

JOÃO ADILSON NUNES OLIVEIRA

*Responsabilidade Civil do Estado no Brasil: natureza, evolução e perspectivas*

Florianópolis (SC), fevereiro de 2001

JOÃO ADILSON NUNES OLIVEIRA

*Responsabilidade Civil do Estado no Brasil: natureza, evolução e perspectivas*

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito - especialidade Instituições Jurídico-Políticas.

Orientador: Prof. Dr. Nilson Borges Filho

Florianópolis (SC), fevereiro de 2001.

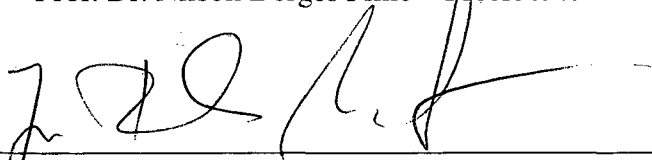
JOÃO ADILSON NUNES OLIVEIRA

**Responsabilidade civil do Estado no Brasil: natureza, evolução e  
perspectivas**

Dissertação aprovada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela Banca Examinadora formada pelos seguinte professores:

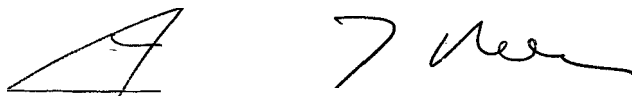
---

Prof. Dr. Nilson Borges Filho – Presidente



---

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite - Membro



Prof. Dr. Aíl's Rover - Membro



Prof. Dr. Christian Guy caubel  
Cpsrôtnador CPGD/CCJ/UFSC

Florianópolis, abril de 2001.

## AGRADEÇO

A Deus, por sua imensa generosidade.

Ao Prof. Dr. Nilson Borges Filho, pelo apoio, orientação e, principalmente, pela confiança depositada no orientando.

Aos colegas e amigos, pela colaboração e estímulo.

## DEDICO

À minha mãe, Joana Nunes, em sua memória.

Aos meus filhos Suzanne e Cyro, tesouros com os quais Deus me agraciou.

## RESUMO

Um dos temas que mais tem gerado acalorados debates doutrinários diz respeito à responsabilidade do Estado perante seus administrados, em decorrência de danos a estes causados por seus agentes, notadamente, no seu aspecto mais atual - a responsabilidade objetiva - sedimentado após sucessivas mudanças nos textos constitucionais brasileiros.

O tema que se propõe desenvolver neste trabalho insere-se no amplo espectro da responsabilidade do Estado por danos a terceiros - um realce à responsabilidade subjetiva e o momento de sua ocorrência - com especial enfoque na importância da culpa em alguns aspectos da responsabilidade estatal.

Busca-se- discorrer, pois, sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, excluindo-se a responsabilidade contratual, que está relacionada com os contratos celebrados pela Administração e que mereceria estudo apartado. ~

O objetivo, pois, é mostrar que, a par da responsabilidade objetiva do Estado e das teorias que a informam, não se pode olvidar que, em algumas situações ou circunstâncias especiais, só será possível uma reparação por parte do Estado prostando-se a culpa deste, visto tratar-se de elemento que permeia, em regra, a noção que temos de responsabilidade.

Este trabalho está dividido em três momentos principais, a começar por um panorama geral da responsabilidade civil, com seu conceito, espécies e estrutura, para melhor compreensão do instituto e, via de consequência, do estudo do tema proposto. Num segundo estágio, procura-se demonstrar, ao longo da história, e a par da desejável função social do Estado, como se construiu a responsabilidade civil da Administração, evidenciando sua evolução, com apoio em diversas teorias.

Por fim, incursionando pelos textos legislativos brasileiros - especialmente suas Constituições - relacionados à responsabilidade civil do Estado, privilegia-se o conceito de culpa, associado ao tema em questão, apreciando sua relevância nesse contexto.

## RESUMEN

Uno de los temas que más han generado acalorados debates doctrinarios se refiere a la responsabilidad del Estado ante sus gobernados, debido a los daños causados a estos por sus agentes, principalmente, en su aspecto más actual - la responsabilidad objetiva - sedimentado tras sucesivos cambios en los textos constitucionales brasileños.

El tema que se propone a desarrollarse en este trabajo se insiere en el amplio espectro de la responsabilidad del Estado por daños a tercera persona - un realce a la responsabilidad subjetiva y el momento de su ocurrencia - con enfoque especial en la importancia de la culpa en algunos aspectos de la responsabilidad estatal.

Se busca discurrir, pues, sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, excluyéndose la responsabilidad contractual, que está relacionada con los contratos celebrados por la Administración y que merecería estudio apartado.

El objetivo, pues, es mostrar que, estando al corriente de la responsabilidad objetiva del Estado y de las teorías que la informan, no se puede olvidar que, en algunas situaciones o circunstancias especiales, sólo será posible una reparación por parte del Estado probándose la culpa de este, visto que se trata de elemento que interpone, en regla, la noción que tenemos de responsabilidad.

Este trabajo está dividido en tres momentos principales, empezando por un panorama general de la responsabilidad civil, con su concepto, especies y estructura, para mejor comprensión del instituto y, por consecuencia, del estudio del tema propuesto. En un segundo instante, se busca demostrar, al curso de la historia, y al corriente de la deseable función social del Estado, cómo fue construida la responsabilidad civil de la Administración, evidenciando su evolución, buscando apoyo en diversas teorías. ^

Por fin, visitando los textos legislativos brasileños - especialmente sus Constituciones - relacionados a la responsabilidad civil del Estado, se privilegia el concepto de culpa, asociado al tema en cuestión, apreciando su relevancia en ese contexto.





## INTRODUÇÃO

A grande mudança que se operou no consciente coletivo brasileiro a partir da instauração de uma nova ordem jurídica, que privilegiou, ao menos em tese, os direitos individuais e coletivos, fez renascer no cidadão a consciência desses direitos, inclusive das garantias que os asseguram, saindo do torpor e receio até então vividos, para a manifestação livre das idéias e reivindicações.

É de todo conveniente ressaltar que, muito embora autores de renome se tenham debruçado sobre as questões relativas à responsabilidade civil desde um passado não muito próximo, o exercício do direito subjetivo à reparação de eventuais danos injustamente sofridos, principalmente contra os entes públicos, somente ganhou corpo após o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Assim, avolumaram-se nos pretórios os pedidos de indenizações (já incluindo os resultantes de danos de natureza moral) tanto contra particulares, como em desfavor das pessoas jurídicas de direito público e privado. Daí a atualidade e importância do estudo dos mecanismos postos à disposição do cidadão, no que diz respeito à responsabilidade civil.

A responsabilidade civil do Estado tem sido tema dos mais controvertidos nos tribunais, fonte de intermináveis discussões doutrinárias, notadamente no seu aspecto mais atual - a responsabilidade objetiva - sedimentado após sucessivas mudanças nos textos constitucionais brasileiros.

O tema ora proposto - *Responsabilidade Civil do Estado no Brasil: natureza, evolução e perspectivas* - busca atrair para o campo da discussão a responsabilidade subjetiva da Administração, vez que não pode ser, ignorada ao argumento de que hoje a responsabilidade estatal cinge-se à teoria objetiva.

Procura-se, neste trabalho, dar enfoque à responsabilidade *extracontratual* do Estado, deixando de abordar a responsabilidade *negociai*, dela apenas fazendo referência como oposição à primeira.

Nesse passo, ver-se-á mencionar ao longo do desenvolvimento deste trabalho as expressões “responsabilidade do Estado”, “responsabilidade do Poder Público”, “responsabilidade estatal”, “responsabilidade do ente público” e “responsabilidade da Administração”, pretendendo-se, como isso, também, não especificar as funções públicas - Executiva, Legislativa e Judiciária -, resolvendo-se o trabalho no plano genérico.

Pretende-se, pois, privilegiar a culpa, enquanto pressuposto da responsabilidade subjetiva, no âmbito da responsabilidade civil do Estado, sem entraves à tranqüila admissão da teoria objetiva assinalada pelo risco administrativo.

