 15

²¹ MARMITT, Arnaldo. Op. cit., p. 261.

Estado em utilizar a ação regressiva.

Se os benefícios em uma Sociedade são extensivos a todos, que extensivos também sejam os encargos, desde que resultantes de ações visando o bem comum. Quando, entretanto, há negligência do servidor, não é justo que se reparta o ônus. O encargo deve ser suportado exclusivamente pelo causador do dano.

Ressalte-se que o Estado não se limita com essa omissão em onerar o administrado. Não exigindo um bom desempenho de seus colaboradores diretos, estará permitindo a negligência na coisa pública. Para uma Sociedade é o que de pior pode acontecer.

É necessário que as pessoas que executem as funções do e pelo Estado saibam que estão administrando, que estão lidando com a coisa pública. O zelo e o respeito por ela devem ser o norte da sua condição de servidor.

A falta de conscientização por parte do administrado é outro elemento que colabora para a aplicação restrita da teoria da responsabilidade civil. Esquece-se a Sociedade de sua condição criadora.

A conformidade da Sociedade com o desrespeito a seus direitos, concordando, via de regra, passivamente com o dano sofrido, só serve para alimentar a desconsideração que por ela tem o Estado.

A falta de consciência do administrado dos direitos que lhe são conferidos é preocupação antiga; sua passividade frente ao dano também.

Casali Bahia observa que a procura do lesado em ressarcir o prejuízo

sofrido, ao invés de provocar uma enxurrada de processos como afirmam certos doutrinadores, implicaria sim em represamento das indenizações não efetivadas, o que não acontecia “[...] com inúmeros danos sendo injustamente suportados, com prejuízo dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos”.²²

2

Aguiar Dias também discorre sobre a falta de consciência do administrado:

[...] é preciso que as vítimas também se empenhem civicamente no reconhecimento e na decretação da responsabilidade do Estado. O fato de uma campanha nesse sentido envolver o seu interesse não as compromete. Defender interesse legítimo é mais do que um direito, é um dever, porque aquele que não sabe lutar pelo que lhe cabe não merece recebê-lo.

O Ministro da Justiça da França, Roberto Badinter, feriu o problema, em entrevista radiofônica no fim de 1981, salientando que as vítimas não conhecem suficientemente o seu direito e lembrando que um guia prático para o seu uso seria em breve editado. Cerca de dez milhões de francos deixam anualmente de ser pagos às vítimas, porque estes ignoram seus direitos e não os fazem valer. Se assim acontece na França, não se pode realmente alimentar maior otimismo em relação ao nosso País.²³

Como o Estado utiliza os meios de comunicação para esclarecer, por exemplo, que direitos trouxe ao consumidor a codificação que lhe é específica, que males faz o cigarro à saúde, como e por que exercer o direito de voto, poderia também esclarecer, pouco a pouco, que direitos possui o administrado no tocante à responsabilidade civil, ao invés de propagandear sua volúpia em edificar, a maioria das vezes desnecessariamente, tentando talvez criar uma imagem de obreiro do bem comum, como se isso não fosse sua obrigação.

O Estado não é uma empresa que precisa criar uma imagem na tentativa da venda de um produto. Se o faz, só pode ser por motivos políticos.

²² CASALI BAHIA, Saulo José. *Op. cit.*, p. 98.

²³ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 667

Divulgando os direitos constitucionalmente protegidos que os cidadãos possuem estará o Estado, dessa forma, servindo muito mais a Sociedade.

Passar a idéia de que a responsabilidade poderia configurar-lhe um ônus, uma sobrecarga capaz de obstar o desenvolvimento da Sociedade, não é procedimento digno a ser adotado pelo Estado. O desenvolvimento de uma sociedade depende de uma boa administração.

Ser responsável e cumprir com suas obrigações, muito mais que um dever jurídico, é conduta moral a ser adotada exemplarmente pelo Estado. Sua função deve ser exercida acima de tudo sob a égide da ética.

Celso Bastos tece o seguinte comentário acerca do que representa a responsabilidade para o Estado:

A responsabilidade é marca do Estado Democrático Contemporâneo e traça a essência do momento político presente. A responsabilidade do Estado mais ainda reflete esta coerência interna da proposta de vida que se perspectiva dentro dos direitos e dos deveres de todos e resguardo dos interesses da Sociedade.²⁴

Atender às necessidades, aos reclamos da Sociedade, não é um fardo e nem deve ser entendido como se fosse. Nas palavras de Casali Bahia, é função natural e inerente do Estado:

Chega-se, afinal, ao entendimento de que atender a estes reclamos significa cuidar de legítimos interesses sonogados, tarefa para a qual deve o Estado empenhar todas as suas funções, ainda que tenha, ele, num primeiro momento, de realizar desembolsos para reconstruir *status quo ante*, buscando só após e regressivamente, o autor da lesão.²⁵

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 199.

