

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
Centro de Ciências Jurídicas
Departamento de Direito

Trabalho de conclusão de curso

**A responsabilidade extracontratual do Estado
no caso de suicídio de presos sob a sua custódia**

Orientador: Prof. José Luiz Sobierajski

Aluno: Luiz Augusto I. Fiorentini
Matr. n.º 9.512.224-9

Florianópolis/SC, junho de 1998.

**A responsabilidade extracontratual do Estado
no caso de suicídio de presos sob a sua custódia**

Luiz Augusto I. Fiorentini

**MONOGRAFIA APRESENTADA NO CURSO
DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU
DE *BACHAREL EM DIREITO***

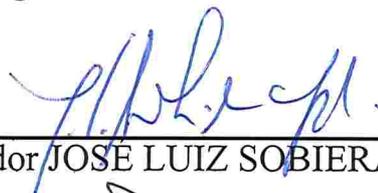
Orientador:
Prof. José Luiz Sobierajski

**Florianópolis/SC
junho de 1998**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Departamento de Direito

Esta monografia final, intitulada *A responsabilidade extracontratual do Estado no caso de suicídio de presos sob a sua custódia*, elaborada por **Luiz Augusto Iamassaki Fiorentini** e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove inteiros e cinco décimos), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1.886/94-MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução nº 003/95-CEPE.

Florianópolis/SC, 5 de agosto de 1998.



Prof. Orientador **JOSE LUIZ SOBIERAJSKI**



Membro da Banca Prof. **MARIO LANGE DE SAO THIAGO**

Membro da Banca Prof. **CARLOS LUIZ STRAPAZZON**

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	1
Cap. I	ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	3
	1. Âmbito da monografia	3
	2. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual	3
	3. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	5
	4. Evolução histórica da teoria do risco	8
	5. Panorama atual da responsabilidade objetiva	14
Cap. II	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO	15
	6. Definição e delimitação do tema	15
	7. Evolução da responsabilidade civil das pessoas jurídicas	16
	8. Evolução da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público	19
	9. Fase da irresponsabilidade	20
	10. Fase da responsabilidade civilística	23
	11. Fase da responsabilidade publicística	27
Cap. III	AS TEORIAS PUBLICÍSTICAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	29
	12. Nossa classificação	29
	13. Teoria da culpa administrativa	29
	14. Teoria do risco administrativo	35
	15. Teoria do risco integral	39
	16. Excludentes de responsabilidade	46
Cap. IV	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	52
	17. Evolução histórica	52
	18. Panorama atual	54
Cap. V	A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR SUICÍDIO DE PRESOS SOB A SUA CUSTÓDIA	58
	19. Enquadramento do caso	58
	20. Estudo de casos	61
Cap. VI	CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

RESUMO

A responsabilidade extracontratual patrimonial do Estado evoluiu, embora de modos e em momentos diferentes, passando por três fases distintas: a fase da irresponsabilidade total, a fase da responsabilidade civilista, fundada na culpa civil comum, e, por fim, a fase da responsabilidade publicista, baseada nos princípios de Direito Público.

Três teorias fundamentam a responsabilidade publicista do Estado: a teoria da culpa administrativa, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral. A diferença entre as duas últimas reside no fato de que esta inadmite as chamadas “excludentes de responsabilidade”, que, na verdade, são fatos que comprovam a inexistência do nexo de causalidade.

No direito positivo brasileiro, a responsabilidade extracontratual do Estado está assim configurada:

- a) Como regra geral, nas relações entre Administração e administrado vige a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, de acordo com o art. 37, § 6º, da Constituição da República;
- b) Especificamente no caso de acidentes nucleares, vige a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco integral, que não admite qualquer excludente de responsabilidade, de acordo com o art. 21, inc. XXIII, alínea “c”, da Constituição da República;
- c) Tratando-se de omissão administrativa, embora a regra geral seja a responsabilidade objetiva, vige, na prática, a responsabilidade subjetiva do Estado, fundada na teoria da culpa administrativa, dada a necessidade de provar o dever de agir;
- d) Igualmente, tratando-se de fato de terceiro ou da natureza, vige a responsabilidade subjetiva do Estado, fundada na teoria da culpa administrativa, dada a necessidade de provar o dever do Estado de impedir o acontecimento danoso;
- e) Nas relações entre a Administração e o agente causador do dano, vige a responsabilidade subjetiva como requisito para que o Estado possa exercer o direito de regresso.

No caso de suicídio de presos, a responsabilização do Estado deve fundar-se na culpa administrativa. Trata-se de responsabilidade subjetiva, pois deve-se provar que o Estado omitiu-se no dever de adotar as providências tendentes a evitar o evento danoso.

QUEM SE DEFENDE

Quem se defende porque lhe tiram o ar
Ao lhe apertar a garganta, para este há um parágrafo
Que diz: ele agiu em legítima defesa
Mas o mesmo parágrafo silencia
Quando vocês se defendem porque lhes tiram o pão.
E no entanto morre quem não come, e quem não come o suficiente morre lentamente
Durante os anos todos em que morre não lhe é permitido se defender.
(Bertolt Brecht)

A evolução da responsabilidade patrimonial do Estado por atos danosos praticados por seus agentes corresponde à própria evolução do Estado de Direito. De fato, se todos devem submeter-se às regras que constituem o sistema jurídico interno, a obrigação de recompor o patrimônio injustamente desfalcado deve alcançar a todas as pessoas, sejam elas naturais ou morais, públicas ou privadas.

A justiça desse entendimento reforçou a idéia de que o Estado deve responder patrimonialmente pelos danos que provoca.

De há muito a pena deixou de ser encarada, ao menos juridicamente, apenas como uma forma de vingança social. Assim, não se justifica, no mundo moderno, a possibilidade de violação à integridade física e psíquica do preso. Questões de justiça social e solidariedade humana fizeram com que passasse a constar do ordenamento jurídico, de forma expressa, o dever do Estado velar pela segurança e incolumidade daqueles que mantêm encarcerados, enquanto expiam suas penas.

Nada mais justo, portanto, que o Estado se veja na obrigação de compensar o dano (já que a reparação é impossível), sempre que aquela incolumidade for violada.

Mas, até onde vai este dever? Será que chega a alcançar os casos de morte de presos por suicídio? Deve o Estado responder patrimonialmente se um detento põe termo à própria vida? A culpa exclusiva da vítima pode, ou não, excluir a responsabilidade objetiva do Estado? Há alguma forma de obstar o trágico intento de alguém que, no entender de alguns, já está morto?

Este é o assunto a ser investigado neste trabalho.

Para tanto, torna-se necessário um estudo preliminar de alguns dos aspectos da responsabilidade civil que vão apoiar as nossas conclusões. É o que faremos no Capítulo I, onde tecemos algumas considerações sobre o instituto, principalmente sobre as relações dicotômicas: responsabilidade contratual v. responsabilidade extracontratual, e responsabilidade subjetiva v. responsabilidade objetiva.

Nos Capítulos II, III e IV trataremos mais especificamente da responsabilidade patrimonial do Estado, primeiramente analisando sua evolução histórica, posteriormente a sua dimensão no ordenamento jurídico pátrio. Dedicamos, por questões práticas, todo um capítulo às teorias publicistas (ou publicísticas, como referem alguns autores) da responsabilidade do Estado, pois é um assunto que mais de perto nos interessa.

A abordagem do tema em si virá ao final da dissertação, depois que tivermos nos acercado de todo um arcabouço que nos permita tecer considerações finais tecnicamente bem fundamentadas.

Posteriormente, procuraremos verificar a consonância de nossas conclusões com a prática dos tribunais, mediante a análise de diversos julgados a respeito do assunto, com especial enfoque às decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

1. Âmbito da monografia

O tema deste trabalho é a “responsabilidade extracontratual do Estado”, mais especificamente, a possibilidade de o Estado vir a responder patrimonialmente por casos de suicídio de presos sob a sua custódia.

O tempo e o espaço reservados ao tema não nos permitem aprofundar o estudo sobre a responsabilidade civil, suas modalidades, conceitos, requisitos, bem como as divergências doutrinárias a respeito de algumas de suas particularidades.

Entretanto, não podemos nos furtar de abordar, ainda que superficialmente, algumas questões que julgamos importantes para uma melhor compreensão da matéria objeto da dissertação, quais sejam: as relações dicotômicas entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, e entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

2. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

Sílvio Rodrigues cita vários autores que consideram desnecessária a separação da responsabilidade em contratual e extracontratual (também conhecida como aquiliana, por sua origem remontar à *Lex Aquilia*). São ambas de igual natureza, possuindo vários pressupostos em comum. “*Numa e noutra mister se faz a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante.*”¹

Partindo-se do conceito de Planiol² de que a culpa consiste na infringência a um dever preexistente, prossegue o autor, e considerando-se que a responsabilidade se assenta,

¹ *Direito Civil*, v.4, p.8.

² “*La faute est un manquement à une obligation préexistante dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autui*”. Planiol, in: *Traité élémentaire de droit civil*. Referido por Rodrigues, Sílvio; obra e volume citados, p.8.

primordialmente, na idéia de culpa, não haveria motivo algum para a distinção entre a violação oriunda de um contrato e a que deriva de ato ilícito.

Considera, entretanto, conveniente a manutenção da tese clássica que admite a natureza diversa daquelas espécies de responsabilidade, apesar de amplamente combatida, ao menos “*para efeito didático e de melhor entendimento.*”³

A distinção básica, em suma, estaria na preexistência, ou não, de um vínculo jurídico derivado de convenção entre as partes. Havendo uma tal relação, trata-se de responsabilidade contratual; não a havendo, estaríamos diante de responsabilidade extracontratual.

Caio Mário também não vê motivo para a distinção, apesar de reconhecer que uma e outra apresentam “*pontos diferenciais no que diz respeito à matéria de prova e à extensão dos efeitos*”⁴. Sobreleva, entretanto, a sua unicidade ontológica.

Interessante a lembrança do autor de que, na culpa contratual, há a infringência a um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença, enquanto que na culpa extracontratual, viola-se um dever negativo de não prejudicar outrem.

Orlando Gomes considera que a responsabilidade contratual se origina, ou do inadimplemento de obrigação negocial, ou *ex lege*, enquanto que a extracontratual deriva “*da lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica.*”⁵

Assevera que a responsabilidade extracontratual não se limita, nem tampouco se confunde com a responsabilidade delitual, pois casos há “*nos quais se entende ser justa a imposição legal do dever de reparar o prejuízo, mas em que a eliminação da culpa impossibilita a inclusão entre os atos ilícitos*”⁶

³ Rodrigues, Silvio; obra e volume citados, p.8-9.

⁴ *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*, p.247.

⁵ *Obrigações*, p.277-278.

⁶ Gomes, Orlando; obra citada, p.278.

Concordamos com aqueles que consideram não haver distinção ontológica entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Tratam ambas, em suma, da violação a um dever preexistente. Se este dever decorre de uma convenção entre as partes, ou da lei, não nos parece motivo bastante para considerá-los institutos diferentes. Entretanto, não há como negar as particularidades de cada uma, daí a disseminação das expressões “responsabilidade contratual” e “responsabilidade extracontratual”.

3. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

Sílvio Rodrigues entende que responsabilidade subjetiva e objetiva não são espécies diversas de responsabilidade “*mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano*”⁷. Dizemos ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva quando esteia-se na teoria do risco.

Washington de Barros Monteiro considera que a teoria da responsabilidade subjetiva, conhecida como *teoria clássica da responsabilidade*, pressupõe sempre a existência de culpa *lato sensu* (que abrange o dolo e a culpa *stricto sensu*, esta representada pela negligência, imprudência ou imperícia)⁸.

Já a teoria da responsabilidade objetiva, ainda segundo o autor, se apresenta sob duas faces: a *teoria do risco* e a *teoria do dano objetivo*, ambas abstraindo a noção de culpa nos eventos danosos. A *teoria do risco* preconiza a imputação de responsabilidade a todo aquele que, no seu interesse, cria um risco para os demais; já pela *teoria do dano objetivo*, ocorrendo o evento danoso, automaticamente estará criada a obrigação de indenizar, sem qualquer indagação da culpa do agente, desde que o seu agir esteja ligado por um nexo de causalidade ao prejuízo observado por outrem.

O autor vê uma tendência atual do direito “*no sentido de substituir a idéia da responsabilidade pela idéia da reparação, a idéia da culpa pela idéia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva*”⁹

⁷ Obra e volume citados, p.9-10.

⁸ *Curso de direito civil*, v.5, p.392.

⁹ Monteiro, Washington de Barros; obra e volume citados, p.397.

Rui Stoco consegue apreender, a nosso ver, o cerne da *teoria da responsabilidade objetiva*. Permitimo-nos transcrever o seu pensamento:

*A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.*¹⁰

O autor lembra que, segundo Philippe Le Tourneau, na responsabilidade objetiva, “(...), o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade (...)”¹¹.

Carlos Alberto Bittar¹², examinando a *teoria do risco*, considera que algumas atividades humanas não oferecem qualquer perigo, tais como os afazeres domésticos, as atividades intelectuais, as burocráticas etc. “Outras, ao revés, apresentam-se como geradoras de riscos à vida, à saúde e a outros valores protegidos pelo direito, seja em função de sua natureza (...) ou em razão dos meios utilizados”¹³. Daí a classificação das atividades humanas em perigosas e não-perigosas, classificação essa – ainda segundo o autor – muito útil nos dias atuais, em que as máquinas e o desenvolvimento tecnológico vêm aumentando consideravelmente os riscos à vida e aos bens do homem e da sociedade, o que tem provocado a ampliação da área de atuação da responsabilidade civil extracontratual, antes restrita quase que exclusivamente ao binômio *ilícito-culpa* (transgressão consciente de uma norma preexistente) “para abranger o simples exercício de atividades perigosas, com fulcro no risco nelas insito, em face da seqüência então inusitada de acidentes com vítimas nas fábricas e em locais de trabalho”¹⁴.

De fato, quando analisarmos, posteriormente, a evolução histórica da *teoria do risco*, veremos que, na maioria dos países, ela se desenvolveu, inicialmente, como forma de proteção ao trabalhador que, constantemente exposto a risco de acidente, jamais teria condições

¹⁰ *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, p.62

¹¹ Stoco, Rui; obra citada, p.62.

¹² *Apud* Stoco, Rui; obra citada, p.50.

¹³ *Apud* Stoco, Rui; obra citada, p.50.

¹⁴ *Apud* Stoco, Rui; obra citada, p.50.

de provar a culpa do patrão, o que, destarte, o deixava irressarcido e, o que é pior, no mais das vezes, impossibilitado de voltar a trabalhar.

Mas, por enquanto, tentemos traçar os contornos – dentro das limitações que se impõem sobre este trabalho – do que seja a *teoria do risco*.

Para Sílvio Rodrigues, a *teoria do risco* confunde-se com a *teoria da responsabilidade objetiva*. Por essa teoria, “aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa.”¹⁵.

Constatando-se, objetivamente, um nexos de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, cabe a reparação, sem cogitar-se de culpa. A responsabilidade deixa de resultar da culpabilidade, para derivar exclusivamente da causalidade material. Responsável é aquele que causou o dano.

Savatier consigna que a responsabilidade baseada no risco caracteriza-se pela obrigação de reparar o prejuízo causado por uma atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle¹⁶.