O trabalho final está redigido em três capítulos, com seus subtítulos: no primeiro, teve-se a preocupação de apresentar ao leitor uma visão panorâmica da responsabilidade civil, -trazendo noções conceituais, os elementos que compõem, com destaque para o *fato antijurídico*, o *dano* e a *relação de causalidade*. Também não se descarta a necessidade de as “espécies” de responsabilidade civil, e as possibilidades de exclusão do dever de reparar.

Uma vez apresentada a estrutura sobre a qual se assenta o tema que se pretende desenvolver, no segundo capítulo inicia-se o percurso pela responsabilidade civil do Estado, com sua evolução histórico-doutrinária verificada em âmbito universal, quando então se abordará, sem o compromisso de esgotar o assunto, as diversas teorias que informaram o instituto jurídico em questão.

O último capítulo será dedicado à responsabilidade civil do Estado em face do Direito brasileiro, tendo como supedâneo as Constituições apresentadas ao povo brasileiro, desde o período Imperial até os dias atuais.

Nesse cenário, retoma-se a discussão em torno das teorias acerca da responsabilidade objetiva - risco administrativo e risco integral , estabelecendo suas diferenças básicas e adaptação ao texto constitucional atual.

A partir de um conceito de culpa, busca-se discorrer sobre os aspectos ensejadores de uma responsabilidade subjetiva do Estado, como uma verdadeira variante, partindo-se da regra geral - a responsabilidade objetiva.

Destarte, expõe-se a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como discorre-se, ainda que de modo perfunctório, sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Outrossim, abordar-se-á a culpa da vítima como excludente de responsabilidade do Estado, bem como o concurso culposos daquela na causação do dano, mitigando o valor indenizável e, ainda, a culpa do agente como pressuposto do direito regressivo em favor do Estado.

Para a concretização do texto que ora se apresenta, utilizou-se do método de pesquisa indutivo, valendo-se como técnica de pesquisa a recuperação bibliográfica, com recurso à doutrina e à jurisprudência pertinente ao tema, bem como aos textos de lei.

Por fim, esclarece-se que os posicionamentos teóricos adotados no presente trabalho são de absoluta responsabilidade do autor, não implicando endosso do Prof. Orientador, da Banca Examinadora, tampouco do CPGD-UFSC.

## CAPITULO I

### RESPONSABILIDADE CIVIL - NOÇÕES BÁSICAS E ESPÉCIES

#### 1.1 O conceito de responsabilidade civil

A vida em sociedade implica compartilhar os bens disponíveis, qualquer que seja a natureza destes, observando-se os limites traçados por um determinado ordenamento jurídico. A convivência social estabelece os espaços permitidos à fruição da liberdade por parte do indivíduo, delimitando pois, seu alcance. Uma transgressão a essa delimitação significa uma lesão aos bens daquele que compartilha o ambiente comum. Deve-se pois, pautar o comportamento individual com observância ao direcionamento de seus efeitos. Neste raciocínio pode ser enquadrada a definição de *responsabilidade* encontrada em Abbagnano: “possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão”<sup>1</sup>.

A responsabilidade, pois, decorrendo inexoravelmente dos fatos que emergem da vida em sociedade, acaba por representar um importante aspecto dessa realidade social. Para José de Aguiar Dias<sup>2</sup> a responsabilidade é um fato social.

Explicando que responsabilidade é um termo complementar à noção de dever ou obrigação, para esse autor, “a responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad, de Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 855

<sup>2</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense.

<sup>3</sup> Idem, p. 2

Assim, o policiamento da própria conduta é uma exigência do convívio social, no sentido de que o comportamento individual não invada a esfera dos direitos alheios, causando prejuízo. Existe, pois, um dever moral negativo, ou seja, um dever de não causar prejuízo a outrem, expresso na máxima latina *neminem laedere*.

Anterior à responsabilidade jurídica situa-se, então, a responsabilidade moral, que se revela num campo mais estritamente individual, ao passo que aquela vem situar-se numa concepção social, ou seja, é produto do desenvolvimento da vida em sociedade.

Transportado esse dever moral de não lesar para a esfera jurídica, construiu-se a noção de responsabilidade civil<sup>14</sup> assentada numa sanção consistente na obrigação de reparar o prejuízo causado a terceiro. Com efeito, importa para o mundo jurídico manter o equilíbrio social e, com o ajfarato normativo, restabelecê-lo quando rompido pela conduta comissiva ou omissiva de um dos componentes da sociedade.

Pode-se perceber que o conceito de responsabilidade civil está, assim, ancorado na reparabilidade dos danos - seja de ordem material ou moral - que um indivíduo provoque na esfera dos direitos de outro, sem que, *a priori*, se indague de suas causas. Em outras palavras, é o dever de reparar que se imputa a alguém pelo dano causado pela própria conduta ou pelo atuar de outrem.

Cabe, desde logo, e para não dar lugar a uma situação paradoxal, explicar que o dever de reparar, conforme acima mencionado, poderá emergir em decorrência de danos causados por terceiros, pelos quais alguém irá se obrigar, como nos casos dos pais pelos filhos, dos tutores pelos pupilos, dos patrões pelos empregados, que nessa circunstância

<sup>14</sup> Etimologicamente, o vocábulo responsabilidade tem sua origem no latim *responclere*, que por sua vez contém a raiz *spondeo* que, para o direito romano seria a fórmula pela qual o devedor se vinculava a uma obrigação assentada num acordo verbal. À respeito, cf José de Aguiar DIAS, Ob. cit.

agirem. E, nesse prisma, se insere a responsabilidade do Estado pelos seus agentes, objeto deste trabalho.

A natureza da responsabilidade pode ser determinada a partir de seu fim precípua de restabelecer um equilíbrio desfeito por um evento que fez surgir um prejuízo para um membro da sociedade. Com efeito, além da tentativa de fazer retornar ao estado anterior uma situação injustamente alterada, a responsabilidade civil presta-se também ao estabelecimento de uma pena àquele que se situa na posição de causador do evento.

Esta característica carrega traços históricos da evolução da responsabilidade civil, que nem sempre existiu de forma autônoma. Ao se pesquisar seu surgimento, constata-se que a responsabilidade civil esteve inicialmente atrelada à responsabilidade penal, situação que perdurou por longo tempo de sua evolução.

É no Direito Romano - fonte mais visitada pelo direito atual - que se vai encontrar o registro mais concreto do surgimento da responsabilidade civil, apesar de não ser característica dos romanos as construções teóricas. Caio Mário da Silva Pereira relata que o Direito Romano se construiu a partir de casos específicos, “das decisões dos juizes e pretores, respostas dos juriconsultos, constituições imperiais V; que os romanistas de todas as épocas, remontando às fontes e pesquisando fragmentos, tiveram o cuidado de utilizar, extraindo-lhes os princípios e desta sorte sistematizando os conceitos”.<sup>1</sup>

Entretanto, há vestígios desse tema em épocas anteriores, como é caso do Código de Hamurabi (Mesopotâmia), de onde surgiu a idéia da punição do mal pelo mal equivalente, com os mesmos traços do Código de Manu, bem como não diferencia do direito

Hebreu. Por seu turno, os gregos, mais avançados, legaram a idéia de reparação assentada na constatação objetiva do dano, independentemente da ofensa a uma norma pré-estabelecida.<sup>^</sup>

A noção de responsabilidade, então, que abrangia tanto a responsabilidade penal quanto a civil, repousava, para os romanos, na noção do delito (*delicta*). Enumerava-se, assim, algumas figuras delituais puníveis: *furtum, noxia et iniuria*.

A forma de punição, ou retribuição pelo mal causado, inicialmente, era da esfera dos particulares, ou seja, conforme explica Alvino Lima,

“forma primitiva, selvagem, talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal. E a vingança pura e simples, a justiça feita pelas próprias mãos da vítima de uma lesão, ou seja, a pena privada perfeita, (...) porque tudo depende do agressor”.<sup>^</sup>

A fase seguinte à vingança privada é a da juridicização desta, isto é, o poder público reconhece esta forma de solução em prol do lesado, mas interferindo, no sentido de permitir ou proibi-la, quando fosse o caso. A pena de talião, contida na Tábua **Vni**, 2<sup>a</sup> lei, da Lei das XII Tábuas, é o exemplo concreto da interveniência do Estado (convém ressaltar que não se conhecia, à época, o termo “Estado” com o significado aqui utilizado).