²⁵ CASALI BAHIA, Saulo José. Op. cit., p. 98.

Fernando Facury, em obra que apresenta a tese da responsabilidade do Estado por intervenção no domínio econômico, acrescenta:

Em um primeiro momento pode parecer que será um processo através do qual se retirarão recursos de todos (do orçamento do Estado) para dar a alguns que foram alijados do processo, e que se teriam beneficiado se porventura se tivessem mantido com o controle do Estado. Todavia, o desenvolvimento das relações sociais não comporta soluções a curto prazo. A implementação desta teoria pode permitir que o Estado possa ser controlado mais precisamente por todos.²⁶

É preciso, principalmente em matéria de responsabilidade civil do Estado, que se tenha por referente sua condição instrumental, que os direitos que lhe são conferidos os são apenas para que ele possa bem desempenhar esta condição. A Sociedade não pode se sentir diminuída frente ao pretenso gigantismo estatal.

²⁶ SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 124.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se nesta dissertação relacionar a responsabilidade civil do Estado com sua função de bem servir à Sociedade.

O interesse público, entendendo-se como tal a vontade da própria Sociedade, deve nortear a atuação da figura por ela criada especialmente para a consecução desse fim - o Estado. Ele é, em síntese, instrumento a serviço da Sociedade. A ele compete exclusivamente realizar o desejo social. Não pode deixar de cumprir aquilo a que está obrigado e nem fazer o que não está autorizado. Além disso, sua atuação deve ser impecável. Se a prática ou a abstenção de atos porventura vier a causar danos, está entre suas obrigações o dever de repará-los.

A responsabilidade civil do Estado está diretamente ligada ao seu desempenho. Deve aceitar natural e imediatamente sua obrigação de indenizar nos casos em que sua atuação provoque danos, pois o equilíbrio harmônico almejado pela coletividade não pode ser rompido sem uma sucedânea reparação. O retorno à situação patrimonial anterior à lesão sofrida é imprescindível à harmonia social. Se o Estado procura atender os anseios da Sociedade em benefício de todos, a solidariedade existente quanto aos direitos deve haver também no que concerne às obrigações. Não há razão que justifique que só um sofra o prejuízo na procura do bem-estar social.

Neste contexto, o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, resultante de uma evolução gradativa, é suficientemente claro. Tê-lo como referente é o que se espera de um Estado de Direito em sua função instrumental,

principalmente porque aquele que cria a norma deve ser o primeiro a respeitá-la e cumpri-la com eficácia e nos seus exatos termos. Não se pode esquecer que cabe ao Estado ditar normas e sanções, sempre em nome da Sociedade. Os direitos que aquele possui lhe são delegados por esta exclusivamente para que ele bem execute sua função. Também no Direito, a toda ação corresponde uma reação. A responsabilidade do Estado é a reação da ação que se concretizou através de seu agir.

O desenvolvimento de uma Sociedade se faz ou se dá quando há eficácia em sua administração, e esta eficácia depende em grande parte do reconhecimento do instituto da responsabilidade em sua plenitude. O nexo causal, as excludentes e a responsabilização por atos omissivos não podem ser desfigurados para servir de subterfúgios ao dever de indenizar. Estas categorias, assim como a ação regressiva, devem ser aplicadas de maneira eficaz pois, sabendo o Estado e seus agentes da abrangência de suas responsabilidades, procurarão ser mais zelosos com a coisa pública e executarão suas funções de forma mais previdente e eficiente.

Ao Estado também compete promover a justiça, a qual, sob o tema ora desenvolvido, pode ter início na conscientização do administrado para que não continue sendo alijado de seu direito.

O não-reconhecimento do instituto em sua plenitude, a não-aplicação adequada do dispositivo constitucional, assim como a falta de conscientização do administrado, acabam determinando à responsabilidade civil do Estado uma restrita eficácia. É dever, é obrigação da Administração Pública fomentar corretamente a aplicação da sua responsabilidade. Assim estará adequadamente cumprindo sua função e trará à Responsabilidade Civil do Estado o reconhecimento e a importância que merece.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

OBRAS

- AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade Civil por Dano à Honra**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1964, 328 p.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grago, 1957, 348 p.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, 484 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, 187 p.
- BAZHUNI, Marco Antônio. **Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia de sua Atividade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992, 70 p.
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975.
- _____. **Teoria Geral do Direito Civil Brasileiro**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 656 p.
- _____. **Responsabilidade Civil Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, 120 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1974
- BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, 78 p.
- CAETANO, Marcel. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 583 p.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, 679 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974, 363 p.
- CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica. Ética e Justiça**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, 180 p.
- CASALI BAHIA, Saulo José. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 132 p.

- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, 543 p.
- CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1985, v. 1 e v. 3
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Jurisprudência Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 222 p.
- _____. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980, 369 p.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 717 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1972, p.
- DEBBASCH, Charles. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Cujas, 1971.
- DEMICHÉL, André. **Le Droit Administratif Essai de Réflexion Théorique**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand Auzias, 1978
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993, 479 p.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1 e v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo Saraiva, 1990, v. 1 e v. 3.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO,. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.
- ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, 694 p.
- FEDERIGHI, Wanderley José. **Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais**. São Paulo: Univesitária de Direito Ltda, 1994, 417 p.
- FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1 e v. 2.
- FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo: estudios de administración**. Madrid: Instituto de Estados Políticos, 1958, 768 p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1944, 462 p.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Gou, 1968, 372 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 433 p.
- LAUBADÈRE, André de. **Manuel de Droit Administratif**. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976, 395 p.
- _____. **Traité de Droit Administratif**. 6. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.

- LIMA, Euzébio de Queiroz. **Princípios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- MARMITT, Arnoldo. **Perdas e Danos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992, 477 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1993, 701 p.
- MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 22.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1992, 413 p.
- MUKAI, Toshio. **Administração Pública na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, 190 p.
- OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Edipro, 1995, 101 p.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, 103 p.
- _____. **O Advogado e a Advocacia. Uma percepção pessoal**. Florianópolis: Ed. Terceiro Milênio, 1996, 172 p.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 374 p.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1.
- PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1973, v. 2 e v. 3.
- QUEIROZ TELLES, Antônio A. **Introdução ao Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 488 p.
- REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, 405 p.
- REIS, Clayton. **Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 145 p.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Almedina. Coimbra. 1981. 582 p.
- SAAD, Renan Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro Lumem Juris, 1994, 117 p.
- SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990, 137 p.
- STERMAN, Sônia. **Responsabilidade do Estado (Movimentos multitudinários, saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 122 p.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação nos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 716 p.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Universitária de Direito. 1986, 527 p.
- TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por Ato Ilícito**. São Paulo: Ed. Direito. 1996, 136 p.
- VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.
- VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.v. 1 e v. 3.
- WALINE, Marcel. **Précis de Droit Administratif**. Paris: Montchrestien, 1969.
- WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. trad. de Maria da Glória e Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977, 171 p.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Rio Grande do Sul: Sérgio Fabris, 1990, 64 p.
- ZENO, Augusto. **Dano Moral e sua Reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 157 p.

TESE E DISSERTAÇÕES

- ZAVARIZI, Indio Jorge. **Política do Direito Tributário**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito. 1995, 230 p.
- BLASI, Ana Cristina Ferro. **Um Estudo sobre Processo Administrativo**. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do Título de Mestre em Direito. 1995, 110 p.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM INSTRUMENTO DE DEFESA DA CIDADANIA - DA NECESSIDADE DE (RE)PENSAR SUA TEORIA GERAL**. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do Título de Mestre em Direito. 1996, 137 p.

LEGISLAÇÃO

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
CODIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

JURISPRUDÊNCIA

- BRAINBANT, G., LONG, M., Weil, P. **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**. 7. ed. Paris: Sirei, 1978.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Jurisprudência Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 207 p.
- JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Ano VII. 4. trim., 1979, n. XXVI.
- LEX - Coletânea de Legislação e Jurisprudência. São Paulo, 1983, v. 77.
- REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. Brasília, v. 110; v. 117; v. 126; v. 127.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. Ano 71. Março de 1982, v. 557.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. Ano 72. Março de 1983, v. 569.
- REVISTA FORENSE. v. 73; v. 260.
- REVISTA JURÍDICA DE OSASCO Editada pela Prefeitura Municipal de Osasco . São Paulo: 1996, v. 3.
- REVISTA JURÍDICA. Março de 1991, v. 161.
- REVISTA SÉRIE JURISPRUDÊNCIA - **Responsabilidade Civil do Poder Público**. Rio de Janeiro: ADCOAS, 1995, 166 p.