Também Orlando Gomes¹⁷ é partidário da tese de que a *teoria do risco* confunde-se com a *teoria da responsabilidade objetiva*. Duas são as razões que justificam a obrigação de indenizar, sem que o agente tenha obrado com culpa:

- a) a consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para os outros (que ele considera como casos de responsabilidade objetiva, propriamente dita);
- b) a consideração de que o exercício de determinados direitos – tais como os atos praticados em estado de necessidade ou legítima defesa, ou relativos ao direito de vizinhança, por exemplo – deve implicar a obrigação de ressarcir os danos que origina;

¹⁵ Obra e volume citados, p.10.

¹⁶ *Apud* Rodrigues, Sílvio; obra e volume citados, p.170.

¹⁷ Obra citada, p.307-308.

Para Aguiar Dias¹⁸, a responsabilidade objetiva (ou doutrina do risco), corresponde à necessidade de resolver casos de danos que, analisadas sob um ponto de vista estritamente técnico-científico, não poderiam ser reparados pelo critério clássico da culpa. Suporta a sua tese com a lição de Alvino Lima¹⁹, que transcrevemos:

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.

De nossa parte, também pensamos não haver distinção ontológica entre a *teoria do risco* e a *teoria da responsabilidade objetiva*. As duas teses fundem-se numa só, que tem como base a possibilidade de imputar responsabilidade a alguém sem que se leve em consideração a culpa do seu agir. A justificativa para isso encontra-se no fato de que o simples agir, em determinadas situações, cria um risco à esfera juridicamente protegida de terceiros. Nada mais justo, portanto, que aquele que se beneficia do risco criado repare os danos causados pelo seu agir, ainda que seja isento de culpa.

4. Evolução histórica da Teoria do Risco

A responsabilidade civil percorreu um longo caminho evolutivo, desde a vingança privada, onde quase não se distinguia da responsabilidade penal, até a consagração do princípio da culpa com o advento do Código Napoleônico. Vamos nos furtar de analisá-lo pormenorizadamente, tendo em mente os fins deste trabalho. Recomendamos, entretanto, a

¹⁸ *Da responsabilidade civil*, v.1, p.49.

¹⁹ *Apud* Dias, José de Aguiar; obra e volume citados, p.49.

leitura da obra de Aguiar Dias²⁰, que faz minuciosa análise da evolução histórica da responsabilidade civil.

Importa ressaltar que, até o final do Séc. XIX, vigia o princípio da responsabilidade civil fundada na culpa, por influência do código francês. Entretanto, a multiplicação dos riscos a que ficou exposta a vida do homem, em consequência das transformações científicas e tecnológicas ocorridas, principalmente, nas relações de trabalho, deixou patente a necessidade de dotá-lo de proteção jurídica contra a insegurança material, inspirando a adoção de medidas que oferecessem a garantia de que as eventuais vítimas não ficariam desamparadas, ainda que a origem dos danos não fosse perfeitamente identificada, ou, embora de autoria conhecida, o seu causador não tivesse agido com culpa.

Essa necessidade de dotar o homem de maior segurança material esbarrava no dogma tradicional da responsabilidade, pois o maior obstáculo que a teoria clássica apresentava era justamente a necessidade de a vítima provar a culpa do causador do dano, o que a deixava sem ressarcimento, em grande número de casos. Se, no campo da responsabilidade contratual, é relativamente fácil provar a infringência a um dever preexistente, o mesmo não ocorre no campo da responsabilidade extracontratual.

O advento da industrialização e da mecanização dos processos de fabricação colocou em evidência a perversidade do rigor lógico-formal do princípio da culpa, em matéria de responsabilidade civil.

A introdução de processos mecânicos na técnica de produção, aliada às precárias condições laborais, aumentou sobremaneira a frequência com que os acidentes de trabalho ocorriam. *“Os capitalistas achavam que podiam fazer como bem entendessem com as coisas que lhes pertenciam. (...) como as máquinas representavam um investimento, e os homens não, preocupavam-se mais com o bem-estar das primeiras”*²¹.

Com o advento desta (da Revolução Industrial), entramos na era das máquinas e, conseqüentemente, na dos acidentes, o que trouxe consigo uma ameaça constante de dano, não já pela voluntariedade do homem, mas por sua limitação em poder controlar suas próprias invenções. E como todo fato social

²⁰ Obra citada, v.I, p.13 e seguintes.

²¹ Huberman, Leo; *História da riqueza do homem*, p.190.

*relevante reflete-se no Direito, houve também uma profunda mudança na concepção da responsabilidade civil.*²²

De sua parte, o operário ficava desamparado diante da necessidade de provar a culpa do patrão, pois, muitas vezes, a fadiga e o cansaço acumulados pelas extensas jornadas é que davam ensejo à ocorrência do acidente. Como exigir reparação, se o próprio operário é quem, acostumado ao perigo por hábito ou cansaço, descurando-se das necessárias cautelas, permitira que a máquina lhe decepasse um dedo? Outras vezes, o acidente ocorrido no interior da fábrica era testemunhado apenas por companheiros de trabalho que, presos ao patrão por laços de sujeição e dependência e sem qualquer legislação social que os amparasse, calavam-se ou dobravam-se à sua vontade.

A injustiça de um tal estado de coisas fez com que doutrina e jurisprudência tentassem, de alguma maneira, minimizar as conseqüências que este tipo de desamparo provocava em trabalhadores e outras vítimas. Isto se deu através de processos diversos. Segundo Josseland²³, num primeiro momento, colocou-se a vítima numa situação mais favorável quanto à prova; posteriormente, passou-se a reconhecer determinadas presunções de culpa, ou a admitir mais facilmente a sua existência; por fim, chegou-se a eliminar, na responsabilidade, a própria idéia de culpa, substituindo-a pela noção de risco.

Eis a lição de Orlando Gomes²⁴:

Segundo a nova concepção, quem quer que crie um risco deve suportar as conseqüências. Abstrai-se completamente a culpa. A idéia de que a produção do dano, nessas condições, deveria obrigar à sua reparação por parte de quem criou o perigo correspondia à necessidade de segurança, e, em pouco, seria consagrada legislativamente. Dissociando inteiramente a responsabilidade da culpa, processou-se verdadeira revolução em matéria de responsabilidade civil, que passou a comportar dois pólos, o pólo objetivo, onde reina o risco criado, e o pólo subjetivo, onde triunfa a culpa, girando toda a teoria em torno desses dois pólos.

(...)

(...) Outras tentativas de justificação da responsabilidade sem culpa giram em torno dessa mesma idéia de que deve sofrer as conseqüências de sua atividade todo aquele que a desenvolve em seu interesse. Completa-se, pois, o movimento para a introdução de um novo conceito de responsabilidade, associando-se, à idéia de risco, a de proveito.

²² Casillo, João; *Dano à pessoa e sua indenização*, p.39.

²³ *Apud* Gomes, Orlando; obra citada, p.280.

²⁴ Obra citada, p.280.

Em tais casos, o patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas pelo simples fato de ser o proprietário das máquinas e dos demais instrumentos de trabalho que causaram o infortúnio. Dessa tese desenvolveu-se a teoria do *risco profissional*, com origens nas obras de Sauzet e Sainctelette, simultaneamente na Bélgica e na França²⁵.

A idéia básica da teoria é a prévia aferição dos riscos oriundos do contrato de trabalho. Não há que se cogitar da culpa do empregado ou do patrão. Aquele arrisca sua integridade física, em troca de futura reparação pessoal, em caso de acidente; este aceita os riscos inerentes à atividade profissional, sem questionar uma eventual culpa do empregado, na ocorrência do sinistro. “*O patrão é quem recolhe os benefícios da produção; logo, há de ser ele quem suporte não só os riscos da perda de materiais, como os resultados dos acidentes sofridos pelos operários. São os inevitáveis riscos imanescentes à atividade que exerce.*”²⁶

Embora alguns autores²⁷ procurem atribuir as origens da responsabilidade sem culpa aos partidários da Escola do Direito Natural germânica, no Século XVIII, coube à ciência jurídica francesa do Século XIX a sistematização e divulgação da teoria objetiva, principalmente pelos trabalhos de dois grandes mestres: Raimond Saleilles e Louis Josserand, os maiores impulsionadores da teoria do risco, nome com que a teoria se acha assentada na literatura francesa.

A idéia central da tese de Saleilles, exposta em sua obra *Les accidents de travail et la responsabilité civile*²⁸, de 1897, repousa na consideração de que é mais eqüitativo e mais conforme à dignidade humana que cada qual assuma os riscos de sua atividade voluntária e livre. Para fundamentar juridicamente a sua teoria, faz uma interpretação ampliativa do art. 1.382 do Código Civil francês, sustentando que o vocábulo *faute*, “culpa”, teria sido empregado na sua acepção vulgar, significando *fait*, “causa”; assim, o preceito legal teria estipulado que o que obriga à reparação é a causa, o fato causador, e não a culpa.

Entretanto, as conclusões de Saleilles são diametralmente opostas à doutrina legal preconizada pelos autores do código francês, que é francamente subjetivista, pois utiliza preceitos originariamente destinados a sustentar a responsabilidade fundada na culpa para

²⁵ Referidos por Monteiro, Washington de Barros; obra e volume citados, p.395.

²⁶ Monteiro, Washington de Barros; obra e volume citados, p.396.

²⁷ Dias, José de Aguiar; obra citada, v. I, p.50-55. Gomes, Orlando; obra citada, p.280-281.

²⁸ Referida por Dias, José de Aguiar; obra citada, v.I, itens 25-27, p.56 em diante.

suportar a tese de que o dever de reparação dela independe, o que levou outro grande autor, René Demogue, subjetivista, a considerar a teoria “ *muito fora das concepções do Código, para poder ser aceita*”²⁹.

Saleilles chegou mesmo a reexaminar alguns aspectos da sua teoria, quando publicou, na *Revue trimestrielle de droit civil*, em 1911, o artigo *La responsabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada*³⁰, no qual, embora defendesse como fundamentais para a responsabilidade civil os princípios da teoria objetiva, não descartou, pura e simplesmente, a idéia da responsabilidade fundada na culpa.

A tese de Josserand encontra-se condensada em conferência publicada sob o título *Evolutions et actualités*, em 1936³¹, mas apareceu primeiramente em sua obra *De la responsabilité du fait des choses*³², de 1897. O jurista, diferentemente de Saleilles, não tenta dar uma outra interpretação às disposições do código francês; antes, insurge-se contra a sua hermenêutica literal, atribuindo à doutrina e jurisprudência o dever de condicionar a “evolução” da responsabilidade civil em face do caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea, afastando a noção de culpa – e as dificuldades de sua comprovação – substituindo-a pela idéia de risco, colocando a responsabilidade num plano objetivo. A “*história da responsabilidade é a história e o triunfo da jurisprudência, e também, de alguma forma, da doutrina*”, arremata o autor³³.

Dado o impulso inicial, o segundo estágio na história da responsabilidade civil seria a busca de uma fundamentação autônoma. A grande contribuição veio com outro autor francês, Georges Ripert que, em sua obra *La règle morale dans les obligations et le droit civil moderne*, resume a doutrina do risco na seguinte fórmula: “*todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou*”³⁴. A responsabilidade civil resolve-se numa mera questão de causalidade. Contrariamente ao pensamento de Josserand, Ripert, acompanhado por Planiol e Boulanger, admite que a jurisprudência, ao invés de promover a evolução, deformou a idéia de culpa. A teoria objetiva deveria, ao contrário, fundamentar-se em princípio autônomo,

²⁹ *Apud* Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.17.

³⁰ Referida por: Dias, José de Aguiar; obra citada, v.I, itens 25-27, p.56 em diante. Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.17.

³¹ Publicada no Brasil, na Revista Forense 86/548, com tradução de Raul Lima, conforme Dias, José de Aguiar; obra citada, v. I, p.60.

³² Referida por: Dias, José de Aguiar; obra citada, v.I, itens 25-27, p.56 em diante. Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.17 em diante

³³ *Apud* Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.18.

³⁴ *Apud* Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.19.

independente. Responsável é quem materialmente causou o dano, e cada qual deve suportar os riscos que sua atividade provoca. Germinava a sua *teoria do risco-proveito*.

Outros autores prestaram também sua contribuição, mas sempre seguindo um dos troncos principais: a linha “exegético-evolutiva”, de Saleilles e Josserand, ou a linha do “risco-proveito”, de Ripert. Para a maioria, as razões de ordem prática e de ordem social inspiraram sobremaneira a aceitação e o crescimento da teoria do risco, dada a insuficiência prática da teoria da culpa, principalmente pelo pesado ônus deixado à vítima no que tange à sua prova. Esta é a opinião de Eugène Gaudemet e Jean Carbonier, mas também, com outras nuances e peculiaridades, de outros autores como: Veniamin, que leva em conta o fator econômico para a admissibilidade, ou não, da teoria do risco; Teisseire, que concebe o dano como uma “colisão de atividades de ambas as partes, autor e vítima”; Demogue e Geny, defensores da tese de que, apesar de fundar-se na culpa, o código francês não repele a idéia do risco para a imputação da responsabilidade; Emmanuel Levy, que propôs o critério da “confiança”; além de Savatier, Bettremieux, Leclercq e outros.³⁵

Recentemente, tem ganhado espaço uma nova tese, a *teoria da garantia*, de B. Starck, principalmente pela sua obra *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine prévue*, de 1947. Criticando as teorias objetiva e subjetiva, o jurista preconiza que todo homem, assim como tem direito à honra, à imagem, à intimidade da vida privada etc., também tem direito à seguridade pessoal. A ele dever ser assegurada, destarte, uma “garantia objetiva” que não dependa da apuração de culpa, a ser operacionalizada por meio de um sistema securitário que o proteja dos danos sofridos.

Esta idéia encontra receptividade em alguns institutos modernos, como o seguro obrigatório de danos pessoais decorrentes de acidentes, previsto na Lei n.º 6.194, de 19-12-1974, pago por todos os proprietários de veículos automotores, bem como o seguro de acidentes de trabalho, previsto na Lei n.º 8.212, de 24-7-1991, pago pelos empregadores sobre a folha de pagamento dos empregados a seu serviço, em percentual calculado de acordo com o número de acidentes de trabalho ocorridos em cada setor de atividade econômica.

No Brasil, a teoria do risco ingressou através da doutrina, principalmente pelas obras de Orozimbo Nonato, o precursor da Teoria do Risco Integral para a responsabilidade do

³⁵ Citados por: Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p. 19. Dias, José de Aguiar; obra citada, p.65.

Estado; Alvino Lima, partidário da teoria de Josserand; Aguiar Dias, partidário da responsabilidade objetiva; e Wilson Melo da Silva, defensor da socialização dos riscos pelo seguro e da idéia de que não há mais lugar, no mundo jurídico, para a teoria subjetiva.

As obras destes autores, embora importantes sob o ponto de vista da introdução e desenvolvimento da Teoria do Risco e da Responsabilidade do Estado pátrias, não lograram acrescentar nada de substancialmente novo na estrutura da responsabilidade objetiva, tal como desenvolvida pelos juristas franceses, belgas e italianos.

5. Panorama atual da responsabilidade objetiva

Apesar do grande desenvolvimento da teoria objetiva, constata-se que a culpa continua a ser o princípio fundamental da responsabilidade civil, seja pela produção doutrinária e jurisprudencial, seja pelos dispositivos legais existentes na maioria dos códigos em vigor. Segundo Orlando Gomes³⁶, os defensores da teoria objetiva já desistiram da idéia dos precursores do movimento, no sentido de abolir totalmente a investigação da culpa nos processos de reparação de danos.