A fase seguinte é a da composição voluntária, pela qual a vítima concede ao ofensor a oportunidade de oferecer um resgate (*poena*), em dinheiro ou coisas, como forma de reintegração do dano causado. Novamente a autoridade pública regula essa forma de reparação do mal, fixando o valor da pena, conforme cada caso concreto (Lei das XII Tábuas).

Veja-se que a preocupação da autoridade pública tinha por objetivo a punição do culpado, e não a satisfação da vítima e de sua família. Assim, assegurada formalmente a

Ob. cit. p. 1

<sup>^</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2 ed. rev. e al. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 19-20

pena ao ofensor, o aspecto civil da responsabilidade começava a se distanciar do penal. Isto <sup>8</sup> porque a base dessas penas, ainda que pecuniárias, eram os delitos.

Face à insuficiência do rol dos *delicta* até então tipificados pelos romanos, em razão do desenvolvimento da respectiva civilização, algumas situações já não encontravam solução correspondente, razão pela qual foram sendo acrescentadas outras figuras, que não consistiam propriamente em delitos, mas fatos de natureza mais leve que podiam ensejar danos a terceiros, passíveis, portanto, de correspondente reparação. —

Dessa forma, a responsabilidade civil deu seus passos no -sentido de desvincular-se da responsabilidade penal, que tem no direito atual contornos próprios. Com efeito, para que alguém seja responsabilizado penalmente, sua conduta deve amoldar-se a uma situação proibida por uma norma anteriormente posta. Diferentemente, a responsabilidade, no âmbito civil, surgirá do rompimento de uma regra geral de não lesar, isto é, existe uma noção de responsabilidade civil ampla, pela qual todos estão obrigados a se abster de causar dano a outrem.

Inexistente neste trabalho a preocupação precípua de exaurir todas as diferenças entre a responsabilidade civil e a penal, não se pode deixar de evidenciar que a responsabilidade penal volta-se para a conduta daquele que pratica o ilícito (neste caso, a ação não é, simplesmente antijurídica), enquanto a responsabilidade civil direciona-se para a satisfação da vítima lesionada.

Assim, tem-se que a responsabilidade civil é independente da responsabilidade penal, de maneira que poderá ocorrer a primeira sem que se verifique a segunda. O raciocínio é que, embora determinada conduta não esteja elencada como um ilícito penal, ainda assim poderá causar um mal injusto a terceira pessoa. A antijuridicidade do fato estará exatamente

<sup>8</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit. p. 3



no mal injustamente causado. Tal regra aparece nítida no art. 1525, do Código Civil Brasileiro<sup>®</sup>, embora ali se perceba que, mesmo declarando a independência da responsabilidade civil em face da penal, estabelece uma exceção: a de que, uma vez provada a responsabilidade penal, não se discute mais no âmbito civil, bastando demonstrar e quantificar o dano para *ÍKitx jus* à reparação. Isto se explica e se justifica porque, via de regra, a infringência a uma norma penal acaba por ensejar danos na esfera civil. —

## 1.2 Elementos (ou pressupostos) da responsabilidade civil

De início, esclareça-se que não há qualquer distorção semântica no fato de se colocar num mesmo plano conceituai as categorias *elementos* e *pressupostos*, isto porque os elementos que estruturam a responsabilidade civil acabam por representar os próprios alicerces de sua existência na seara jurídica, como se verá a partir da análise de cada um deles.

Outro ponto a esclarecer é que, dentre os elementos (ou pressupostos) que estruturam a responsabilidade civil serão apresentados, neste primeiro momento, o *fato antijurídico*, o *dano* e a *relação de causalidade*. O leitor iniciado no tema poderá questionar, desde logo, a inexistência do elemento *culpa* entre os listados acima.

Ocorre que, *a priori*, estar-se-á discorrendo sobre a responsabilidade civil *geral*. A culpa, como se verá passos adiante, é elemento definidor da responsabilidade *subjetiva* (derivada de ato ilícito), que será estudada no subtítulo 1.3.2.

<sup>®</sup> Art. 1525. A responsabilidade civil é independente da criminal.; não se poderá, porém, questionar mais.sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

### 1.2.1 O fato antijurídico

Contendo noção mais ampla, a expressão *fato antijurídico* é a que melhor exprime o evento causador do dano, consistindo, segundo Noronha, no “fato que ofende direitos de outrem, de forma reprovada pelo ordenamento jurídico. Pode ser (e em regra será) um fato humano, culposo ou não, mas também poderá ser um fato natural.

\_ Tém-se que o dano, que é a razão imediata da necessidade de reparação, nasce a partir de um evento que tenha eclodido através da conduta - comissiva ou omissiva - de alguém ou de um fato originado da natureza. O que importa salientar é que esse evento, - que redundou em prejuízo - seja antijurídico. Esta antijuridicidade se verifica na contrariedade objetiva ao direito. Não se cogita, por enquanto, num juízo de censura com relação à conduta que ensejou o dano. Aqui, a antijuridicidade atinge apenas o fato. Equivaleria a dizer que determinado dano foi injusto.

Não é incomum a utilização em doutrina e na legislação da expressão “fato ilícito” com a mesma finalidade acima apontada, ou com o mesmo significado. Porém, fato ou ato ilícito seria aquele que estaria contrariando uma norma pré-estabelecida, além de se relacionar com a culpa do agente<sup>10</sup> o que remete ao estudo da responsabilidade subjetiva, mais adiante; e a obrigação de indenizar, nasce do rompimento de um dever geral de não lesar, ou seja, nem sempre a responsabilidade surgirá de atos ilícitos, ou contrários à lei, podendo -ocorrer pela prática de atos lícitos, sem que esta particularidade seja suficiente para eximir o agente de eventual obrigação de reparar o mal daí decorrente. Noutra vértice, pode ocorrer de se praticar atos ilícitos, para os quais não se cogitará de responsabilidade civil, vez que, embora contrários a um . comando legal, não ensejam danos. Pode-se exemplificar

<sup>10</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: responsabilidade civil*. Florianópolis: não publicado, p.272

mencionando o condutor de veículo que trafegando na contramão de direção, estará infringindo norma de trânsito, mas receberá apenas a sanção administrativa (multa), se assim se conduzindo não abalroar outro veículo ou atropelar um pedestre. Do mesmo modo, um fato pode ensejar um ilícito penal, sem contudo canalizar-se para a responsabilidade civil, vez que ausente o dano (é o exemplo de alguns tipos penais que ensejam crimes formais ou de mera conduta).

Assim, conforme leciona Noronha, “esta-antijuridicidade é dado de natureza objetiva: existe quanto o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura possa estar presente e ser referido a alguém”.

Dessa forma, o conceito de ato antijurídico, por ser mais amplo, engloba o de ato ilícito e, por conseguinte, presta-se como elemento ou pressuposto da responsabilidade civil geral, que abrange a responsabilidade subjetiva (pautada no ato ilícito) e a responsabilidade objetiva.

A natureza da conduta do agente (dolosa ou culposa), e portanto aquela que poderá encerrar um ato ilícito, será objeto de análise quando da abordagem em torno das espécies de responsabilidade civil, momento em que se deterá no estudo da responsabilidade subjetiva.

### 1.2.2 - O Dano

A existência de um dano é condição essencial para que se possa falar em dever de reparar, de indenizar ou ressarcir. Como soa curial, inexistindo prejuízo, também nada haverá para ser reparado ou qualificado como objeto de indenização. Salienta Aguiar Dias que se trata de verdadeiro truísmo", mas que não pode ser ignorado, uma vez que a caracterização do dano nem sempre ocorrerá isenta de dificuldades.

Frisando que o dano é um elemento essencial na etiologia da responsabilidade civil. Caio Mário acrescenta que:

“Como requisito do dever de reparação, no seu conceito não se insere o elemento quantitativo. Está sujeito a indenizar aquele que causa prejuízo em termos matematicamente reduzidos, da mesma forma aquele outro que cause dano de elevadas proporções. É o que, resulta dos princípios, e que é amparado na jurisprudência, nossa e alheia. A importância qualitativa do dano, de resto, é muito relativa. Cifra que para um indivíduo de elevada resistência econômica tem significação mínima, para outro, de minguados recursos, representa valor ponderável. O que orientará a justiça, no tocante ao dever ressarcitório, é a lesão ao direito ou interesse da vítima, e não a sua extensão pecuniária. (...) Nem por isso, todavia, é despicienda a valoração do prejuízo .

A importância na demonstração do dano como pressuposto de qualquer indenização é evidenciada por Cavalieri Filho, cujo alerta se transcreve:

“Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a

todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar”.

A propósito da utilização das expressões ressarcimento, reparação e indenização, é oportuna a explicação dada por Montenegro:

“Tornou-se comum na linguagem forense, o uso indiscriminado dos termos indenização e ressarcimento, para expressar a mesma idéia de reparação. Na técnica jurídica, porém, urge estabelecer precisões. O ressarcimento tem caráter sancionatório, em face da injustiça do dano. Ao contrário, a indenização visa a evitar um injustificado empobrecimento que alguém pode sofrer em razão de um ato lícito de outrem, donde se dispensa a referência a dano. Na reparação inexistente o elemento de equivalência em relação ao dano inferido, por isso os autores se servem deste termo para referir-se à satisfação em dinheiro que se arbitra em favor da vítima de um dano moral, *pecunia\_doloris*”<sup>J</sup>

O dano pode ser apreciado a partir de duas concepções, uma vulgar e outra jurídica, conforme demonstra Fischer<sup>^</sup>. Assim, pela concepção vulgar, o dano seria o prejuízo que alguém sofre em qualquer âmbito, seja na sua alma, no seu corpo ou nos seus bens, não se questionando quem seja o autor do evento que o provocou. Considera-se, aqui, até mesmo a auto-lesão, ou seja, o dano provocado a si mesmo. Por outro lado, pela concepção jurídica, embora partindo da mesma premissa anterior, o dano se distingue pela característica fundamental de ser justificativa de uma pena ou dever de reparação que se imporá àquele que o causou, não se admitindo esse dever a quem cause um prejuízo a si mesmo.

A noção de dano, que deve ser certo e nunca hipotético, está dicotomizada em dano material e dano moral, imaterial ou não patrimonial.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo; Malheiros, 1998, p.70/71  
<sup>J</sup>MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C.. *Ressarcimento de Danos*. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural. 1992. p. 229  
<sup>^</sup>FISCHER, Hans Albrecht. *Reparação dos Danos no Direito Civil*. Trad. de Ferrer de Almeida. São Paulo, 1938. p. 9

*Dano material* é aquele que repercute no patrimônio do lesado, seja de forma direta ou indireta. Com efeito, pode ocorrer que o prejuízo se faça sentir diretamente na ofensa aos bens que compõem o patrimônio da vítima, diminuindo imediatamente seu valor, como nos casos de destruição parcial ou total de bens que o compõem.

Pode ocorrer, entretanto, que a lesão atinja bens que não se alinham àqueles que se incluem no acervo patrimonial, como é o caso de uma lesão corporal, cuja recuperação demanda gastos com hospitais, médicos, medicamentos, além da paralisação das atividades econômicas, o que não a descaracteriza como prejuízo material, sem embargo da eventual "caracterização de dor moral em face do mesmo motivo, o que enseja outra classificação - o dano moral.

Ainda sob o prisma do dano material, registre-se a classificação em *danos emergentes* e *lucros cessantes*, interpretação que se dá ao dispositivo inserto no art. 1.059 do Código Civil Brasileiro, nestes termos; “Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresse, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Danos emergentes são, portanto, aqueles que desde logo se fazem sentir no patrimônio da vítima, que de forma efetiva e imediata lhe causam uma diminuição. Para mensurá-lo basta ter-se em conta o valor que tinham os bens atingidos antes do evento e o valor posterior a este. A diferença representará o prejuízo experimentado.

O lucro cessante diz respeito, por sua vez, ao patrimônio futuro da vítima, cuja expectativa foi alterada pelo evento danoso, não se confundindo, entretanto, com um dano

hipotético ou eventual. Neste caso, devem ser consideradas, objetivamente, as possibilidades concretas de realização de lucro futuro, impedidas em razão da eclosão do inoportuno fato.

Novamente, a respeito, pode-se servir da definição de Cavalieri Filho:

“Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado”.<sup>18</sup>

Não foi por acaso que o legislador - no art. 1059 do Código Civil, já mencionado - se utilizou da expressão “razoavelmente deixou de lucrar”, eis que estabeleceu o princípio da razoabilidade como parâmetro definidor desse ganho provável. Não se exigirá, assim, um cálculo matemático extremo de reparos, mas também não se poderá estabelecer valores livres e ao sabor da conveniência do interessado. O bom senso, aliado às circunstâncias objetivas de cada caso é que poderão nortear essa verificação.

Para melhor compreensão, o exemplo a seguir será bastante útil: considere-se que um motorista de praça tenha seu veículo (taxi) abalroado injustamente por terceiro, sofrendo avarias mecânicas que impliquem recolhimento a uma oficina especializada durante duas semanas. Veja-se que é possível desde logo aquilatar os danos emergentes, que consistirão no prejuízo decorrente dos gastos no conserto do veículo; os lucros cessantes, por sua vez, se verificam pela paralisação das atividades de taxista por duas semanas, sem nada receber. Até mesmo a depreciação do veículo em decorrência dos danos poderá entrar nessa consideração.

O *dano moral*, por sua vez, relaciona-se, em princípio, com os direitos da personalidade. Tais direitos dizem respeito às características individuais de cada um, sejam

físicas ou psíquicas. O respeito a esses direitos é que proporcionam ao indivíduo a sua integração e convívio no meio social, fato que o Direito não deve deixar sem proteção.

Nesse diapasão, devem ser considerados como danos morais as ofensas aos seguintes bens jurídicos, considerados por Limongi França: a vida, o corpo e suas partes individualmente consideradas, a higidez física e psíquica, a imagem, a voz, o cadáver, a locomoção, as liberdades em geral (expressão, culto, credo, etc.), a intimidadeT'os segredos (individuais e profissionais), a reputação (ou boa fama), o nome, a dignidade pessoal, a integridade moral.

Nesse passo, o fundamento da reparação a título de danos morais se estriba, no dizer de Carlos Alberto Bittar, na “necessidade de preservação da individualidade, a fim de que se mantenham íntegros os valores individuais e sociais da pessoa humana e possa ela, assim, cumprir os respectivos fins na sociedade”.<sup>16</sup>

Mas, o dano moral não se restringe a esses aspectos apenas. É muito mais amplo e diz respeito a todo e qualquer sofrimento não derivado de perda patrimonial, como a dor, a angústia, os constrangimentos provenientes de conduta alheia.

Embora possa parecer pacífica a aceitação da ressarcibilidade do dano moral, constatou-se, contudo, rastros de insurreição quanto a tal possibilidade (Chironi, Baudry-Lacantinèri et Barde)<sup>17</sup>, ao argumento de que a dor, o sofrimento, a honra não são passíveis de estimação em dinheiro. Essa atribuição de um preço à dor, repudiada por alguns autores, é comumente conhecida como *pretium doloris*.

Mais preciso com relação a esses argumentos contra a reparação do dano moral, Bittar os elenca da seguinte forma:

<sup>16</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil Por Danos Morais*. 3 ed. rev. atual, e ampl. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 69/70.

<sup>17</sup> *apud* DIAS, José de Aguiar. Ob., cit. p. 747/748



“...a) inexistência de preço para a dor; b) contrariedade à Moral de atribuição de valor pecuniário para a dor, a honra ou outro elemento desse porte; c) impossibilidade de sistematização dos diferentes reflexos negativos provocados, em concreto, nas pessoas; d) impossibilidade de mensuração prática desses reflexos; e) impossibilidade de prova de danos morais; e f) arbitrariedade do juiz na fixação de eventual valor de reparação.””

Nos dias atuais, os fundamentos negativistas acima transcritos não resistem aos argumentos contrários, ainda que desprovidos de maior complexidade, mas suficientes para retirar-lhes a sustentabilidade científica.

Assim, quanto às escusas para a inadmissão da reparação dos danos morais - a iniciar pela inexistência de preço para a dor - a doutrina favorável demonstra que a reparação de danos morais não implica a fixação de preço para o sofrimento, não atentando, também, contra os princípios da moral. Explica Bittar que, no caso, “funciona a teoria da responsabilidade civil, no fundo, como um sucedâneo jurídico, para a recomposição patrimonial ou a compensação moral do lesado”.