Multiplicam-se, entretanto, os casos submetidos ao princípio da responsabilidade objetiva. O código civil alemão, ainda segundo o autor, consagra, inclusive, a “responsabilidade por equidade”³⁷, que também é aceita pelo código civil italiano. A idéia básica é de que o juiz possa atribuir o dever de reparar o dano, embora o seu autor não seja culpado, sempre que equidade reclamar uma indenização, segundo as circunstâncias e a posição do interessado.

De nossa parte, somos favoráveis à coexistência de ambas as teorias, complementadas pela da securitização dos riscos, em casos especiais. Pensamos que devam ser ampliados os casos de responsabilização objetiva, remanescendo a responsabilidade subjetiva como residual. Também somos favoráveis à expansão dos “seguros obrigatórios”, em casos especiais, forma bastante mais justa de repartir os riscos inerentes à determinadas atividades.

³⁶ Obra citada, p.281.

³⁷ Art. 829 do código alemão: *O louco e o menor sem discernimento podem ser obrigados a reparar o dano que tenham produzido, nos limites em que, segundo as circunstâncias e a posição do interessado, a equidade reclama uma indenização*. Referido por Gomes, Orlando, obra citada, p.281, nota 8.

6. Definição e delimitação do tema

Utilizaremos a definição trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸, por entendê-la bastante completa e elucidativa:

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

Ao atuar, o Estado pode vir a causar danos a outrem. Sendo sujeito de direitos e obrigações, nada mais equitativo do que responder patrimonialmente pelo prejuízo causado. A razão maior de um tal preceito repousa no próprio conceito de Estado de Direito, ou seja, na sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro jurídico interno e, conseqüentemente, ao dever de recompor o patrimônio desfalcado por um ato danoso.

Queremos colocar em evidência alguns aspectos. Em primeiro lugar, acompanhando o pensamento de Elcio Trujillo³⁹, preferimos a expressão “responsabilidade do Estado”, e não “responsabilidade civil do Estado”, por considerar a utilização do termo “civil” inadequada, já que induz à idéia de uma relação jurídica regida pelo direito privado, o que absolutamente não é o caso.

Em segundo lugar, consideramos a expressão “responsabilidade extracontratual” necessária para delimitar o assunto tratado, ficando, desde já, excluída a responsabilidade contratual do Estado, regida pelos princípios válidos para os contratos administrativos e, portanto, fora do escopo deste trabalho.

Também se deve ressaltar que não está se tratando aqui das obrigações de indenizar que surgem nos casos em que o Estado investe contra o direito de particulares, com

³⁸ *Curso de direito administrativo*, p.606.

³⁹ *Responsabilidade do estado por ato lícito*, p.36.

respaldo na ordem jurídica, “*sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial. A desapropriação é o exemplo típico desta situação.*”⁴⁰

Por fim, queremos deixar assente que estaremos tratando apenas da responsabilidade oriunda de atos administrativos, ficando excluídos os atos legislativos e judiciários.

7. Evolução da responsabilidade civil das pessoas jurídicas

Segundo Caio Mário⁴¹, foi notável a evolução da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, pois o caminho percorrido as levou, tanto no campo doutrinário como no jurídico-normativo, da total irresponsabilidade a uma posição diametralmente oposta.

Essa irresponsabilidade civil decorria, num primeiro momento, da impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. Se a pessoa moral não podia cometer crime, também não poderia cometer ato ilícito, ainda que na órbita civil.

Posteriormente, a justificação da responsabilidade fundava-se no entendimento de que a “teoria da culpa”, predominante à época, seria incompatível com a responsabilidade civil das pessoas jurídicas pois, sendo esta uma um “ente fictício” (*teoria da ficção*), seria “incapaz de querer”. A culpa, se verificada, deveria ser atribuída aos seus órgãos ou prepostos, ainda que os seus dirigentes ou empregados fossem encarados como “representantes” (*teoria da representação*), pois não se concebe a outorga de poderes para a prática de atos ilícitos, e inexistente representação sem outorga de poderes⁴².

Entretanto, a correta compreensão do problema da responsabilidade civil das pessoas jurídicas insere-se na compreensão da própria natureza jurídica destas pessoas, que é melhor explicada pela *teoria da realidade*⁴³, seja a o *realismo organicista* de Endemann, Saleilles e Michoud, seja na doutrina da *realidade jurídica*, defendida por Geny, Capitant,

⁴⁰ Mello, Celso Antônio Bandeira de; obra citada, p.607.

⁴¹ Obra citada, p.117.

⁴² Rodrigues, Silvio; obra e volume citados, p.89.

⁴³ Várias outras teorias procuraram explicar a natureza das pessoas jurídicas, como a *teoria da ficção*, defendida por Savigny, Windscheid, Duguit, Varelles-Sommières e Ruggiero; a *teoria da vontade*, de Zittleman, a *teoria da propriedade coletiva*, de Planiol e Berthelemy; a *teoria dos bens sem sujeito*, de Bohler. Referidas por Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.118 em diante.

Josserand, Kohler, Oertmann, Gierke, De Page, Cunha Gonçalves, Clóvis Beviláqua, Serpa Lopes e o próprio Caio Mário, que afirma:

(...). Procedendo a entidade por via de seus órgãos, e obrigando-se civilmente pelas declarações de vontade emanadas destes, 'é lógico que a sociedade seja representada pelo órgão para os atos ilícitos' (Demogue, Obligations, III, n° 358). As dificuldades de entender o fundamento e o mecanismo da responsabilidade civil das pessoas jurídicas vão desaparecendo na medida em que (conforme raciocinam os Mazeaud), (se) o órgão da pessoa jurídica pratica um ato culposo, é a própria pessoa jurídica que assim procedeu. 'Não é o órgão, na qualidade de órgão, que comete a falta, é a pessoa moral' (Mazeaud e Mazeaud, Responsabilité Civile, Vol. I, n° 935).

No mesmo sentido o raciocínio de Michoud, para o qual a responsabilidade de pessoa jurídica, pelos atos de seus órgãos, não é uma responsabilidade indireta como se se tratasse de um preponente, pelos atos de seus prepostos, porém uma responsabilidade direta, 'porque aos olhos da lei são seus próprios atos' (Michoud, Traité de la Personnalité Morale, vol. II, n° 273 e segs.)⁴⁴

Entretanto, como ressalta Caio Mário, Savatier não considera a natureza da pessoa jurídica como importante para definição da sua responsabilidade civil, pois defende a tese de que a vontade e a liberdade da pessoa moral confundem-se com a de seus órgãos. *"Se estes podiam prever e evitar o ato ilícito, este ato era previsível e evitável pela própria pessoa jurídica. Daí concluir que 'ela está em falta ao mesmo tempo que o órgão' (Savatier, Traité de la Responsabilité Civile, vol. I, n° 297)."*⁴⁵

Sem embargo e registrando a máxima vênia, parece-nos não haver diferença ontológica entre os argumentos de Savatier e os fundamentos da teoria da realidade, antes expostos, o que não lhes tira o mérito de reforçá-los, entretanto.

Afastados os obstáculos doutrinários, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas desenvolveu-se similarmente à das pessoas físicas, aplicando-se o princípio da responsabilidade aquiliana. A pessoa jurídica responde tanto pelos danos causados por seus administradores, que são seus órgãos, como pelos atos de seus empregados ou prepostos e, ainda, pelo fato das coisas. A doutrina é, segundo Caio Mário, pacífica e majoritária, sendo defendida por autores de renome como Demogue, os irmãos Mazeaud, De Page, Planiol, Ripert, Colin, Capitant, Josserand e outros⁴⁶.

⁴⁴ Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.119.

⁴⁵ *Apud* Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.119.

⁴⁶ Referidos por Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.119.

Tal responsabilidade estende-se mesmo aos atos cometidos com abuso de poderes, desde que o órgão, preposto ou empregado aja em nome da pessoa moral, pois a ninguém é dado apurar, no momento do dano, a condição jurídica do agente. Milita em seu favor a presunção de que o ato foi cometido em nome da pessoa jurídica.

A responsabilidade, neste caso, é direta, o que não impede, no entanto, que a pessoa moral exercite o direito de regresso contra seu órgão, preposto ou empregado, se este se houve com culpa, pois subsiste, concomitantemente, a responsabilidade direta daquela com a responsabilidade individual destes.

As discussões, no campo doutrinário, cederam ante o estabelecimento, na maioria das legislações, de preceitos que reafirmaram a responsabilidade das pessoas jurídicas. Analisemos o caso pátrio, que mais de perto nos interessa.

O Código Civil de 1916 estabeleceu, na sua Parte Geral, norma específica para as pessoas jurídicas de direito público, o art. 15, que será analisado posteriormente. Já para as de direito privado, os preceitos encontram-se na Parte Especial, no Título VII do Livro III, que cuida do Direito das Obrigações.

Faremos uma breve análise do tema, pois as controvérsias que suscitou foram muitas, e um estudo mais profundo foge aos objetivos deste trabalho. O art. 1.522 manda aplicar, relativamente às pessoas jurídicas, a norma do art. 1.521, inc. III, que trata da responsabilidade do patrão, amo ou comitente. Transcrevemos:

Lei n.º 3.071, de 1º-1-1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I -

III – O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522);

IV -

Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, n. III, abrange as pessoas jurídicas que exercerem exploração industrial.

Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, n. V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas

concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte. (grifo não constante do original).

O desenvolvimento da responsabilidade do empregador ou comitente pelos atos de seus empregados ou prepostos caracterizou-se, segundo Caio Mário, por uma estranha, porém necessária, revogação jurisprudencial do art. 1.523, abolindo-se a necessidade de verificação da culpa (*in vigilando* ou *in eligendo*) na escolha ou fiscalização de uns ou outros, tornando-o regra sem aplicação, na prática.⁴⁷

A controvérsia que grassou por mais tempo, entretanto, ficou por conta da expressão “exploração industrial”, mencionada na parte final do art. 1.522. Bevilacqua e Serpa Lopes defendiam a tese de que as sociedades religiosas, literárias, científicas e de beneficência não deveriam responder pelos atos de seus administradores, prepostos ou empregados, já que “nenhuma indústria” exercem.

Para resolver a questão, a doutrina passou a entender que, na esteira do que expusemos neste capítulo, a regra do art. 1.522 não requer assimilação com a regra do art. 1.521, inciso III, pois os atos dos administradores, prepostos ou empregados da pessoa jurídica confundem-se com os próprios atos da pessoa jurídica. Desta forma, tanto faz se esta é de indústria ou não, praticado o ato danoso por um de seus “representantes” (na concepção moderna que se empresta ao termo), a responsabilidade que emerge é direta, como se a própria pessoa moral o houvesse, por si, praticado.

Cabe, portanto, deixar claro que *“as pessoas jurídicas de direito privado, qualquer que seja a sua natureza e os seus fins, respondem pelos atos de seus dirigentes ou administradores, bem como de seus empregados ou prepostos que, nessa qualidade, causem dano a outrem.”*⁴⁸

8. Evolução da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público

Também foi impressionante a evolução da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, indo da *“total irresponsabilidade do Estado pelo dano causado ao*

⁴⁷ Remetemos o leitor que desejar obter uma visão mais detalhada do assunto, para o Cap. VII, item 82, p.93 em diante da obra já citada do autor.

⁴⁸ Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.122.

particular, até a responsabilidade objetiva e independente de culpa, consignada no texto constitucional brasileiro.”⁴⁹

Segundo Weida Zancaner Brunini, a “*evolução da responsabilidade do Estado foi consequência da evolução do princípio da legalidade, da teoria filosófica organicista e da própria evolução do Estado de Direito.*”⁵⁰

Podemos distinguir três fases na evolução da idéia da responsabilidade patrimonial do Estado, que Aguiar Dias, acompanhado por Sonia Sterman, entende terem sido, cada uma delas, caracterizadas pelo regime político dominante⁵¹: a fase da *irresponsabilidade*; a fase da *responsabilidade civilística*; e a fase da *responsabilidade publicística*.

9. Fase da irresponsabilidade

As teorias da irresponsabilidade do Estado perante os danos que seus agentes causassem aos particulares – também chamadas teorias regalistas, regalianas ou feudais – foram, segundo Sylvia Di Pietro, adotadas na época dos Estados absolutos, repousando, fundamentalmente, na idéia de *soberania*. Ensina a autora:

*(...) O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire) e o de que ‘aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei’ (quod principi placuit habet legis vigorem). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.*⁵²

Caio Mário nos lembra que, dentro da “*concepção política de Estado absoluto, não se poderia conceber a idéia de reparação de danos causados pelo poder público, dado que se não admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano*”⁵³. Célebre ficou a frase de Laferrière: “*o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação*”⁵⁴.

⁴⁹ Rodrigues, Silvio; obra e volume citados, p.91.

⁵⁰ *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*, p.21. Grifo não constante do original.

⁵¹ Obra citada, v.II, p.564.

⁵² *Direito administrativo*, p.409-410.

⁵³ Obra citada, p.128.

⁵⁴ *Apud* Mello, Celso Antônio Bandeira de; obra citada, p.613.

Não eram poucos os defensores da irresponsabilidade do Estado, principalmente entre germânicos e italianos; dentre eles: Richelmann, Bluntschli, Rönne, Wohl, Von Stein, Gabba, Lozzi, Mantellini, Saredo etc.⁵⁵

O fundamento das teorias destes autores estava assentado em três postulados básicos, sintetizados por Frezzini⁵⁶:

- 1) A responsabilização do soberano implicaria a negação da condição de superioridade do Estado frente aos seus súditos;
- 2) O Estado representa o direito organizado, sendo inconcebível que pudesse aparecer como violador desse mesmo direito;
- 3) Os atos contrários à lei praticados pelos agentes estatais somente podem ser atribuídos a eles pessoalmente, e não ao Estado.

Celso Bastos, entretanto, recorda-nos que mesmo à época da Grécia antiga, tanto nos regimes monárquicos, como aristocráticos ou democráticos; ou em Roma, o soberano era visto como alguém que respondia somente perante a divindade, sendo total a irresponsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes.⁵⁷

Sonia Sterman vai mais além, remontando suas pesquisas até a Antigüidade. Naquele período, em que ainda se desconhecia a noção de Estado como unidade jurídico-política, o soberano (rei-monarca) era o representante da vontade divina na Terra. Consequentemente, era irresponsável por qualquer ato, inclusive os que causassem danos aos súditos.⁵⁸

Roma, embora sem a presença daquele ente abstrato que chamamos de Estado, ao menos nos moldes como hoje o entendemos, legou-nos a noção de “fisco”, o qual, por ficção, passou a representar a pessoa moral detentora dos bens públicos. Ainda assim, continua a autora, vigorava a irresponsabilidade.

⁵⁵ Citados por: Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.128. Cahali, Yussef Said; *Responsabilidade civil do estado*, p.17.

⁵⁶ *Apud* Cahali, Yussef Said; obra citada, p.18.

⁵⁷ *Curso de direito administrativo*, p.185.

⁵⁸ *Responsabilidade do estado*, p.13.

No período medieval, ainda antes do desenvolvimento do absolutismo, a divisão e a pulverização do poder em feudos tornava impossível qualquer ação coordenada no sentido de fazer com que reis e príncipes respondessem pelos desmandos praticados em seu nome.⁵⁹

O advento do Estado Liberal, por estranho que pareça, ao invés de derrubar a imunidade total vigente, acabou por reforçá-la pelo princípio da separação de poderes. A responsabilização da Administração Pública importaria numa interferência do Judiciário na esfera de atuação do Executivo, além de implicar uma censura aos seus procedimentos. A atuação daquele Poder deveria estar adstrita ao conhecimento dos litígios entre particulares. Esta foi a jurisprudência dominante por longo período.