Ainda acerca do mencionado *pretium doloris*, sustenta Bittar que

“Pode, às vezes, assim ocorrer; mas, ao revés, na maior parte ~ dos casos, a prestação original, ou o bem violado, não mais são possíveis de realização, ou de perfeita recomposição, de sorte que a indenização recebida vem propiciar ao lesado satisfação pela perda havida. Ora, essa satisfação coaduna-se com os princípios morais, na medida em que se propiciam aos lesados lenitivos, confortos, prazeres e outras sensações, ou sentimentos aliviadores, que, através da moeda, se podem obter, como os experimentados em viagens, terapias, leituras e outras tantas”.

Soa até óbvio que a dor, e o sofrimento não podem ser mensurados, eis que sua existência, ínsita ao espírito humano, e que, pela observação das circunstâncias é possível ao julgador constatá-la em cada caso.

O grau ou a intensidade da ofensa moral não tem relevância para que se perceba seu alcance na pessoa do lesado. A impossibilidade de mensuração dos reflexos negativos provocados não representa, assim, qualquer óbice à reparação do dano moral. O que importa, no caso, é que, uma vez reconhecido que o fato atingiu bens da esfera espiritual de alguém, no sentido de causar-lhe constrangimentos, dor, sofrimento e outros consectários psíquicos, é devida a reparação, independente de existir instrumentos hábeis à sua precisão numérica.

Quanto a esse particular, a proximidade e o contato com as partes envolvidas dará subsídios ao magistrado para que possa dosar o *quantum* indenizatório que atenda a tal desiderato. Nesse mesmo passo, não se pode qualificar a missão do juiz, ao aquilatar, segundo as regras da razão, o valor do ressarcimento, de simples arbitrariedade. Se o legislador ainda não disponibilizou regras mais objetivas para a quantificação - tarefa árdua - uma das funções do juiz será a de, reunindo os elementos de que dispõe - estabelecer a quantia que julgar necessária e suficiente à reparação.

A discricionariedade que o magistrado tem nas mãos, em casos que tais, deverá, contudo, obedecer parâmetros que se ancoram em dois princípios básicos da responsabilidade civil: a vedação do enriquecimento sem causa do lesado, a par da proibição do desnecessário empobrecimento do agente causador do dano ou daquele a quem se atribui o dever ressarcitório.

Já foi dito, em linhas anteriores, que entre efeitos da responsabilidade civil está o punitivo, do ponto de vista de quem provocou o dano. Tem-se procurado usar de um eufemismo para abrandar tal consequência, para tanto atribuindo a função pedagógica. Tal função se evidencia no espectro do dano moral. Além de representar uma compensação ou um

lenitivo para quem sofreu a lesão, a obrigatoriedade de indenizar quando não se verificam danos patrimoniais embota ainda mais a conotação de sanção pela conduta lesiva.

A par da total resistência à possibilidade de reparação do dano moral, os tribunais já tiveram oportunidade de encontrar um meio termo para a questão, que, por sua vez, também não teve vida longa. Tratava-se de admitir a reparação do dano moral somente quando, precedendo a este, houvesse também prejuízo material, de maneira que o primeiro fosse consequência do segundo, para o que a doutrina se encarregou de denominar de “dano moral reflexo”.

Mas a admissibilidade da reparação do dano moral, tal como hodiernamente é aceita, não impõe condicionantes, a não ser, é claro, a própria constatação do dano na esfera moral. Assim é “que subsistem o dano material e o moral, de forma concomitante ou independente, de maneira que a inexistência de dano material não é óbice à constatação do dano moral e, por outro lado, a verificação do dano material não impede a reparação também a título de danos morais. A questão já foi objeto de Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Por último, quanto a este tópico, pode-se dizer que, se existem, são raros os limites à reparabilidade do dano moral, que inclusive já se admite até em face de pessoa jurídica, notadamente nos casos de atos difamatórios, pelos quais a imagem e conceito públicos são objetivamente afetados. Para demonstrar tal progresso jurídico o mesmo Tribunal Superior já mencionado editou a Súmula 227 com o seguinte texto: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Embora não se pretenda esgotar o assunto, não se deve deixar de classificar o dano relativamente às vítimas, haja vista que, do ponto de vista processual, será importante

identificar quem poderá ser o sujeito ativo, ou credor, de eventual indenização. Enfim, útil à definição da pessoa legitimada a receber a reparação.

Pode-se, então, classificar o dano, quanto às pessoas lesadas em: *dano direto e dano indireto, dano reflexo ou em ricochete*<sup>26</sup>.

Dano *direto* é aquele que repercutirá nos próprios bens ou interesses da pessoa diretamente envolvida no evento lesivo, ao passo que o dano *reflexo* é assim chamado porque se produz em um âmbito subjetivo distinto ao da vítima inicial do fato ilícito<sup>26</sup>.

Lembra Visintini que, por ocasião da morte ou das lesões corporais sofridas pela vítima do ato ilícito ocorrerão danos patrimoniais e principalmente não patrimoniais no círculo dos familiares "é de outras pessoas que convivem com a vítima ou que têm uma relação de trabalho ou de estreita colaboração com ela." <sup>26</sup>

A preocupação dos operadores do direito, em especial a dos julgadores<sup>26</sup> é a de estabelecer um limite razoável, ou demarcar o círculo de sujeitos legitimados a reclamar o ressarcimento, afastando aqueles que não têm tal direito, reportando-se à exigência, para o direito à reparação, daquilo que se convencionou chamar de *lesão a um interesse legítimo*.

A principal ocorrência do dano em ricochete se dá em casos de morte de alguém, cujos efeitos imediatos - materiais o<sup>26</sup>imateriais - refletem no seio da família. A idéia de solidariedade familiar tem orientado a jurisprudência em acolher pedidos de indenizações a favor de filhos, cônjuges e pais da vítima.

Nesse tema, dois pontos merecem ser destacados: a legitimação em casos de sociedade de fato e a indenização solicitada pelos ascendentes pela morte do descendente menor, mais especificamente do filho.

No primeiro caso, após o advento da Constituição Federal de-1988, que considerou entidade familiar tanto aquela decorrente do casamento civil, como a derivada da união estável ou *de fato* e com prole, a matéria vem encontrando pacificação nos tribunais, no sentido de aceitar o(a) companheiro(a) como pessoa legitimada a postular o ressarcimento em casos tais.

No segundo caso, o maior obstáculo reside na aceitação da existência de danos materiais em decorrência da morte de filho em tenra idade, mas que, via de regra, não contribuem para o sustento da família. O argumento contrário é o de que o menor estaria fadado potencialmente a ser o amparo ou o sustentáculo da família em futuro próximo, circunstância que encontra sérias reservas como tese argumentativa.

Entretanto, existe a fácil receptividade no que diz respeito ao dano não patrimonial pela perda do filho, não se exigindo muito esforço para aceitá-la com fundamento à indenização devida aos pais. ~

### **1.2.3 - Relação de causalidade**

Outro elemento que compõe a estrutura da responsabilidade civil é a relação de causalidade, ou nexos causal. Não-é suficiente, pois, a eclosão do fato antijurídico e do dano para que surja o dever reparatório. Faz-se necessário que entre os primeiros exista um elo de ligação, de forma que o dano deve surgir necessariamente do fato identificado como sendo a sua causa provável.

O fato antijurídico pode ser decorrente da conduta de alguém. Por essa razão, alguns escritores que se debruçam sobre o tema costumam definir nexo de causalidade como sendo a relação entre o dano e a conduta. Outros vão mais além, afirmando ser o nexos causais a relação entre o dano e a culpa<sup>4</sup>.

Recolhe-se da obra de Cavalieri Filho a definição segundo a qual o nexos causais “é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.—

Sob a epígrafe “Nexo de Causalidade entre a Culpa e o Dano”, Caio<sup>3</sup>lário define o nexos causais como a relação entre a antijuridicidade da ação e o mal causado: “o que importa é determinar que o dano foi causado pela culpa do sujeito”.<sup>4</sup> Tal conceituação é repetida por Rui Stoco.<sup>5</sup>

A rigor, as duas últimas definições acima padecem do mesmo equívoco conceituai: afirmar que o nexos causais é a relação que se estabelece entre a conduta ilícita (ou a culpa) e o dano dela (s) resultante.

Com efeito, nem sempre o dano decorrerá da conduta de uma pessoa, seja culposa ou não, ligada diretamente ao fato. Não é incomum alguém ser responsabilizado pelo dano resultante da conduta de terceiro, pelo fato das coisas inanimadas ou pelo fato dos animais.

Retornando ao estudo de Cavalieri Filho<sup>4</sup>, ali se verificam duas afirmações que merecem nota. A primeira a ser examinada diz que: “É através dele [do nexos causais] que

Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 64-  
Ob. cit. p. 49  
Ob. cit. p.<sup>4</sup>6  
STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 75  
Ob. cit. p. 49

poderemos concluir quem foi o causador do dano”. Quase correto. Realmente, estabelecendo-se a ligação entre o fato e o dano, é possível identificar quem ou “o que” o causou.

A segunda afirmação é a seguinte: “Daí a relevância do chamado *nexo causai*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente”. Merece relativa censura. Tal afirmação cercou-se de limites conceituais intransponíveis. Com efeito, nada mais se poderá inferir do período ora mencionado, além da constatação de<sup>32</sup> e se pode ou não atribuir o resultado à conduta de alguém. Assaz estreito, portanto.

Na verdade, quis o citado autor dizer que imputar o resultado ao agente significa que este o causou, enquanto que a expressão “imputar”, no estudo da responsabilidade civil, tem significação mais ampla: “imputar”, no caso, implica atribuir a alguém a responsabilidade pelo fato lesivo. Ocorrerá, entretanto que, em muitos casos, alguém será responsável sem que efetivamente tenha concorrido para a eclosão do evento, como nos casos de responsabilidade por fato de terceiro ou pelo fato das coisas inanimadas.

A propósito. Alvino Lima, em exaustiva monografia sobre o tema<sup>32</sup>, explica que

"A responsabilidade extracontratual<sup>32</sup> pelo fato de outrem, em sentido estrito, é regulada de modo específico, em dispositivos que abrem exceções à cláusula geral de responsabilidade, por culpa, deixando de ser subordinada a fatores morais, para acomodar-se às exigências de uma evolução caracterizada pelos progressos maravilhosos da técnica industrial; surge, em regra, automaticamente, baseada no fato alheio e só indiretamente se pode dizer que repousa na culpa..."

E acrescenta:

Os efeitos da responsabilidade civil, quando se referem à responsabilidade por fato próprio, se circunscrevem à pessoa do autor do ato lesivo do direito de outrem, em face da sua vítima. Tratando-se, porém, da

<sup>32</sup> LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil Pelo Fato de Outrem*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais<sup>32</sup> 2000  
Sobre responsabilidade extracontratual veja o subtítulo 1.3.2

responsabilidade pelo fato de outrem, os efeitos da responsabilidade atingem não apenas o autor do ato material do dano, mas o civilmente responsável, como garantidor ou segurador do dano sofrido pela vítima”^^^

Noronha, a quem novamente se recorre, lembra que

“...nem sempre será fácil estabelecer uma relação de causa e efeito, juridicamente satisfatória, entre dois acontecimentos, sendo um o fato gerador e o outro o dano. Por outro lado, existem hipóteses, embora de natureza excepcional, em que uma pessoa é obrigada a reparar danos que em rigor não foram causados por ela, nem por ninguém dela dependente.”^^^

O, que se pretende aqui esclarecer é que não se pode confundir nexo de causalidade como a circunstância pela qual alguém será responsabilizado pelo eventual dano. O nexo de causalidade liga o dano ao evento (fato) que o produziu. Somente após identificado o fato gerador do prejuízo é que se poderá verificar quem será por ele responsável. Estabelece-se, pois, outra relação, ou seja, aquela entre o acontecimento gerador do dano e a pessoa por ele responsável. Tal responsabilidade poderá ser-lhe atribuída em face de sua conduta culposa ou pelo risco da atividade. A essa relação - entre fato e pessoa - Fernando Noronha chama de *nexo de imputação*.

\_ Novamente, Noronha, nesse passo, é esclarecedor: “Em princípio, só existe obrigação de reparar os danos que tenham sido causados por um fato da responsabilidade da pessoa obrigada a indenizar, *embora tal fato não tenha de ser necessariamente resultante de sua atuação*”. (o destaque não é do original)

Dessarte, ultrapassado a questão conceitual acerca da relação de causalidade, importa, em seguida, tratar da sua aplicabilidade no campo da responsabilidade civil, para tal buscando subsídios nas diversas teorias que tentam explicá-la.



A propósito, Yussef Said Cahali faz importante recuperação das principais teorias que informam a relação de causalidade, que se transcreve a seguir:

“1) teoria da equivalência das condições: esta doutrina sustenta que todas as condições que conduzem a um resultado são a causa desse resultado, sejam mediatas ou imediatas; portanto, basta que o sujeito tenha realizado uma condição desse resultado, para que exista o nexo causal; um fenômeno é condição do outro quando, suprimindo-o mentalmente, faz-se impossível admitir que o fato conseqüente se teria produzido tal como ocorreu (condição *sine qua non*)-, 2) teoria da causa próxima ou da causa direta: esta doutrina (tal como a da causa eficiente) procura selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma de particular relevância, a que considera causa; a teoria da causa próxima, pelo menos em sua formação inicial, escolhe como causa a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar; 3) teoria da causalidade eficiente: de acordo com esta teoria, as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, e existe sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativa e quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento; causa seria, pois, para esta teoria, a que tem um intrínseco poder de produção do fenômeno; 4) teoria negativa de Mayer: M. E. Mayer aceita os postulados da teoria da equivalência das condições para chegar a uma posição negativa do problema da causalidade porque entende que, sendo toda condição *sine qua non* relevante, carece de importância na prática comprovar a existência de uma relação de causalidade para o efeito de imputação das conseqüências; o que resultaria decisivo sob tal aspecto seria a indagação da culpabilidade; 5) teoria da causalidade típica: Beling enuncia uma doutrina que de certa forma conduz também à negação do problema da causalidade, pelo menos dentro do direito penal, substituindo-a pela subordinação da ação a um tipo; 6) teoria da causalidade adequada: esta doutrina sustenta, assentando, assim, a sua discrepância fundamental com a teoria da equivalência, que não basta que um fato seja condição de um resultado, para que o agente se possa considerar autor desse evento, toda vez que as condições não sejam equivalentes”.^

Pode-se observar que no desenvolvimento de tais teorias, convivem duas expressões que merecem ser explicadas; condições e causas. Condições são os fatores que convergem para a o acontecimento gerador do dano, ao passo que causa é a condição determinante para a produção do evento lesivo.

<sup>37</sup> *Responsabilidade Civil do Estado*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 95-96

Assim, as diversas teorias procuram delimitar, entre as condições que estão na origem do dano, aquelas que podem ser consideradas como causas deste.

Dentre as teorias acima listadas por Cahali, duas mereceram da doutrina maior atenção, seja para sujeitá-las a agudas críticas, seja para aplaudi-las: a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada.

A primeira, também chamada de teoria da *conditio sine qua non* (em tradução literal “condição sem a qual não”) ou da causalidade naturalística, agasalha-se, segundo a doutrina, no art. 13 do Código Penal Brasileiro: “O resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

A crítica que essa teoria recebe reside na aplicabilidade à responsabilidade civil, vez que no âmbito penal a indagação acerca da culpabilidade funcionaria como um filtro OU limitação ao seu maior inconveniente: considerar todas as condições como causas do evento. Assim, no universo penal, ainda que várias fossem as causas, e por conta disso, se chegasse a vários autores, só responderia quem tivesse participado com dolo ou culpa (esta quando houvesse previsão legal).

Para o campo civil, entretanto, principalmente na consideração da responsabilidade objetiva (que, como se verá, prescinde da culpa), a aceitação de fórmula para o nexos causal acarretaria a responsabilidade em escala regressiva ao infinito, vez que todo aquele que, mesmo indiretamente, desse sua parcela de contribuição, acabaria por responder pelo dano.