O período pós-Revolução Francesa, entretanto, trouxe como inovação a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos com relação aos atos considerados como injustos ou ilegais. Esta possibilidade era grandemente restringida, pois havia a necessidade de prévia autorização do Estado para que o funcionário fosse acionado. Era o sistema da “garantia administrativa dos funcionários”, consubstanciado no art. 75 da Constituição da França do ano VIII (1791), existente também nas legislações da Prússia, da Baviera e de Baden e Hesse, segundo Ernst Forsthoff.⁶⁰

Aos poucos, entretanto, a Teoria Regaliana vai sendo combatida. A injustiça de seus fundamentos faz com que os juristas passem a criticá-la, no campo doutrinário. Se “*o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações*”.⁶¹

Elcio Trujillo consigna que:

*A soberania, que na sua forma originária, tinha um caráter absoluto, sofre hoje restrições jurídicas, impondo ao Estado sua submissão às condições objetivas do Direito e da legalidade, tanto na ordem interna, quanto externa, constituindo o chamado Estado de Direito, juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis.*⁶²

⁵⁹ Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, p.185.

⁶⁰ *Apud* Mello, Celso Antônio Bandeira de; obra citada, p.614.

⁶¹ Pietro, Maria Sylvia Zanella di; obra citada, p.410.

⁶² Obra citada, p.47.

Por outro lado, medidas de ordem prática, ainda que tímidas e aplicáveis a casos bastante específicos, vêm abalar o absolutismo e o rigor da tese da irresponsabilidade, como a possibilidade legal de o Estado ver-se obrigado a indenizar, “*a exemplo de certa lei francesa que admitia a recomposição patrimonial por danos oriundos de obras públicas e de outra que acolhia a responsabilidade por danos de atos de gestão de domínio privado do Estado*”⁶³. Já em 1870 cai a norma francesa de garantia dos funcionários.

Com o passar do tempo, a tese da irresponsabilidade foi sendo gradativamente abandonada pelos legisladores, vindo a desaparecer completamente logo após a 2ª Guerra Mundial, quando Estados Unidos e Inglaterra, últimos países ainda a adotá-la, editaram, respectivamente, o *Federal Tort Claim Act*, em 1946, e o *Crown Proceeding Act*, em 1947, praticamente abolindo o instituto.

10. Fase da responsabilidade civilística

Desde o Século XIX já se concebia a idéia de que o Estado deveria ser responsabilizado pelos danos causados ao particular.

Num primeiro momento, buscou-se nos princípios de direito privado, baseados na idéia de culpa, a fundamentação para a obrigação do Estado reparar o dano. Daí falar-se em *teoria civilista da culpa* ou *teoria da culpa civil comum*.

As idéias civilistas de responsabilidade do Estado ainda dominam várias legislações e, se de um lado pecam por não conseguirem captar, em toda a sua plenitude, a complexa relação que se estabelece entre Administração e administrado, de outro, segundo Paul Duez, tiveram o grande mérito de abrir “*uma brecha no axioma da irresponsabilidade da administração pública e permitido a substituição, pela responsabilidade do patrimônio administrativo, mais substancial, da responsabilidade pessoal do agente, as mais das vezes ilusória*.”⁶⁴

As razões aventadas para fundamentar a responsabilização do Estado eram as mais diversas, todas com base em institutos de ordem civil, como o mandato, a representação, o

⁶³ Diógenes Gasparini; *Direito administrativo*, p.398.

enriquecimento sem causa, o abuso de direito, ou com fundamento nos princípios informadores das relações privadas, como os existentes nas relações entre patrão e empregado, mandante e mandatário, preponente e preposto, representante e representado etc.

A teoria que ganhou mais força e mais expressão, principalmente na França, foi a que diferenciava os atos de império dos atos de gestão, aplicando-se a responsabilidade civil a estes últimos, sempre que, ao atuar, o Estado causasse um dano por dolo ou culpa de seu agente.

Colacionamos o ensinamento de Elcio Trujillo:

Segundo essa teoria, as atividades desempenhadas pelo Estado classificam-se em duas espécies: as denominadas necessárias ou essenciais à garantia da existência ao Poder Público e as facultativas, realizadas para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura.

No tocante às primeiras, considerando que o Estado atuava como potestade pública, expressão do poder soberano, não se admitia a sua responsabilização, devendo a vítima conformar-se com os danos que sofrera, uma vez que a ação se dera no interesse de todos ou coletivo. São os denominados atos de império.

Quanto as facultativas, agia o Estado como gestor de interesses coletivos, administrando seu patrimônio como pessoa privada e, nessa qualidade, tinha sua responsabilidade reconhecida. São os denominados atos de gestão.⁶⁵

Embora tenha representado passo importante na evolução da responsabilidade do Estado, a teoria ainda padecia de vários aspectos negativos, o que lhe rendeu inúmeras críticas, dentre as quais podemos destacar:

- a) A necessidade de o particular caracterizar a culpa e individualizar o agente culpado o deixava, no mais das vezes, irressarcido;
- b) A divisão da personalidade do Estado foi contestada por muitos juristas, sob o argumento principal de que um único ser não pode constituir, ao mesmo tempo, pessoas distintas, ou ser considerado pessoa com referência a certos atos e deixar de o ser em relação a outros⁶⁶;

⁶⁴ *Apud* Dias, José de Aguiar; obra citada, v.II, p.564.

⁶⁵ Obra citada, p.48-49.

⁶⁶ Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de, *apud* Trujillo, Elcio; obra citada, p.49.

- c) A distinção entre atos de gestão e atos de império é sutil e essencialmente teórica; na prática, ambos constituem formas quase que equivalentes da atuação administrativa;
- d) Diferentemente do que apregoa a teoria, o Estado, mesmo quando pratica atos de gestão, age como Poder Público, e não como particular;
- e) Para quem sofre o dano, pouco importa a natureza do ato. O dano sofrido é o mesmo e a justiça de indenizar aquele proveniente de ato de gestão e deixar ao desabrigo da proteção judicial aquele proveniente do ato de império, é bastante questionável;
- f) É tarefa muito difícil, senão impossível, enquadrar, numa ou noutra categoria, uma variada gama de atos praticados pelo Estado;
- g) Se o Estado é o tutor do direito, o próprio criador, aplicador e guarda da norma, é inconcebível que o administrado, lesado pelo próprio Estado, seja deixado ao desamparo.

Cretella Júnior destaca que:

*Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar desamparado o cidadão que sofreu prejuízos por ato do próprio Estado? Por que motivo o Estado vai criar distinção cerebrina para eximir-se da responsabilidade com o fundamento de que o desequilíbrio verificado no patrimônio do particular foi produzido por ação administrativa insuscetível de crítica?*⁶⁷

Sonia Sterman lembra-nos que a diferenciação entre atos de império e de gestão, adotada na França logo após a Revolução Francesa, antes que uma inovação jurídica tendente a responsabilizar, ainda que limitadamente, o Estado, foi, na verdade, um artifício criado para defender o Estado francês das inúmeras ações de indenização provocadas pela destruição de propriedades particulares, pela multidão enfurecida, durante o movimento revolucionário.⁶⁸

A distinção entre atos de império e atos de gestão como fundamento para a responsabilidade do Estado logo foi abandonada, mas muitos autores ainda continuaram apegados à doutrina civilista. Passou-se, então, a responsabilizar o Estado pela conduta culposa

⁶⁷ *Apud* Cahali, Yussef Said; obra citada, p.21.

⁶⁸ Obra citada, p.14-15.

de seus agentes, transportando-se o conceito de culpa civil para o campo do direito público. Predominaram, neste período, os princípios que regem as relações entre patrão e empregado, mandante e mandatário, representante e representado, como forma de justificação para a responsabilização do ente público.

Da mesma forma que as pessoas jurídicas de direito privado, muitos obstáculos antepuseram-se à concepção da culpa do Estado.

A teoria do mandato era frágil pois, para se outorgar um mandato exige-se a manifestação da vontade livre, consciente e capaz de produzi-lo, o que se negava às pessoas jurídicas.

A representação privada foi descartada, pois não se concebe representação para a prática de atos ilícitos; a representação legal – como a que se aplica ao incapaz – também não prosperou pois inexistia poder superior ao Estado, capaz de lhe impor o dever legal de subordinar-se a tal ou qual representante.

A aplicação analógica dos princípios inerentes à relação que se forma entre patrão e empregado não se coaduna com a vinculação estatutária do servidor ao órgão público, ou a vinculação política do administrador com o ente estatal.

Tais dificuldades foram contornadas com o surgimento da *teoria do órgão*, de Gierke:

Desaparecerem, com ela, as relações entre representante e representado ou entre mandante e mandatário, para dar lugar à aparição do órgão, que não se reveste de nenhum dos caracteres próprios daqueles institutos; o órgão supõe a existência de uma só pessoa, a própria pessoa do Estado, à diferença do mandato e da representação, que necessitam da existência de duas pessoas distintas.⁶⁹

Entretanto, mesmo que afastadas as dificuldades técnicas, a utilização de princípios de ordem civil não é suficiente para captar a rede complexa e diferenciada subjacente à relação que se forma entre Administração, seus órgãos e os administrados.

⁶⁹ Cahali, Yussef Said; obra citada, p.22.

A culpa civil não é suficiente para caracterizar a responsabilidade decorrente da falha da máquina administrativa, ou da culpa anônima da Administração. “A verdade é que o direito público tem de ser explicado a partir de outros princípios – os princípios publicísticos.”⁷⁰. Ou, na voz de Hely Lopes Meirelles⁷¹:

(...) Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, (inaplicáveis⁷²) em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

Entretanto, embora o ponto de partida dos diversos sistemas que buscaram uma forma jurídica de atribuição da responsabilidade ao Estado pelos danos causados por seus agentes tenha sido comum, representado pela adoção de princípios privatísticos, a passagem para a etapa seguinte, caracterizada pela superação destes princípios, deu-se em graus e momentos diferentes, mas, em sua maioria, mediante a consagração dos princípios publicísticos como fundamento daquela responsabilidade.

*E, através de preceitos constitucionais ou de leis fundamentais, cada qual procurou essa responsabilidade segundo critérios próprios, ora como responsabilidade direta, ora como responsabilidade solidária; ora em termos subjetivos de culpa, ora sob a forma de responsabilidade objetiva.*⁷³

11. Fase da responsabilidade publicística

O marco desta nova fase foi o célebre caso *Blanco*⁷⁴, ocorrido na França, em 1873, ainda sob a influência das teorias que admitiam responsabilização do Estado por atos de gestão, enquanto que a negavam relativamente aos atos de império.

Naqueles tempos, a *Companhia Nacional da Manufatura do Fumo*, em Bordeuax, ocupava dois edifícios separados por uma rua. Dois vagonetes faziam o transporte de matéria-

⁷⁰ Cretella Júnior, José; *Curso de direito administrativo*, p.111.

⁷¹ *Direito administrativo brasileiro*, p.556.

⁷² Consta do texto da 19ª edição a expressão “aplicáveis”, mas é evidente o erro de digitação.

⁷³ Cahali, Yussef Said; obra citada, p.25.

⁷⁴ Sonia Sterman menciona, em sua obra *Responsabilidade do estado*, p.16, um caso anterior, o caso Rotschild, de 1855, cujos fundamentos de sentença teriam sido os mesmos do caso Blanco. Reconhece, entretanto, que a grande repercussão veio com o acidente ocorrido com a menina Agnés Blanco. Como nenhum dos outros autores pesquisados faz menção ao caso Rotschild, optamos por manter o caso Blanco como o marco inicial da autonomização do Direito Administrativo e da responsabilidade do Estado baseada em princípios de ordem pública.

prima entre os prédios. Durante uma das operações de transporte de fumo, a menina Agnés Blanco foi atropelada por um dos vagonetes, vindo a perder uma das pernas. Seus pais moveram ação de indenização contra o Estado perante os tribunais civis. O Estado, suscitando conflito de competência, argumentou que a decisão deveria caber ao Conselho de Estado. Em decisão histórica, o Tribunal de Conflitos declarou que a competência era da instância administrativa, “*porque se trata de apreciar a responsabilidade nascida do mau funcionamento de um serviço público.*”⁷⁵

*Abandona-se, como se depreende desta colocação, toda a jurisprudência anterior, procede-se a verdadeira revolução jurisprudencial, afirma-se a autonomia do direito administrativo, aceitando-se o entendimento de que o funcionamento dos serviços públicos é regido de plano por um regime jurídico diverso (derrogatório e exorbitante) do que prevalece no direito privado.*⁷⁶

Posteriormente, casos semelhantes⁷⁷, recebendo idêntico tratamento por parte do Conselho de Estado, consolidaram essa conquista do direito administrativo, culminando com a unificação das regras de competência aplicáveis aos casos envolvendo danos causados pelo Estado, e com o entendimento de que os serviços públicos estão submetidos a “*regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados*”⁷⁸.

Começaram, então, a surgir as *teorias publicísticas* da responsabilidade do Estado, cuja classificação e extensão variam conforme o autor que as aborda: uns consideram que todas as teorias publicísticas são de cunho objetivo, outros dizem que se mesclam teorias subjetivas e objetivas; alguns admitem excludentes de responsabilidade em todas, outros não as admitem em determinada teoria etc.

Tentaremos montar, no próximo capítulo, um quadro das *teorias publicísticas*, que consideramos ideal, procurando condensar e juntar a opinião dos autores que escrevem sobre o assunto.

⁷⁵ Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, p.108.

⁷⁶ Sterman, Sonia; *Responsabilidade do estado*, p.108.

⁷⁷ José Cretella Júnior menciona os casos *Terrier e Fleutry*. Obra citada, p.108.

⁷⁸ Pietro, Maria Sylvia Zanella di; obra citada, p.411.

12. Nossa classificação

Divergem os autores quanto à classificação, extensão e características das *teorias publicísticas* de responsabilização do Estado, embora não se possa dizer que a divergência é de monta a desnaturar a sua unidade.

Parece-nos, entretanto, ser consenso entre a maioria deles que se pode estabelecer, de plano, uma primeira grande divisão entre as teorias fundadas na culpa administrativa e as teorias fundadas no risco administrativo. Adotaremos este entendimento.

Já não existe tanto consenso assim quanto à qualificação das teorias fundadas no risco, ou quanto à sua divisão em teoria do risco administrativo, propriamente dita, e teoria do risco integral, que inadmite qualquer excludente de responsabilidade; entretanto, adotaremos esta classificação por entendê-la útil, o que se mostrará mais adiante. Já se disse que não existem classificações boas ou ruins, mas sim classificações mais úteis ou menos úteis. Este o nosso propósito.

13. Teoria da culpa administrativa

Também conhecida como *teoria da culpa do serviço* ou *teoria do acidente administrativo*, representa, para muitos, o momento de transição entre as idéias civilistas e a doutrina publicista da responsabilidade do Estado, embora baseada, ainda, no princípio da culpa.

De fato, muitos juristas ainda a consideram como uma teoria essencialmente subjetiva, porque fundada na culpa, ou do serviço ou do funcionário. Trata-se, entretanto, de uma culpa diferenciada, não aquela culpa individualizada e personalizada do direito civil, mas uma culpa anônima, culpa atribuível ao próprio serviço, embora cometida por agente público.