Exemplificando o que se disse acima, se um edifício vem a ruir, deixando seus ocupantes desabrigados, de imediato se sabe que o fato decorreu de falha na construção (o responsável seria o engenheiro que o construiu), podendo ser também erro no projeto

(responderia igualmente o encarregado deste), ou decorrer da utilização de materiais de má qualidade (pode ser responsabilizado quem ou por conta de quem foram adquiridos) e, numa seqüência *ad infinitum*, o fabricante de tais materiais; a faculdade que ofereceu ao mercado profissionais de qualificação deficiente, e assim por diante.

Tal distorção recebeu severas críticas por parte da doutrina, por levar inexoravelmente a resultados absurdos.

Por sua vez, a teoria da causalidade adequada, menos criticada que todas as demais e, portanto, de grande aceitabilidade, também não ficou imune às reações contrárias.

A teoria da causalidade adequada, como se viu em linhas anteriores, elege como causa aquela condição que seja idônea a produzir o resultado. Assim, dentre as condições que se apresentam como fatores com possibilidade de ensejar o resultado lesivo, aquela que, hipoteticamente afastada, deixa as demais sem potencialidade causai, deverá ser considerada como a causa adequada.

Carlos Roberto Gonçalves, criticando essa teoria, observa que uma condição, ainda que qualificada como causa adequada à produção de certo evento, pode ser irrelevante, conforme as circunstâncias de cada caso. E explica com o seguinte exemplo: “A deu uma pancada ligeira no crânio de B, a qual seria insuficiente para causar o menor sofrimento num indivíduo normalmente constituído, mas que causou a B, que tinha uma fraqueza particular dos ossos do crânio, uma fratura de que resultou a morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por A não ser causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto”<sup>38</sup>. Assim, por essa teoria, não haveria responsabilidade.

<sup>38</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 386

Entretanto, não se há de concordar com o raciocínio acima esposado. Isto porque somente se poderá aferir a adequação da causa a partir da análise do caso singularmente considerado. No exemplo dado pelo citado autor, só depois de constatar as características da vítima é que se poderia aferir se a pancada, ainda que ligeira, seria suficiente para a causação do resultado na mesma.

Um dos alicerces sobre os quais se sustentam as críticas às teorias ora privilegiadas, é a existência de uma suposta negação das mesmas, consolidada no art. 1060, do Código Civil Brasileiro, que está assim redigido: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Seria a teoria dos danos diretos e imediatos.

Carlos Roberto Gonçalves, como seu árduo defensor, inclina-se à mesma nos seguintes termos, após fazer sua crítica às duas anteriores; “A terceira teoria, a dos chamados *danos diretos e imediatos*, nada mais é do que um amálgama das anteriores, com certa amenização no que tange às extremas conseqüências a que se pudesse chegar na aplicação prática de tais teorias. Seria o desejável meio-termo, mais razoável”.<sup>99</sup>

Novamente, aqui, haverá discordância. Primeiro, porque o texto legal em comento refere-se a eventual reparação em decorrência da inexecução das obrigações, privilegiando, pois, a responsabilidade contratual. Não se pode, de forma simplista, alargar seu alcance para a responsabilidade extracontratual. Com efeito, existiu, no caso, uma preocupação do legislador em conter o abuso ou a má-fé do credor, evitando-se, destarte, o enriquecimento sem causa.

A origem de tal preceito normativo deve-se a Pothier, jurista francês do século **XViii** que, tentando demonstrar a inaplicabilidade da teoria da equivalência das condições.

<sup>39</sup> Ob. cit. p. 386.

buscava solução para os contornos da responsabilidade contratual. Seus estudos serviram de base para a formulação do art. 1151, do Código Civil francês (1804), sendo imitado por códigos de outros países, inclusive o brasileiro.

Mas, admitindo-se a prefalada teoria dos danos (ou efeitos) diretos e imediatos como uma razoável solução para a definição da causa desencadeadora do dano, também não fica isenta de censura, vez que permanece em aberto a dúvida acerca do que pode ser considerado efeito direto e imediato para uma correta exegese do art. 1060 acima transcrito.

Assim, para individualizar quais são os efeitos diretos e imediatos, é mister recorrer a outras teorias, vez que nem sempre os danos indenizáveis serão aqueles considerados diretos e imediatos, podendo ocorrer de se acolher pedidos indenizatórios em face de danos indiretos ou reflexos, conforme o caso.

Ao que parece, a opção por uma teoria ou outra, dentre as mais aceitas, prende-se a uma questão semântica. Com efeito, o que se busca é distinguir, dentre as condições, qual delas pode ser considerada a efetiva causa do evento. A teoria que emoldurar essa solução será a adequada (sem trocadilho) ao caso.

Por fim, “ao juiz cabe procederem *arbitrio boni viri*, sopesando cada caso na balança do equilíbrio, do bom senso e da equidade”.<sup>10</sup>

### **1.3 - Responsabilidade civil: espécies e excludentes.**

Conforme explicado anteriormente (subtítulo 1.2), a responsabilidade civil parte do pressuposto de que existe uma noção de responsabilidade *ampla*, que enfeixa o

<sup>10</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit. p. 82

sentido de limitação da conduta do indivíduo, a fim de que se preserve e respeite os bens e interesses alheios.

Lecionando sobre o tema, Fernando Noronha, uma vez mais esclarece:

“Numa significação muito ampla, responsabilidade civil é obrigação de reparar danos causados a outrem, em sua pessoa ou no seu patrimônio. Mas, entendida-assim, ela comporta duas acepções, uma ampla (e tradicional) e outra restrita e mais técnica, que é preciso distinguir.

Na acepção amplav ela consiste na obrigação de reparar quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem, isto é, em contradição com o ordenamento, quer se trate de ações humanas reprovadas pelo direito, quer de acontecimentos naturais, especialmente quando a sua ocorrência estiver ligada a atuação de outra pessoa.

Entendida assim, ela abrange: a) a obrigação de reparação de danos resultantes do inadimplemento, da má execução ou do atraso no cumprimento de obrigações negociais (isto é, nascidas de contratos e de negócios jurídicos unilaterais); b) a obrigação de reparação de danos resultantes da violação de outros direitos alheios, sejam eles absolutos (como os direitos da personalidade, os reais e os sobre bens imateriais, sejam de simples direitos de crédito constituídos entre outras pessoas, sejam até outras situações dignas de tutela iurídica...”“\*’

Destarte,, decorre dessa responsabilidade geral (observada no sentido amplo), que pode ser considerada como o gênero, as espécies que a doutrina costuma identificar como negociai (comumente chamada de contratual) e extracontratual. Tanto uma como outra (negociai ou extracontratual), poderão ensejar a responsabilidade objetiva ou subjetiva, conforme o caminho pelo qual se chega à imputação do responsável - pelo risco ou pela culpa.

### **1.3.1 - Responsabilidade contratual e extracontratual ou responsabilidade negociai e responsabilidade civil em sentido estrito?**

Fernando Noronha, autor ao qual já se fez referência por mais de uma vez neste trabalho, insurge-se (e com nítida razão) contra a terminologia usualmente empregada para designar a dicotomia acima apontada - responsabilidade contratual e extracontratual -, entretanto, declinando as razões de sua crítica.

Esse estudioso do tema explica que a locução “responsabilidade contratual” acaba por restringir a própria abrangência, vez que sugere a obrigação de indenizar por inadimplemento de contratos, ignorando a existência de obrigações derivadas de negócios jurídicos unilaterais, que também ensejam o mesmo dever reparatório quando descumpridos. Daí o equívoco da terminologia tradicional, melhor se adequando a expressão por ser mais ampla, abrangendo tanto a responsabilidade contratual propriamente dita, como aquela derivada das obrigações unilaterais.