Cretella Júnior e Elcio Trujillo, no entanto, relegam a denominação *culpa administrativa* para a responsabilidade fundada na culpa individual do agente, na qualidade de preposto, funcionário ou órgão público, diferenciando-a da responsabilidade decorrente do

próprio serviço, fundada numa culpa despersonalizada, a que denominam *acidente administrativo*:

*A responsabilidade passou a ter como fundamento a anormalidade do funcionamento público. O julgamento a ser feito é o do serviço público e não do agente público, sob o princípio da perfeição e continuidade do mesmo.*⁷⁹

Registrando a devida *venia*, somos de opinião de que aquela primeira culpa, individual do funcionário público, embora obrigando o Estado, estaria melhor encaixada nas teorias civilistas da responsabilidade do Estado, pois bastaria a ausência de prova de culpa do agente para eximi-lo do dever de reparação (e, via de consequência, também o Estado). Uma tal diferenciação somente tem utilidade se quisermos dar tratamento diferenciado para cada um dos tipos de responsabilidade, o que não ocorre aqui: seja o dano decorrente de ato do funcionário público, seja decorrente de falha do serviço, o resultado é o mesmo, o Estado incorre no dever de repará-lo. Vamos, portanto, considerar como sinônimas as expressões *culpa administrativa*, *culpa do serviço* e *acidente administrativo*.

Mas, analisemos mais de perto a *culpa administrativa*.

Ocorre este tipo de culpa quando o serviço público não funcionou quando deveria funcionar, funcionou mal ou funcionou atrasado. Sylvia di Pietro consigna que, ocorrendo qualquer uma dessas três hipóteses, configura-se o acidente administrativo – a culpa do serviço – decorrendo daí, necessariamente, a responsabilidade do Estado, independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.⁸⁰

Cretella Júnior lembra que: “*Mau funcionamento do serviço, falta de funcionamento, atraso no funcionamento, funcionamento ilegal, são causas determinantes do acidente administrativo, dando motivo ao ressarcimento do dano causado.*”⁸¹

Para Caio Mário, sempre que não se conseguisse identificar o autor de uma lesão causada por um representante do Estado, e esta ausência de identificação levasse ao não-

⁷⁹ Trujillo, Elcio; obra citada, p.52.

⁸⁰ Obra citada, p.411-412.

⁸¹ *Curso de direito administrativo*, p.112.

ressarcimento, embora comprovada a falha no serviço, estaríamos consagrando uma injustiça, em face da desigualdade entre o Estado e a vítima.

(...) Imaginou-se então a teoria do acidente administrativo. Basta comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público, ou o mau funcionamento deste (Revista Forense, vol. 264, p. 180). Não se trata de averiguar se o procedimento do agente foi culposo (Geraldo Corrêa da Silva, in Revista Forense, vol. 227, p. 252), porém de assentar que o dano resultou do 'funcionamento passivo do serviço público'. Em tal ocorrendo, responde o Estado (Pedro Lessa, Do Poder Judiciário, p. 166).⁸²

Celso Antônio Bandeira de Mello ataca veementemente a idéia de que este tipo de responsabilidade possa ser de ordem objetiva. Para o autor:

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis (...)⁸³

No entender do autor, para a deflagração da responsabilidade do Estado não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, a culpa, que é elemento caracterizador da responsabilidade subjetiva.

Já Elcio Trujillo, acompanhando o pensamento de Weida Zancaner Brunini, entende que a responsabilidade decorrente da falta do serviço não pode ser incluída entre as formas de responsabilidade subjetiva, pois a culpa do serviço não tem o mesmo sentido da culpa pessoal aplicada às pessoas físicas. A culpa do serviço decorre de uma anormalidade na atividade administrativa e se trata de uma culpa anônima pois, embora não se localize a pessoa que ocasionou o dano, este é imputado ao Estado, bastando, para tanto, que se estabeleça a relação de causalidade entre o dano e a falta do serviço.

Hely Lopes Meirelles participa da opinião de que se trata de uma responsabilidade objetiva, consignando que o seu requisito essencial é de ordem objetiva: a falta (em sentido

⁸² Obra citada, p.131.

⁸³ Obra citada, p.616.

amplo) do serviço; entretanto, logo após esposar esta tese, assevera que, neste caso, presume-se a culpa da Administração.⁸⁴

Yussef Cahali consigna que esta doutrina ainda se ressentia de um certo vestígio do conceito de culpa, mas uma culpa *impessoal, objetiva*.⁸⁵

Neste ponto devemos confessar a nossa incapacidade de adotar um ou outro posicionamento, ou mesmo aventar uma outra hipótese. Se é certo que, na falta do serviço, a responsabilidade ainda está intrinsecamente vinculada à culpa, também é certo que não se trata daquela culpa individualizada e personalizada do Direito Civil, ou mesmo de uma culpa atribuível à pessoa moral por ato de seus órgãos. Trata-se de uma culpa especial, decorrente da falta ou falha do serviço, que restará configurada ainda que nenhum agente público tenha sido faltoso. A discussão do tema, embora interessante do ponto de vista acadêmico, não virá a influenciar, segundo pensamos, o objetivo deste trabalho, motivo por que optamos por deixar de assumir um posicionamento, passando-nos a dedicar às características principais da *falta do serviço*.

Paul Duez consigna que a teoria da falta do serviço público, elaborada na França pelo Conselho de Estado, assim se caracteriza:⁸⁶

- 1) A responsabilidade do serviço público é uma responsabilidade primária, pois absorve o ato do agente, que se torna uma simples peça na engrenagem administrativa, em cujo corpo se funde;
- 2) A falta do serviço público não depende de falta do agente, pois basta estabelecer a má condição do serviço e o nexo de causalidade com o dano verificado;
- 3) A doutrina da culpa administrativa não se confunde com a doutrina do risco, pois o que enseja a responsabilidade é a falta do serviço, e não o fato do serviço;

⁸⁴ Obra citada, p.556-557.

⁸⁵ Obra citada, p.32-33.

⁸⁶ *Apud* Dias, José de Aguiar; obra citada, v.II, p.565-566.

- 4) Nem todo defeito do serviço acarreta a responsabilidade. Para tanto, é necessária uma avaliação que leve em conta o lugar, as circunstâncias e o próprio serviço.

Interessante o exemplo trazido por Aguiar Dias, a respeito do item 2 precedente, uma célebre decisão do Conselho de Estado da França, de 1911: um indivíduo, de nome Anguet, teve que sair de uma agência dos correios pela sala de triagem, pois a entrada principal já se encontrava fechada, já que o relógio assinalava o encerramento do expediente (mais tarde, verificou-se que o relógio havia sido propositalmente adiantado, para apressar o fechamento da agência). Ao sair, entretanto, discutiu com dois carteiros, sendo empurrado violentamente porta afora. Durante a agressão, teria esbarrado numa saliência da porta e fraturado uma perna. Acionado judicialmente o Estado em ação de reparação de danos, decidiu o Conselho de Estado que, embora claramente caracterizada a responsabilidade pessoal dos funcionários, a obrigação de indenizar decorria do mau funcionamento do serviço, seja porque algum funcionário houvera adiantado o relógio, seja porque a administração da agência tolerava a saliência na porta, causa imediata do infortúnio.⁸⁷

Paul Duez, ainda, enumera as hipóteses de falta do serviço: fatos de ordem material, acidentes provocados por pessoas, serviços, veículos, materiais, trabalhos mal conduzidos ou mal executados, perda ou extravio de documentos; erros de informação pela administração; falsa aplicação de texto legislativo ou regulamentar; inação ou omissão dos órgãos administrativos, ainda que não constitua ilegalidade na acepção estrita da palavra; ausência de medidas de proteção necessárias a garantir a segurança das pessoas; falta dos serviços de vigilância das pessoas, como no caso dos alunos nas escolas e dos detentos nos presídios; recusa sistemática na aplicação da lei ou regulamento; lentidão no funcionamento do serviço público, demora na prática de atos, inércia ou resistência passiva da administração pública; e muitos outros.⁸⁸

Estes, em linhas gerais, os contornos da *teoria da culpa administrativa*. Mas, de acordo com o pensamento de Hely Lopes Meirelles, esta teoria ainda pede muito da vítima, pois, além do dano sofrido, tem que assumir o encargo de provar a falta do serviço para obter a indenização. Adicionalmente a esta dificuldade da prova da culpa, deparamo-nos com casos de danos decorrentes de atividades estatais, sem que se possa configurar uma falta ou falha do

⁸⁷ Obra citada, p.565-566.

⁸⁸ *Apud* Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.131-132.

serviço. Trata-se, simplesmente, de atividades nas quais, mesmo adotando-se as precauções normais, o risco de acidente é considerável.

Ademais, nos tempos modernos assistimos a um agigantamento do Estado. Mais e mais infiltra-se nas mais diversas áreas da atividade humana. Deparamo-nos com atividades estatais na economia e finanças, na ecologia, na saúde, na habitação, nas pesquisas espaciais, na exploração do fundo do mar, enfim, em todas as áreas possíveis e imagináveis.

Freqüentemente tais atividades criam riscos e acarretam danos aos particulares, simplesmente por serem exercidas.

Estas considerações despertaram nos juristas a idéia de que a responsabilidade do Estado talvez devesse fundar-se não mais na culpa, nos moldes tradicionais, mas simplesmente no risco criado.

Cretella Júnior, em excelente passagem, descreve com argúcia a necessidade da transição do modelo baseado na culpa para o modelo baseado no risco, no que tange à responsabilidade do Estado. Permitimo-nos transcrevê-la, ainda que um tanto longa, pela lucidez e clareza:

A culpa é vinculada ao homem; o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva. Pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias.

O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e objetivo que o caracteriza.

Não se podendo estabelecer o vínculo preciso, pela especificação do agente, responsabiliza-se a causa do dano, mediante a individualização de um fato gerador meta-humano, mas nem por isso desprezado, já que desencadeou o processo danoso.

Se o Estado, pôsto pelo homem, cria uma série de serviços para atender o público, do aparelhamento estatal só deve promanar benefício para a coletividade.

O Estado é a grande empresa, organização dinâmica por excelência, cujo escopo é a consecução do bem público. Salus populi suprema lex est.

Entidade, por assim dizer, abstrata, age a pessoa pública por meio de órgãos, de representantes, mas movimenta também um aparelhamento gigantesco, que nem sempre funciona com a precisão cronométrica que o dinamismo da vida moderna exige.

Em inúmeros casos, o serviço público como que se identifica de maneira total com a máquina. Impessoaliza-se. Generaliza-se. Dilui-se. E o dano surge de um momento para outro, sem a possibilidade da identificação do nexo causal, entre o agente público e o prejuízo do administrado.

A culpa não é de ninguém. O dano, porém, existe. É culpa do serviço, culpa do Estado. Culpa? Culpa de elemento não humano? São, por ventura, culpadas as pessoas jurídicas?

Não se chegando, então, à identificação do agente público, inexistente a responsabilidade pública?

De maneira alguma.

Jamais o Estado de direito iria deixar ao desamparo o administrado que sofreu danos, oriundos, em última análise, do funcionamento menos perfeito do serviço público.

Se não há culpa de ninguém, há os riscos da empresa. Se o Estado não responde por culpa, responderá pelo risco.⁸⁹

14. Teoria do risco administrativo

A base desta teoria está no risco de dano que a atividade do Estado gera para determinado administrado, o que lhe impõe um ônus não suportado pelos demais. Fundamenta-se, na voz de Elcio Trujillo, no princípio da igualdade dos administrados diante dos ônus e encargos públicos, os quais devem ser equitativamente repartidos entre todos os membros da coletividade frente ao prejuízo enfrentado por um de seus integrantes em decorrência da ação danosa do Estado.

Caio Mário lembra que a *teoria do risco administrativo* teria sido imaginada, originariamente, por Leon Duguit, calcada numa idéia de seguro social a ser suportado pelo caixa coletivo – que é o tesouro estatal – em proveito de quem viesse a sofrer um prejuízo qualquer causado pelo funcionamento do serviço estatal, não importando se este funcionamento foi bom ou mau, se lícito ou ilícito. Ocorrendo o dano, em tais condições, cria-se a obrigação de repará-lo, e a Administração não pode eximir-se provando que não houve culpa de sua parte.⁹⁰

Predomina aqui, segundo o jurista italiano Renato Alessi, uma noção objetiva de responsabilidade baseada unicamente na lesão de um direito subjetivo de um particular. A finalidade é distribuir, para toda a coletividade, as conseqüências do mau funcionamento do serviço público, pois esta seria a única forma realmente democrática de repartir os ônus e encargos sociais.⁹¹

⁸⁹ *Tratado de direito administrativo*, v.VIII, p.286-287.

⁹⁰ *Obra citada*, p.132.

⁹¹ *Apud* Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.132.

Para Hely Lopes Meirelles, a *teoria do risco administrativo* faz surgir a obrigação de indenizar o dano tão-somente do ato lesivo causado à vítima pela Administração, sem que se exija a comprovação de culpa do agente ou falta do serviço. A origem da obrigação é o simples *fato* do serviço, e não a sua falta. Permite-se, contudo, que a Administração exclua ou atenua a obrigação de indenizar se comprovar a existência de alguma excludente de responsabilidade.⁹²

Cretella Júnior lembra que à vítima incumbe tão-somente provar a lesão sofrida; que essa lesão ocasionou um dano certo e presente, e não apenas eventual ou futuro; e a existência de uma relação direta de causa e efeito entre o desempenho do serviço público e a lesão sofrida.⁹³

Trata-se (embora a tese não seja pacífica) do marco inicial da responsabilidade objetiva do Estado, tanto que também é conhecida como *teoria da causalidade objetiva*⁹⁴, pois é suficiente o nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano para fazer surgir a obrigação de indenizar.

A investigação da atribuição da responsabilidade desloca-se para a *causa* do evento danoso, objetivamente considerada. Eventuais análises quanto à normalidade ou anormalidade do serviço, licitude ou ilicitude da conduta, fortuidade do acontecimento ou condições em que o dano se deu, servirão apenas secundariamente para se determinar, como diria Yussef Cahali, a influência naquela *causa* do *dano injusto*.

*No plano da responsabilidade objetiva, o dano sofrido pelo administrado tem como causa o fato objetivo da atividade (comissiva ou omissiva) administrativa, regular ou irregular; incomponível, assim, com qualquer concepção de culpa administrativa, culpa anônima do serviço, falha ou irregularidade no funcionamento deste.*⁹⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello consigna que, tratando-se de omissão do Estado, não há como aplicar-se a responsabilidade objetiva. Ora, se a causa do dano foi a inação do Estado, devemos, primeiramente, provar que a ele incumbia o dever de agir, porque se não devia agir, não poderá ser responsabilizado. Ora, se há necessidade de provar que o Estado devia

⁹² Obra citada, p. 557-558.

⁹³ *Curso de direito administrativo*, p.113.

⁹⁴ É o pensamento de Brandão Cavalcanti, na sua obra *Tratado de direito administrativo*, v.I, 1955, *apud* Cretella Júnior, José; *Tratado de direito administrativo*, v. VIII, p.287.

⁹⁵ Obra citada, p.35.

agir e não agiu, então, é de se concluir que há necessidade de provar que foi negligente, o que caracteriza a culpa, ou teve uma atitude intencionalmente voltada a permitir que o dano se produzisse, o que caracteriza o dolo. *Culpa e dolo* são, justamente, modalidades de responsabilidade subjetiva.⁹⁶

Continuando, o autor frisa que, em muitos casos de comportamentos omissivos do Estado, presume-se a sua culpa. Entretanto, o fato não transmuda a natureza da responsabilidade. Responsabilidade decorrente de presunção de culpa é responsabilidade subjetiva.

Diogo de Figueiredo, partilhando do mesmo pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto aos danos decorrentes de omissão do Estado, consigna que a *“teoria do risco administrativo não se aplica, portanto, às omissões, inclusive os retardamentos dos serviços públicos, que causem danos a terceiros.”*⁹⁷

Cretella Júnior elenca três princípios sobre os quais repousa a *teoria do risco administrativo*.⁹⁸

- 1) Princípio da igualdade dos ônus e encargos: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos devem ser repartidos;
- 2) Princípio da justiça distributiva: quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, em decorrência da atuação estatal, e são repartidos os encargos de repor o *status* anterior, estaremos alcançando o mais alto princípio da justiça distributiva;
- 3) Princípio da solidariedade humana: se da solidariedade de todos nasce, em última análise, a máquina administrativa, do prejuízo do aparelhamento público deverá nascer a obrigação eqüitativa de indenizar, a ser suportada por todos em solidariedade àquele que sofreu o dano.

⁹⁶ Obra citada, p.624.

⁹⁷ *Curso de direito administrativo*, p.450.

⁹⁸ *Tratado de direito administrativo*, v.VIII, p.278.

Hely Lopes Meirelles, acompanhado por Elcio Trujillo, diz assentar-se a *teoria do risco administrativo* sobre dois pilares: o *risco* e a *solidariedade social*, os quais, por sua objetividade e equânime partilha dos encargos, conduzem à mais perfeita *justiça distributiva*.

Diversas teorias e princípios influenciaram a gênese e o desenvolvimento da *teoria do risco administrativo*, informando-a e refletindo a preocupação dos autores em identificar uma fundamentação própria para esse instituto:⁹⁹

- a) A Teoria do sacrifício especial, de Otto Mayer: desenvolvida a partir do princípio da equidade, esta teoria consigna que a obrigação do Estado indenizar surge sempre que um indivíduo for submetido a um sacrifício desigual e desproporcionado frente aos demais administrados, em decorrência de uma atividade do ente estatal – ainda que lícita – ligada por um nexo de causalidade com o evento danoso. Este tipo de sacrifício foi chamado de *sacrifício especial*, e consiste no prejuízo que extrapola os níveis aceitáveis, afetando o patrimônio do indivíduo de maneira desigual e desproporcional;
- b) Teoria da igualdade dos encargos públicos: desenvolvida, principalmente, pelos franceses Tiraud, Teissier e Duez, fundamenta-se no princípio da igualdade de todos na repartição dos encargos públicos. Os cidadãos não devem sofrer mais do que os outros pelos ônus exigidos pelo interesse comum; assim, o dano excepcional imposto ao particular deve ser suportado por todos, salvo disposição legal em contrário. Se for exigido de alguém mais do que deve prestar, torna-se necessário restabelecer a igualdade, por meio de indenização, em vista do princípio da justiça distributiva;
- c) Teoria do seguro social: desenvolvida por Duguit e calcada na consideração de que a obrigação do Estado indenizar assenta-se na idéia de um seguro social a cargo do caixa comum. Já que os serviços públicos são realizados no interesse de toda a coletividade, nada mais justo do que esta coletividade, por meio do Estado, indenizar àquele que sofra um prejuízo em decorrência daqueles serviços, ainda que a atividade seja lícita. O pilar básico da teoria de Duguit é a *segurança social*;

⁹⁹ Trujillo, Elcio; obra citada, p.57-58. Brunini, Weida Zancaner; obra citada, p.30. Pereira, Caio Mário da Silva; obra citada, p.132.

- d) Teoria do enriquecimento sem causa do patrimônio administrativo: tese defendida por Maurice Hauriou, procura fundamentar a obrigação de indenizar com base numa adaptação do instituto do enriquecimento sem causa, de ordem civil, às peculiaridades do direito administrativo. Se o patrimônio público cresceu em consequência de um do desfalque do patrimônio do particular, sem uma causa jurídica autorizatória, impõe-se a necessidade de recomposição.

Analisadas as características e os princípios informadores da responsabilidade fundada no *risco administrativo*, passemos a estudar o que alguns autores denominam de *teoria do risco integral*.

15. Teoria do risco integral

A denominação *teoria do risco integral* tem sido usada, na doutrina, com diferentes significados. Assim é que Pedro Lessa, Mário Mazagão e Octávio de Barros a usam como sinônimo de *teoria do risco*, confundindo-se a abrangendo a *teoria do risco administrativo*¹⁰⁰; Caio Mário a usa como sinônimo de *teoria do risco administrativo*¹⁰¹; outros autores mais poderiam ser citados.

Este foi um dos problemas que enfrentamos no desenvolver deste trabalho, pois várias das expressões e designações por nós utilizadas, tais como *culpa administrativa*, *acidente administrativo*, *risco administrativo etc.*, não devem ser consideradas comuns a todos os autores que escrevem sobre a matéria. Como bem lembra Weida Zancaner Brunini, 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.”¹⁰²

Vamos nos ater, entretanto, por ser o ponto que nos interessa, ao conceito de risco integral como proposto e defendido por Hely Lopes Meirelles.

O autor divide a teoria da responsabilidade do Estado baseada no risco em duas: a *teoria do risco administrativo*, antes estudada, e a *teoria do risco integral*. O ponto diferenciador

¹⁰⁰ Apud Cretella Júnior, José; *Tratado de direito administrativo*, v.VIII, p.289.

¹⁰¹ Obra citada, p.133.

¹⁰² Obra citada, p. 60.

entre uma e outra seria a possibilidade, na primeira, e a impossibilidade, na segunda, de que a responsabilidade seja excluída ou atenuada, em se verificando a ocorrência de alguma das “excludentes de responsabilidade”, que estudaremos em item à parte.

O autor considera esta a modalidade radical e extremada da responsabilidade, uma fórmula que obrigaria a Administração a indenizar, integralmente, todo e qualquer dano suportado por terceiros, pelo simples fato da sua ocorrência, o que poderia levar a abusos e iniquidades, razão pela qual a reputa abandonada, na prática.

Vários autores tecem veementes críticas contra este posicionamento, caso de Yussef Cahali, Weida Zancaner Brunini e Sylvia di Pietro¹⁰³. Podemos destacar, como mais importantes, as seguintes:

- a) A distinção entre *risco integral* e *risco administrativo* não é estabelecida em função de uma distinção conceitual e ontológica, mas simplesmente em função das conseqüências que uma ou outra concepção acarretam;
- b) Mesmo os autores que reconhecem a teoria do *risco integral*, como Octávio de Barros, por exemplo, admitem a existência de excludentes ou atenuantes da responsabilidade;
- c) Se a investigação da responsabilidade centra-se no campo da causalidade, qualquer que seja a qualificação do risco (integral, administrativo, risco-proveito etc.), a ocorrência de fatores que afetem o nexo causal, como a força maior, por exemplo, elidirá a obrigação de indenizar;
- d) Trata-se, na verdade, de simples questão semântica; a distinção proposta revela-se artificiosa e carente de fundamentação científica;

Entretanto, como dissemos no início deste Capítulo, as classificações e distinções, sendo úteis, têm sua razão de ser e, por isso, preferimos manter a divisão entre *risco administrativo* e *risco integral*, sem pretender, de outra parte, inovar ou entrar em choque com tão ilustres tratadistas. Trata-se, meramente, de manter uma classificação que nos é útil em

¹⁰³ Respectivamente: *Responsabilidade civil do Estado; Da responsabilidade extracontratual da administração pública; Direito administrativo*.

função de uma diferenciação que pretendemos fazer, o que passaremos a ver a partir deste momento.

Registrando a devida vênia, e embora concordando com as críticas, principalmente no que diz respeito a não haver distinção ontológica ou base científica para a diferença entre as duas modalidades, pensamos que se pode falar, ao menos, que a distinção proposta por Hely Lopes Meirelles tem uma utilidade, como demonstraremos mais adiante.

A Constituição da República de 5-10-1988 prevê, em seu art. 37, § 6º, segundo a maioria dos doutrinadores, a responsabilidade do Estado baseada no risco administrativo, o que estudaremos em item à parte (a menção aqui apenas serve de base para nossa argumentação). Este é o princípio geral da responsabilidade do Estado no direito brasileiro.

Já o art. 21, inc. XXIII, da Magna Carta estabelece que compete à União explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, consignando expressamente que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa (alínea “c”).

Ora, se a norma genérica já é a responsabilidade sem culpa da Administração, pelos atos de seus agentes, insculpida no art. 37, § 6º, e se a União detém o monopólio da manipulação de materiais e instalações nucleares, só poderemos entender o reforço constante do art. 21, inc. XXIII, como um “algo a mais”, um *plus* em relação à norma genérica de responsabilização do Estado, ou seja – e dando razão ao mestre Hely Lopes Meirelles – nestes casos específicos, o risco criado é tão grande e tão imprevisível – ao menos neste estágio do conhecimento humano – que a ocorrência de dano em consequência daquelas atividades obriga à reparação, ainda que decorra de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de qualquer outra causa, natural ou humana.

Talvez o mestre não tenha sido de todo feliz ao nomear este tipo de responsabilidade. Talvez estejamos diante de uma outra modalidade de responsabilidade: a responsabilidade legalmente atribuída à determinada pessoa pelo simples fato da coisa, independentemente de nexos de causalidade, justificável pelo grande risco de acidente.

Sem querer nos aprofundar demais no tema – até por fugir um pouco dos objetivos deste trabalho – consideramos que a designação mais apropriada para uma tal responsabilidade deveria ser: *teoria da responsabilidade integral*, pois não é o risco que é integral, e sim a responsabilidade, já que não se submete a qualquer tipo de restrição. Na responsabilidade subjetiva, exige-se a ação ou omissão, a culpa ou dolo, o dano e o nexo de causalidade; na objetiva, exige-se somente a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade; na *responsabilidade integral*, como a propusemos, exigir-se-ia simplesmente a ocorrência do dano, pois a atividade que o gerou é tão perigosa, que, se o detentor de sua titularidade exercê-la, permitir que a exerçam, ou deixar de coibir o seu exercício não-autorizado, responderá pelo dano, qualquer que tenha sido a sua causa.

Evidentemente que se trata de uma fórmula radical e que pode levar à iniquidades, grande temor do mestre Hely Lopes Meirelles; mas, talvez seja justificável em casos bastante especiais, como na manipulação de materiais e instalações nucleares ou na manutenção de depósitos de explosivos. Como lembrou Caio Mário:

As experiências atômicas, a céu aberto e no subsolo, o uso de isótopos médicos e fenômenos de radiação atômica, os vazamentos em usinas nucleares, vieram introduzir um dado novo na teoria da responsabilidade civil. E, como a maior parte destas ocorrências reside no plano estatal, percutem necessariamente na responsabilidade civil do Estado.

(...)

Por isso tem merecido cuidados e atenções o estudo dos efeitos da radiação atômica. Uma experiência nuclear lança no espaço uma nuvem radiativa, e a mil quilômetros de distância, e anos depois, observa-se em alimentos vegetais e animais um teor de estrôncio acima dos limites toleráveis, causando enfermidades ou lesões nas pessoas.

Surge, então, a pergunta se se trata de dano indenizável e, ainda, a quem responsabilizar

(...)

*O problema ainda não chegou a adquirir visos de generalidade. Mas já se deve cogitar dele. A instalação de usinas atômicas, o processamento de urânio enriquecido, o desenvolvimento da indústria nuclear já nos advertem sobre a perspectiva de danos atômicos, e nos aconselham a começar a pensar o assunto. E pensá-lo precisamente em termos de responsabilidade civil do Estado, que assume diretamente a atividade e incentiva as operações.*¹⁰⁴

Ou Rui Stoco:

¹⁰⁴ Obra citada, p.133. Grifo não constante do original. O Estrôncio, por ter papel semelhante ao cálcio no metabolismo humano, agrega-se à estrutura óssea. Os isótopos radiativos atuam, então, como fonte de radiação interna, podendo danificar a medula óssea e as células sanguíneas em formação e contribuir para o aparecimento de diversos tipos de tumores.

As atividades nucleares ocupam posição singular no contexto da teoria da responsabilidade, recebendo regulamentação jurídica especial, segundo anota Carlos Alberto Bittar, caracterizada por certos princípios e por normas que destoam do direito comum, em razão da natureza e das infinitas proporções do perigo que em si encerram.”

(...)

Como observou Irineu Strenger, as atividades nucleares importam em perigos tão grandes e conseqüências danosas tão imprevisíveis, que as convenções e as legislações abandonaram por completo, na definição da responsabilidade, o dogma da culpa e, numa demonstração da correlação existente entre responsabilidade objetiva e perigo, abraçaram esse sistema, com uma expressão ainda mais rígida, não admitindo sequer a excludente da força maior (...).¹⁰⁵

Ainda mencionando Carlos Alberto Bittar, Rui Stoco lembra que um dos princípios acerca da responsabilidade por acidentes nucleares, insertos na Convenção de Paris de 12-7-1960, é o da *canalização da responsabilidade*. “Pelo princípio da ‘canalização’ a responsabilidade civil é concentrada em uma só pessoa – o explorador da atividade nuclear – surgindo uma obrigação legal de indenizar, independentemente da culpa ou mesmo da existência de nexo causal.”¹⁰⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello parece não participar deste entendimento. Considera que a responsabilidade por tais danos não se distancia muito, em última análise, dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. Chama tais casos de *danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória*¹⁰⁷. A sua atuação, em tais casos, embora não seja geradora imediata do dano, entra decisivamente em sua linha de causação.

O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou. Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos.¹⁰⁸

Mais adiante, justifica seu posicionamento de que o dano oriundo de tais situações assemelha-se ao dano causado diretamente, pelo fato de que a situação propiciatória foi colocada

¹⁰⁵ Obra citada, p.145-146.

¹⁰⁶ Obra citada, p.146. Grifo não constante do original.

¹⁰⁷ Obra citada, p.628-629.

¹⁰⁸ Obra citada, p.628-629.

pelo próprio Estado, por ato de vontade seu. Exemplifica como situações propiciatórias que ensejam a responsabilidade objetiva: os danos oriundos da explosão de um depósito militar em decorrência de um raio; o vazamento de material radiativo decorrente de avalanche; o caso de assassinato de um presidiário por outro; os danos causados por internos foragidos de um manicômio; etc.¹⁰⁹

Com a vênia e respeito que tão ilustre autor merece, consideramos um tanto quanto “forçada” a argumentação. Nos dois últimos exemplos (assassinato de presidiário e fuga de manicômio), a responsabilidade decorre, segundo pensamos, diretamente de culpa *in vigilando*; não vemos, portanto, razão para criar um arcabouço teórico próprio, quando podem ser enquadradas na teoria da *culpa administrativa*. Em tais casos, a prova da culpa é o próprio fato em si (se a fuga ou o homicídio ocorreram, é porque o Estado não foi diligente no dever de vigilância).

Já nos dois primeiros, a responsabilização do Estado não é suficientemente explicada, tanto pela teoria da culpa como pela do risco, pois os fatos da natureza (raio, avalanche) atuam diretamente na causalidade, excluindo o nexos causal. Há uma atividade do Estado (ação), há também um dano, entretanto, não há nexos causal entre um e outro, o que exclui a responsabilidade, inclusive na modalidade objetiva (estudaremos melhor as excludentes de responsabilidade em item à parte).

A mesma situação se verifica no exemplo (radical, por razões didáticas) mais adiante exposto pelo autor¹¹⁰: o semáforo que abre para os dois lados, em decorrência de um defeito causado por um raio que caíra segundos antes na central de controle. Diz o autor: “(...) em situações deste jaez aplica-se a responsabilidade objetiva, pois o Estado expôs terceiros ao risco oriundo do acatamento do sinal luminoso”. Entretanto, o fato natural quebra o nexos de causalidade, excluindo a responsabilidade. Disso não se pode fugir.

Ora, repulsa ao espírito a possibilidade de que o Estado não se veja responsabilizado. Entretanto, como fazê-lo, sem atentar contra a técnica jurídica? A situação deve ser apreciada sob outro prisma.

¹⁰⁹ Os exemplos estão irregularmente espalhados nas páginas 628 e 629 da obra já citada.

¹¹⁰ Obra citada, p.630.

Em casos que tais, reafirmamos, surge uma nova modalidade de responsabilidade, que prescinde até mesmo do elemento causal: o titular da atividade ou situação irá indenizar sempre que o dano se verificar, pelo simples fato de ser o seu titular.

Fernando Noronha chama este tipo de responsabilidade de “responsabilidade objetiva agravada”:

Existem hipóteses de responsabilidade independente de culpa em que nem a prova da ocorrência de caso fortuito ou de força maior será consentida ao indigitado responsável: dentro da responsabilidade objetiva, seja por direta imposição legal, seja através do estabelecimento de presunções juris et de jure, existe, ao lado da responsabilidade objetiva normal, que cessa quando haja fato do lesado, de terceiro e caso fortuito ou de força maior, uma objetiva agravada, que persiste mesmo perante caso fortuito ou de força maior e até de fatos de terceiros e do lesado.

Temos esta responsabilidade quando uma pessoa é obrigada a indenizar, independentemente de haver um nexo de causalidade adequada entre a sua atividade e o dano acontecido. Fala-se em dano acontecido porque, em rigor, nestes casos não se poderá falar em “dano causado” pela pessoa responsabilizada. Aqui será necessário, para que o indigitado responsável se liberte da obrigação de indenizar, que prove não existir conexão entre o fato acontecido e a atividade por ele exercida.¹¹¹

O autor considera que, nestes casos, o responsável tem uma *obrigação de garantia* ou uma *obrigação de incolumidade*. Cita, como casos em que a responsabilidade objetiva agravada tem sido reconhecida, embora sem unanimidade: a responsabilidade do estabelecimento prisional pela incolumidade do preso, em caso de suicídio ou de assassinato por outros detentos; do hospital pela incolumidade do paciente; do estabelecimento bancário pela incolumidade do cliente, ainda que não correntista; do transportador pela incolumidade do passageiro, ainda que este não tenha adquirido o bilhete; do fabricante ou consumidor pelo chamado acidente de consumo; do proprietário de veículo que não fez seguro obrigatório de responsabilidade civil, mesmo nos casos de acidentes causados por terceiros.

Sem embargo e registrando a devida vênia, em nenhum destes casos parece-nos estar configurada a responsabilidade integral (ou responsabilidade objetiva agravada, na voz do autor), ainda que haja decisões neste sentido. Em nosso entendimento, este tipo de responsabilidade – especialíssima, como expusemos – prescinde do nexo de causalidade e, ao que pensamos, nos casos citados a prova do caso fortuito ou força maior exclui a

¹¹¹ Direito das obrigações, p.42.

responsabilidade. Os casos de suicídio e assassinatos de presos serão analisados pormenorizadamente no último capítulo; os hospitais e bancos, na hipótese da ocorrência de um terremoto que cause injúrias aos pacientes ou clientes, pensamos que estarão isentos de responsabilidade; a responsabilidade do transportador parece-nos estar mais afeta ao não cumprimento do contrato tácito de transporte; nos acidentes de consumo, parece-nos que as excludentes vêm expressas no próprio Código do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11-9-1990; art. 12, § 3º); os casos de acidentes com veículos, nos quais uma das partes não esteja em dia com o recolhimento do seguro obrigatório, parecem enquadrar-se, à primeira vista, num tipo de responsabilidade integral ou objetiva agravada; entretanto, a responsabilidade decorre do não recolhimento do seguro obrigatório, e não do acidente em si, o que nos permitiria considerá-la – apesar do risco da leviandade – quase que um tipo de responsabilidade subjetiva (negligência; o caso merece uma análise mais profunda, reconhecemos, mas não dentro do limitado espaço deste trabalho; de toda forma, trata-se de um caso singular de responsabilidade).

Resumindo nosso entendimento, pensamos que a *teoria do risco integral*, ou *teoria da responsabilidade integral*, ou, ainda, *teoria da responsabilidade objetiva agravada*, constitui-se num tipo de responsabilidade que exige tão-somente a ocorrência do dano para que surja a obrigação de reparar. É caso excepcionalíssimo de responsabilidade, que pensamos deva ser aplicada a casos bastante especiais, tais como os acidentes nucleares e os decorrentes da explosão de um depósito de material explosivo, por exemplo.

16. Excludentes de responsabilidade

Na voz de alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Sylvia di Pietro, por exemplo, em sede de responsabilidade objetiva, em que importa estabelecer o nexo de causalidade, é equivocado o uso que se faz da expressão “causa de exclusão da responsabilidade”, pois estes são, na verdade, fatos que impedem o estabelecimento da causalidade entre a ação ou omissão da Administração e o dano verificado pela vítima. Se não há nexo de causalidade, não há que se cogitar de responsabilidade. Já as causas de atenuação de responsabilidade são, em verdade, causas de atenuação do *quantum* indenizatório, na proporção da culpa com que cada um contribuiu para o evento danoso.

Utilizaremos, entretanto, as expressões causas de “exclusão” ou de “atenuação” da responsabilidade, por se acharem consagradas na doutrina e jurisprudência.

(...) Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente.

Daí ser neste passo que devem ser estudadas as excludentes da responsabilidade. Se o acidente ocorreu não por culpa do agente causador do dano, mas por culpa da vítima, é manifesto que faltou o liame de causalidade entre o ato daquele e o dano por esta experimentado. (...).

*Da mesma maneira no caso fortuito ou de força maior, que, por igual, são excludentes da responsabilidade. (...).*¹¹²

Aqui também não vamos encontrar consenso entre os autores; a divergência se dá com relação a quais fatos constituem causas de exclusão da responsabilidade. Dois deles são bem aceitos pela maioria dos autores: a culpa exclusiva ou concorrente da vítima e a força maior.

Como dissemos anteriormente, tais fatos excluem o nexo de causalidade. No caso da culpa da vítima, se foi ela quem causou, exclusivamente, o dano, então não foi o Estado e, portanto, não se pode exigir indenização. Celso Antônio Bandeira de Mello nos trás um exemplo bastante elucidativo:

*(...) Figure-se que um veículo militar esteja estacionado e sobre ele se precipite um automóvel particular, sofrendo avarias unicamente este último. Sem os dois veículos não haveria a colisão e os danos não se teriam produzido. Contudo, é de evidência solar que o veículo do Estado não causou o dano. Não se deveu a ele a produção do evento lesivo. Ou seja: inexistiu a relação causal que ensejaria responsabilidade do Estado.*¹¹³

Hely Lopes Meirelles também admite expressamente a culpa exclusiva da vítima como excludente da responsabilidade:

Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. (...) O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso

¹¹² Obra e volume citados, p.18. Grifo não constante do original.

¹¹³ Obra citada, p.634.

em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.¹¹⁴

Também Rui Stoco participa desta opinião:

Embora a lei civil codificada não faça qualquer menção à culpa da vítima como causa excludente da responsabilidade civil, a doutrina e o trabalho pretoriano construiu a hipótese (...).

Como ensina Aguiar Dias, a conduta da vítima como fator gerador do dano elimina a causalidade.

Realmente, se a vítima contribui com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar alheio a essa circunstância.¹¹⁵

Orlando Gomes, ao comentar a responsabilidade pela guarda de coisas e animais, nos dá um indicativo acerca das excludentes da responsabilidade. Damos especial ênfase à culpa exclusiva da vítima:

(...) o dono da coisa pode exonerar-se da obrigação de ressarcir o dano, provando “que não é senão o aparente autor do ato ilícito; que não agiu livremente; que ele próprio foi o instrumento de uma força maior, ou, ainda, que foi a própria vítima que causou a lesão à sua integridade física ou patrimonial”¹¹⁶

A jurisprudência tem consagrado este entendimento, que ilustramos com os seguintes julgados:

O Estado indeniza pelo risco administrativo, que está consagrado no art. 107 da CF atual (atual art. 37, § 6º da CF/88), repetindo disposições anteriores. O risco não é integral, pois se admite a prova da culpa da vítima, para elidir ou atenuar a responsabilidade estatal (Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo, 2ª ed., p.530; RJTJSP 37/32 e RT 434/94). Repugnaria ao direito indenizar por ato malévolo do próprio vitimado. (TJSP – Ap.Cível – 2ª C.Cível – j. 8-9-1981).

Ocorrendo culpa exclusiva da vítima que sofreu o dano, deixa de existir o imprescindível nexos causal justificador da atribuição da responsabilidade objetiva do Estado.

(STF – RE – 1ª T. – Rel. Moreira Alves – j. 25-5-1993).¹¹⁷

O que vale para o caso de culpa exclusiva da vítima não se aplica à culpa concorrente. Configura-se, aqui, uma *concausa*, fator que não afeta o nexos causal, mas vai

¹¹⁴ Obra citada, p.557-558.

¹¹⁵ Obra citada, p.68.

¹¹⁶ Obra citada, p.303. Grifo não constante do original.

¹¹⁷ RJTJESP 74/132; JTJ-LEX 145/274.

atenuar o *quantum* indenizatório, na proporção com que cada um contribuiu para a ocorrência do evento danoso.

A força maior produz a mesma consequência que a culpa exclusiva da vítima: comprova a inexistência de nexo causal. Se o dano foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado. Se não foi produzido pelo Estado, então não há que se falar em responsabilidade deste; portanto, também não há que se falar em exclusão da responsabilidade. Como excluir algo que nunca existiu?

O mesmo não se dá com o caso fortuito, ao menos para autores de peso como Sylvia di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, pois, *“sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porquê da incorreta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem.”*¹¹⁸

Para que se estabeleça esta distinção, é necessário que se possa diferenciar, objetivamente, o caso fortuito da força maior. Autores como os citados no parágrafo anterior utilizam a força maior para designar o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma força da natureza irresistível, a exemplo de um terremoto; já caso fortuito estaria mais intimamente ligado a um acidente, a uma álea e, portanto, do mesmo modo imprevisível e inevitável.

Entretanto, esta diferenciação entre caso fortuito ou força maior não está bem cristalizada, havendo mesmo quem repute tais expressões como sinônimas, caso de Aguiar Dias, por exemplo¹¹⁹.

O estudo do tema comporta muito mais do que o apertado espaço de que dispomos neste trabalho. No entanto, podemos adotar a solução do próprio Aguiar Dias, ou seja, passar ao largo de uma análise mais profunda, tendo em mente que a importância das excludentes é verificar se suprimem, ou não, a relação de causalidade. Desaparecido o nexo causal, desaparece a obrigação de indenizar.

¹¹⁸ Mello, Celso Antônio Bandeira de; obra citada, p.635.

¹¹⁹ Obra citada, v.II, p.686.

Na forma prática utilizada pelo autor, um fato poderá, *in concreto*, ser classificado como força maior ou caso fortuito, excluindo a responsabilidade, desde que contenha, ao menos, os dois requisitos essenciais propostos por Arnaldo de Medeiros¹²⁰: a inevitabilidade e a ausência de culpa do agente. Compete ao julgador, diante do próprio fato e das circunstâncias que o envolvem, caracterizá-lo como decorrente de caso fortuito ou força maior, eximindo de responsabilidade o Estado, se não se provar uma sua omissão culposa. Um mesmo fato poderá, em dadas circunstâncias, servir de força maior, ao passo que sob outras circunstâncias, não acarretará a exclusão da responsabilidade.

Outras causas de exclusão de responsabilidade são listadas por alguns autores, sem muita força ou receptividade na doutrina. O fato exclusivo de terceiro é um deles. No dizer de Sílvio Rodrigues, “quando o fato de terceiro é a fonte exclusiva do prejuízo, desaparece qualquer relação de causalidade entre o comportamento do indigitado responsável e a vítima.”¹²¹

Entretanto, pensamos que o fato de terceiro enquadra-se na modalidade de responsabilidade do Estado fundada na culpa administrativa, pois, ainda que exclusivamente praticado por terceiro, deve-se investigar se o Estado deveria impedir a atividade geradora do dano. Este assunto será melhor estudado no próximo capítulo.

Também é citado o cumprimento do dever legal como causa excludente, a exemplo de morte causada por policial numa troca de tiros. Aqui podemos observar a ação, o dano e o nexó de causalidade. Mas, evidentemente que, agindo o policial no estrito cumprimento do dever legal, repugnaria ao direito se tivesse o Estado que indenizar. Entendemos que, da mesma forma que o fato de terceiro, a responsabilização do Estado deve passar, necessariamente, pela investigação da culpa do agente. A responsabilidade aqui, é também subjetiva. Ilustramos:

A responsabilidade objetiva de pessoa jurídica de direito público, prevista na Constituição Federal, não significa seja o Estado responsável, sempre, por dano causado a terceiro por seus órgãos representativos. Não se adotou, no sistema jurídico brasileiro, em tema de responsabilidade civil, a Teoria do Risco Integral.

Se o ato jurídico ilícito do policial fora praticado em legítima defesa, não pertencem ao Estado o dever e a obrigação de indenizar a vítima.

¹²⁰ *Apud* Dias, José de Aguiar; obra citada, v.II, p.687.

¹²¹ Obra e volume citados, p.184-185.

(STF – RE 78.569/PR – 1ª T. – j.15-9-1981 – rel. Min. Firmino Paz – maioria de votos – DJU 10-2-1981, p.9775)

Aceitaremos, então, como excludentes válidas da responsabilidade a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, o que é admitido por boa parte dos autores. Quanto ao fato de terceiro, cumprimento do dever legal, estado de necessidade etc., antes que excludentes, são fatores que exigem uma investigação em sede de responsabilidade subjetiva. Daí que, o simples cumprimento do dever legal, por não conter culpa, não acarretará responsabilidade, diferentemente do excesso culposos, este sim um fator gerador da obrigação de indenizar.

(STF – RE 78.569/PR – 1ª T. – j.15-9-1981 – rel. Min. Firmino Paz – maioria de votos – DJU 10-2-1981, p.9775)

Aceitaremos, então, como excludentes válidas da responsabilidade a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, o que é admitido por boa parte dos autores. Quanto ao fato de terceiro, cumprimento do dever legal, estado de necessidade etc., antes que excludentes, são fatores que exigem um investigação em sede de responsabilidade subjetiva. Daí que, o simples cumprimento do dever legal, por não conter culpa, não acarretará responsabilidade, diferentemente do excesso culposo, este sim um fator gerador da obrigação de indenizar.

17. Evolução histórica

A teoria da irresponsabilidade do Estado nunca foi acolhida no Direito Brasileiro, esta é a opinião abalizada de autores como Sylvia di Pietro, Hely Lopes Meirelles, Celso Bastos, Yussef Cahali e outros, embora encontremos uma ou outra opinião em contrário, como a de Cretella Júnior, que consigna que nos “nos primeiros tempos de nossa vida jurídica (...) a tese da irresponsabilidade do Estado, ou tese feudal, era consequência necessária e direta do regime lusitano despótico (...).”¹²²

O fato é que, a responsabilidade do Estado no direito positivo brasileiro veio num crescendo, acompanhando o próprio desenvolvimento das teorias a respeito. Assim é que as primeiras constituições, de 1824 e 1891, embora não previssem a responsabilidade do Estado, estabeleciam a responsabilidade do agente público em decorrência dos abusos ou omissões praticados no exercício de suas funções.

Leis ordinárias e a própria jurisprudência à época, de sua parte, vieram a consolidar uma responsabilidade solidária do Estado para com os seus agentes causadores de danos, como aqueles causados por estradas de ferro, colocação de linhas telegráficas, serviços de correio etc. A Lei n.º 221, de 20-11-1894, sobre procedimentos judiciais, já admitia, embora de forma velada, a responsabilidade do Estado, ao estabelecer a competência dos juízes e tribunais federais para o processamento e julgamento das causas fundadas em lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União.¹²³

O Código Civil Brasileiro, promulgado em 1916, adotou, segundo a maioria dos autores modernos citados neste trabalho, a responsabilidade subjetiva do Estado, refletindo o pensamento dominante à época. Transcrevemos o artigo 15:

¹²² *Tratado de direito administrativo*, v. VIII, p.276.

¹²³ Cahali, Yussef Said; obra citada, p.28.

Art. 15. As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

A redação imprecisa do artigo propiciou acirradas discussões entre os defensores da tese da culpa civil do Estado e aqueles que já procuravam antever o estabelecimento da responsabilidade sem culpa, com base na *teoria do risco*, como Pedro Lessa, Antão de Moraes, Aguiar Dias e os ministros do Supremo Tribunal Federal Filadelfo Azevedo e Orozimbo Nonato.¹²⁴

Em 1912, o Decreto Legislativo n.º 2.681, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, já houvera estabelecido uma presunção de culpa das ferrovias pelos danos experimentados por seus passageiros em decorrência de acidentes ocorridos nas linhas. Dizia o seu art. 17:

Decreto Legislativo n.º 2.681, de 7-12-1912.

Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário algumas das seguintes provas:

I – caso fortuito ou força maior;

II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

A tese da culpa civil do Estado como requisito para fundamentar o dever de indenizar permaneceu até o advento da Constituição de 1934, que, num tímido progresso, estabeleceu a responsabilidade solidária do Estado para com os atos danosos praticados por seus agentes, preceito repetido na Constituição de 1937.

Somente com o advento da Constituição de 1946 é que o nosso direito positivo consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, pois estabelecia em seu artigo 194 que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros, cabendo-lhe direito de regresso contra aqueles que houverem atuado com culpa.

¹²⁴ Mencionados por Meirelles, Hely Lopes; obra citada, p.559.

Há certa unanimidade neste entendimento, e até, para espanto de muitos, certa uniformidade no argumento deduzido: se o parágrafo único do art. 194 da Constituição de 1946 exige o elemento culpa como requisito para que o Estado exercite o seu direito de regresso contra o funcionário que causar dano, e se omite este elemento no *caput*, local onde afirma a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno, a conclusão lógica é que o elemento culpa não é necessário para que esteja configurada a obrigação do Estado reparar o dano.

As Constituições de 1967 e 1969¹²⁵ repetiram a norma da Constituição de 1946, acrescentando apenas que a ação de direito de regresso será cabível em caso de dolo ou culpa, o que, em todo caso, estaria implícito na expressão “culpa” constante do artigo 194 daquela Carta Política.

18. Panorama atual

Atualmente, o pilar da responsabilidade do Estado no direito positivo brasileiro é a Constituição da República de 1988. Duas regras básicas vigoram, a do art. 37, § 6º, de caráter genérico, e a do art. 21, inc. XXIII, alínea “c”, específica para os danos decorrente de acidentes nucleares. Transcrevemos:

Constituição da República de 5-10-1988.

Art. 21. Compete à União:

I -

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a)

c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

Art. 37.

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹²⁵ Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969, DOU de 20-10-1969, retificada em 21-10-1969. Preferimos, entretanto, manter a sua designação como Constituição de 1969, por entendê-la um novo diploma constitucional, travestido de emenda.

Acha-se consagrada na legislação constitucional, portanto, a anterior orientação doutrinária e jurisprudencial que já se havia desenvolvido em torno da tese da responsabilidade sem culpa do Estado, embora diverjam os autores quanto à sua forma e extensão (risco administrativo v. risco integral; admissibilidade ou inadmissibilidade de excludentes etc.).

A norma consubstanciada no art. 37, § 6º da Constituição de 1988 veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência da responsabilidade objetiva, no caso das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos (fundações governamentais de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista, e concessionários de serviços públicos). Sylvia di Pietro elenca os requisitos para que nasça a responsabilidade do Estado, com base na regra do artigo em comento:¹²⁶

- a) É necessário que se trate de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos;
- b) As entidades precisam ser prestadoras de serviços público; não incide a responsabilidade objetiva, por exemplo, nas relações estritamente comerciais das empresas públicas ou sociedades de economia mista, ainda que delas decorra algum tipo de dano;
- c) É necessário que ocorra um dano em decorrência da prestação do serviço público; este é, na voz da autora, o nexo de causa e efeito;¹²⁷
- d) O dano deve ser causado por agente daquelas entidades, o que abrange todas as categorias de agentes: políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração Pública, não importando o título sob o qual prestam o serviço;
- e) Por fim, é necessário que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; não acarretará a responsabilidade estatal se o agente, ao causar o dano, não estiver no exercício de suas funções.

¹²⁶ Obra citada, p. 414

¹²⁷ Com a vênua devida, pensamos que o dano causado seja o próprio efeito, e não o nexo de causalidade.

Elcio Trujillo, citando Zanobini, coloca a importância da ocorrência de um dano como pressuposto para a responsabilidade do Estado: “a responsabilidade do ente público não pode, em nenhum caso, prescindir de um evento danoso: a só ilegalidade ou irregularidade do ato que se verifique sem danos a terceiros, não pode produzir nenhuma responsabilidade, mas apenas, quando for o caso, a invalidade do ato”¹²⁸. O dano deve ser, ainda, certo e atual, embora alguns autores admitam a indenização de dano futuro, caso a sua ocorrência seja inevitável.

Celso Bastos afirma que a expressão “agente” abrange qualquer pessoa que pratica função pública, ainda que irregularmente investida, como no caso do funcionário “de fato”¹²⁹. Cita, como exemplo, o motorista que utiliza viatura pública para fins particulares. Se vier a abalroar veículo de terceiros, deverá o Estado indenizar.

Celso Antônio Bandeira de Mello, na mesma linha de pensamento, consigna que o título jurídico da investidura do agente não é relevante. “Basta que seja qualificado como agente público, é dizer, apto para comportamentos imputáveis ao Estado (...)”. Não descaracteriza a condição de agente, ainda segundo o autor, o fato de este ter agido movido por sentimentos pessoais ou estranhos à finalidade do serviço, bastando que tenha podido produzir o dano por desfrutar de posição jurídica que lhe resulte da qualidade de agente atuando em relação com o serviço público, bem ou mal desempenhado.¹³⁰

Hely Lopes Meirelles considera que a responsabilidade objetiva do Estado somente cobre os casos de danos causados por seus agentes. Danos oriundos da atividade de terceiros ou de fenômenos da natureza, como as multidões, as enchentes, vendavais etc., somente poderão acarretar a responsabilidade do Estado se configurada a culpa da Administração¹³¹, o que tem recebido o aval da jurisprudência.

Este é também o posicionamento de Sonia Sterman, que publicou trabalho específico sobre a responsabilidade do Estado por danos oriundos de movimentos multitudinários. Diz a autora:

¹²⁸ Obra citada, p.62.

¹²⁹ *Curso de direito administrativo*, p.190.

¹³⁰ Obra citada, p.639.

¹³¹ TJSP: RDA 49/198, 63/168, 211/189, 255/328, 259/148, 297/301; RT 54/336, 275/319. Mencionados pelo autor, obra citada, p.562, notas 21-22.

*Posicionamo-nos de acordo com aqueles que ministram ser o fundamento da responsabilidade do Estado pelos danos causados por movimentos multitudinários, o art. 15 c/c art. 159 do Código Civil e não o art. 37, § 6º da atual Constituição Federal e 107 da Constituição anterior. Com efeito, o texto da atual Constituição não autoriza a interpretação de que atos ou fatos não produzidos por agentes públicos, mas pela multidão, e que causem danos a particulares, estejam cobertos pela responsabilidade objetiva, sob a modalidade de risco integral. (...).*¹³²

Com relação à responsabilidade do Estado por danos oriundos de atividades nucleares, consideramos que a nossa opinião já foi bem explicitada no item 15, ao qual remetemos o leitor.

Sintetizando as idéias expostas neste item, pensamos que, de acordo com os preceitos constitucionais e doutrinários estudados, a responsabilidade do Estado no direito positivo brasileiro está assim configurada, atualmente:

- 1) Vigê, nas relações entre Administração e administrado, o princípio da responsabilidade objetiva, fundada na *teoria do risco administrativo*, como regra geral, podendo o Estado exonerar-se desta responsabilidade provando a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior;
- 2) Especificamente nos casos de danos oriundos de acidentes nucleares, vigê o princípio da responsabilidade fundada na *teoria do risco integral* (ou *teoria da responsabilidade integral*, como preferimos chamá-la), que não admite, sob nenhuma hipótese, a exclusão ou atenuação da responsabilidade;
- 3) Nos casos de danos oriundos da omissão do Estado, à exceção do item anterior, embora vigente a responsabilidade objetiva por disposição constitucional, na prática, aplica-se a responsabilidade subjetiva, dada a necessidade de provar o dever de agir do Estado;
- 4) Nos casos específicos de danos causados por terceiros ou por fatos da natureza, exceto se enquadráveis no item 2 retromencionado, vigê o princípio da responsabilidade subjetiva do Estado, fundada na teoria da culpa administrativa;
- 5) Vigê, nas relações entre Administração e agente causador do dano, o princípio da responsabilidade subjetiva, o que permite ao Estado exercitar o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa daquele.

¹³² Obra citada, p.91.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO
POR SUICÍDIO DE PRESOS SOB SUA CUSTÓDIA

19. Enquadramento do caso

Analisadas as condições e peculiaridades da responsabilidade do Estado, tentemos, agora, enquadrar o caso nas conclusões a que chegamos, no decorrer da dissertação. Antes, porém, repassemos alguns pontos já estudados.

Concluimos, no item 18, que vige, como regra geral, a responsabilidade objetiva do Estado fundada na *teoria do risco administrativo*, com base na norma contida no art. 37, § 6º da Constituição da República. Nessa modalidade de responsabilidade, como vimos, a culpa exclusiva da vítima impede que se forme o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade do Estado. Se foi a vítima quem provocou o dano, então não foi o Estado; se não foi o Estado, então não há que se falar em responsabilidade.

Concluimos, também, que para certos e determinados casos vige a responsabilidade objetiva fundada na *teoria da responsabilidade integral*, ou *teoria do risco integral*, como a denomina Hely Lopes Meirelles. Nessa espécie de responsabilidade, o Estado responde sempre e em qualquer circunstância, ainda que a própria vítima tenha sido a única causadora do evento lesivo.¹³³

Por fim, também concluimos que, embora vigente a regra geral de responsabilização objetiva do Estado, tratando-se de danos oriundos de comportamentos omissivos, na prática, aplica-se a responsabilidade subjetiva, fundada na *teoria da culpa administrativa*, dada a necessidade de se provar que o Estado tinha o dever de agir.

Vejam, então, se podemos enquadrar o caso como responsabilidade objetiva fundada no *risco integral* (*responsabilidade integral*, na nossa definição), nos moldes da responsabilidade vigente para as atividades nucleares, como determina a norma do art. 21, inc. XXIII da Constituição.

¹³³ A conclusão é obra nossa. Queremos lembrar que mesmo Hely Lopes Meirelles, um dos poucos a admitir a existência deste tipo de responsabilidade, a considera abandonada, na prática.

E aí reside o problema: responsabilidade subjetiva exige, por parte do lesado, ou seus sucessores, a prova da culpa da Administração. Mas, pensando o problema em termos práticos, como provar que a administração penitenciária foi omissa? Como provar que as atitudes do preso exigiam um acompanhamento mais próximo, talvez até por um especialista?

Se entre particulares já é bastante difícil comprovar a culpa do causador do dano, que dirá contra a administração de um sistema prisional, ou contra a autoridade policial?

Daí o nosso desejo de ressaltar, nestas linhas finais, o quanto saímos engrandecidos desta pesquisa. A busca de uma fundamentação técnica para as conclusões a que chegamos foi árdua, mas penso que conseguimos criar um quadro bastante lógico e plausível acerca da responsabilidade do Estado no direito brasileiro, e a sua aplicabilidade aos casos de suicídio de presos (sem embargo de que outras opiniões, mais experientes e mais abalizadas deem por terra boa parte de nossos argumentos, e sem a pretensão de nos considerar portadores da verdade última sobre a matéria). Entretanto, quando tentamos transplantar nossos estudos para a prática, deparamo-nos com decisões que parecem, a nosso ver, contrariar ou passar ao largo da melhor doutrina a respeito do assunto.

Fica patente, então, que fatores de ordem outra que não estritamente jurídica influenciam as decisões. A comoção da mídia, a família pobre deixada ao abandono, a degradação humana e social que se transformou nosso sistema prisional etc., todos são fatores que flexibilizam, na mente do julgador, os critérios formais e rígidos necessários para caracterizar a “falta do serviço”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 5ª ed. rev. e at. São Paulo: RT, 1990.
2. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
3. BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: RT, 1985.
4. BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981.
5. CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
6. _____. *Responsabilidade civil do Estado*. 2ª ed. rev., ampl. e at. São Paulo: Malheiros, 1995.
7. CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1992.
8. CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1994.
9. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. rev., ampl. e at. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
10. _____. *Tratado de direito administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, 8v.
11. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16ª ed. at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
12. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 2v.
13. FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. ampl. e at. São Paulo: Saraiva, 1993.
14. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992.
15. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A responsabilidade civil da administração pública*. In: Boletim jurídico travelnet. Internet (world wide web): 20-7-1996, <http://www.juridica.com.br/art22cc96.htm>.
16. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
17. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10ª ed. rev. e at. por Humberto Teodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
18. HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.
19. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Santa Catarina: TJSC, 1996, nº 76, trimestral.

20. LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3ª ed. rev. e at. São Paulo: RT, 1997.
21. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19ª ed. at. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994.
22. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.
23. _____. *Elementos de direito administrativo*. 1ª ed., 4ª tir. São Paulo: RT, 1984.
24. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Parte Geral*. 29ª ed. at., volume 1. São Paulo: Saraiva, 1990, 6v.
25. _____. *Curso de direito civil. Direito das obrigações – 2ª parte*. 24ª ed., volume 5. São Paulo: Saraiva, 1990, 6v.¹³⁸
26. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 10ª ed. rev., at. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
27. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. [s.l.]: [s.n.], [s.d].¹³⁹
28. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
29. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
30. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e at., volume 5. São Paulo: Saraiva, 1985, 7v.
31. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
32. SOARES, Orlando. *Comentários à constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 05.10.1988)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
33. STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado. Movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas*. São Paulo: RT, 1992.
34. STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1995.
35. TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: LED, 1995.
36. WALDO, Dwight (org.). *Problemas e aspectos da administração pública*. Tradução de Albertino Pinheiro. São Paulo: Pioneira, 1966.

¹³⁸ Apesar de fazerem parte de uma mesma coleção, o *Curso de direito civil*, preferimos mencioná-los distintamente, pois cada um dos volumes é atualizado separadamente. As edições, inclusive, são diferentes para cada um dos volumes da coleção.

¹³⁹ Apostila disponibilizada aos alunos do curso de direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Data do acesso às informações: agosto de 1996.