No outro vértice, ~responsabilidade *extracontratual*, assim conhecida, recebe a censura quanto à terminologia, tendo em vista que essa expressão

“...poderia sugerir, erradamente, que o inadimplemento desses negócios jurídicos unilaterais se regeria por princípios diversos dos aplicáveis aos bilaterais, ou contratos; a verdade é que, em matéria de responsabilidade pelo inadimplemento, tanto os negócios jurídicos unilaterais como os bilaterais, ou contratos, estão sujeitos a regime jurídico idêntico - é que é diverso do aplicável àquelas obrigações que aqui incluímos na expressão responsabilidade civil, em sentido estrito.”<sup>“^^</sup> (grifos originais)

A preocupação com a correta designação, a par da interpretação mais próxima do contexto ora examinado, também se verifica no trabalho de Vitor Fernandes Gonçalves<sup>^^</sup>, que faz um exato registro desse raciocínio:

“Essa dicotomia contratual/extracontratual é realmente mais rigorosa quanto à técnica. Mas mesmo essa separação é excessivamente

““NORONHA, Fernando. Ob. cit. p. 275

“^GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Responsabilidade Civil por Quebra de Promessa*. Brasília: Brasília Jurídica. 1997. p. 54

restrita, a não ser que se adote um conceito lato de contrato. Tal bipartição pode ser substituída pela divisão entre responsabilidade negociai ou extra-negocial, a fim de que todos os negócios jurídicos fiquem incluídos numa mesma categoria”.

Ultrapassada a não tão tormentosa questão das terminologias, não se pode olvidar de um outro ponto de discussão - que diz respeito aos *sistemas* monista e dualista - que aqui, entretanto, se fará incursão breve.

O sistema dualista, segundo seus defensores, repousa no fato de existir entre as duas modalidades de responsabilidade civil - então denominadas de responsabilidade contratual e extracontratual - diferenças inconciliáveis, o que exigiu a referida distinção.

De tal sorte, a necessidade da separação das duas modalidades de responsabilidade está ancorada no fundamento da obrigação de reparar.

Martinho Garcez Neto, resumindo essas teorias, assim explica o raciocínio dos autores clássicos, no que diz respeito à teoria dualista:

“Assim, os direitos e deveres das pessoas estão determinados, quer pela norma que expressa a vontade geral (**a lei**), quer pelos acordos (**contratos**), que as vontades individuais criam para o fim de regular os seus próprios interesses.

A idéia básica da tese **clássica** resume-se em considerar absolutamente incompatíveis estas duas situações: o **dever legal, dever geral** [...] não pode ser assimilado ao **dever nascido da convenção (obrigação)**, porque o primeiro diz respeito à **ordem pública** e o segundo refere-se somente aos **interesses privados**”/” (os destaques são originais)

Para a teoria monista, cuja base argumentativa reside na culpa, esta seria a mesma para a responsabilidade derivada dos contratos, como para a que representa uma

^^garcez neto, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro; Renovar, 2000, p. 67.



ofensa à norma legal. Em outras palavras, “a responsabilidade que a tese clássica denomina contratual é, por sua natureza, responsabilidade de caráter delitual.”<sup>45</sup>

Tal assertiva se justificaria porque o adimplemento das obrigações derivadas da vontade das partes encontra a respectiva garantia na lei. As convenções não se realizariam se o ordenamento jurídico não dispusesse de instrumentos eficazes para que os contratantes pudessem fazer valer as disposições ali acordadas.

A respeito, Carvalho Santos assim se manifesta:

“A distinção é tradicional e geralmente admitida. Ambas têm, porém, pontos de contato, pois são "todas elas violações de uma obrigação jurídica. Diferem substancialmente no objeto: na [...] contratual a obrigação nasce de um contrato, pressupondo assim um pacto preexistente; na extracontratual [...] emana *ex nunc* da violação da obrigação social de não ofender”.<sup>46</sup>

Essencialmente a responsabilidade, em ambas as modalidades, tem idêntica -estrutura, ou seja, para que se configure faz-se necessária a reunião dos elementos (ou pressupostos) dos quais já se falou em linhas antecedentes: o fato antijurídico, o dano e o nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo, e, quanto à imputação do dever reparatório, não se prescindirá, em alguns casos do elemento culpa, conforme se verá linhas à frente.

Nesse sentido, Aguiar Dias, fazendo referência aos irmãos Mazeaud et Mazeaud, enfatiza que estes

“... sustentam, a nosso ver com inteira procedência, que a responsabilidade civil deve ser estudada em plano único. É preciso compreender, porém, que o fato de considerar desse ponto de vista a questão não importa em arrasar as diferenças existentes entre os dois aspectos da responsabilidade. O que se quer significar é que essas diferenças não são fundamentais, não atingem os princípios essenciais da responsabilidade”.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> *Idem*, p. 70.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, por J. M. de Can'valho Santos. 12 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1984. v. III. p. 316

<sup>47</sup>DIAS, José de Aguiar. *Ob. cit.* p. 124

Concluindo o raciocínio, e desta feita invocando o texto de Paul Esmein, o mesmo autor acima afirma que “a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a idéia de responsabilidade é una. A sociedade se empenha na observação das normas de conduta, sem as quais a vida em comum seria impossível”.<sup>48</sup>

Quanto às peculiaridades atinentes a cada uma das modalidades, as quais não se pode tangenciar, vez que importantes no momento da aferição da responsabilidade, até por uma questão de método, entre muitas que distinguem a extracontratual e a contratual (negociai), Aguiar Dias resume algumas:

“A responsabilidade contratual é una, o que se manifesta no tríplice aspecto: a) tem origem em contrato, acordo de vontades, criador de obrigações; b) apresenta um princípio comum da responsabilidade estabelecido na culpa, provada ou presumida, só excepcionalmente se admitindo que um dos contratantes assumia, em cláusula expressa, o encargo do caso fortuito; c) resulta de aplicação penal de um corpo de norma estabelecido no Código. A responsabilidade delitual é vária: a) na origem do dever cuja violação a suscita, e que tanto pode ser legal ou moral, como um dever geral de não prejudicar; b) no princípio a que se liga, pois, pode caracterizar-se independentemente de violação do dever; c) na ausência de regulamentação geral, dada a diversidade de suas fontes. A responsabilidade contratual se funda na autonomia das vontades : a) sua causa é uma promessa, um compromisso; b) a capacidade das partes é condição para que se estabeleça; c) em matéria de conflitos de leis, determina-se pela legislação implicitamente escolhida pelas partes; d) nela, a solidariedade não se presume; e) oferece, em dados casos, liberdade de afastar ou atenuar a responsabilidade pelas cláusulas de exoneração. A responsabilidade delitual, como não se funda na autonomia das vontades, repousa em imposição da ordem social; independe de capacidade das partes; rege-se pela lei do lugar onde se pratica o ato danoso; admite a presença de solidariedade; restringe a eficácia das cláusulas de irresponsabilidade”.<sup>49</sup>

Em suma, a responsabilidade negociai (contratual) pressupõe a ofensa a um dever positivo, consistente nas disposições pactuadas e que efetivamente um dos contratantes

<sup>48</sup> SANTOS, Carvalho. Ob. cit. p. 125.  
Ob. cit.p. 127.

deveria cumprir, ao passo que a responsabilidade em sentido estrito tem como fundamento a inobservância de um dever negativo, este revelado na máxima *neminem laedere*, ou seja, o dever de abster-se de causar danos a outrem.

### 1.3.2 - Responsabilidade civil objetiva e subjetiva

Diz-se subjetiva a responsabilidade civil que tem no elemento *culpa* a sua vigamestra. Isto porque a culpa é componente indispensável do ilícito, do delito que, ensejando um dano a terceiro, reclama para este ajusta recomposição.

Aguiar Dias, cujos textos representam subsídios valiosos nesta seara, retrata bem o que se acaba de afirmar:

“A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito. Alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico”.\*^

Por sua vez, Caio Mário da Silva Pereira leciona que “na teoria da responsabilidade subjetiva, o que sobressai no foco das considerações e dos conceitos é a figura do *ato ilícito*’, como ente dotado de características próprias, e identificado na sua estrutura, nos seus requisitos, nos seus efeitos e nos seus elementos”.

Ob. cit. p. 109

A gênese do ato ilícito, segundo a Teoria Geral do Direito, pode ser assim resumido: *os fatos jurídicos*, que são acontecimentos idôneos à produção de conseqüências jurídicas, compõem-se *de fatos naturais* (acontecimentos da natureza, como nascimento, morte, chuvas) e *de fatos voluntários* (condutas humanas que produzem efeitos jurídicos). Estes (fatos jurídicos voluntários), por sua vez, se subdividem em *atos lícitos* (atos não negociais e negócios jurídicos) e *atos ilícitos* (contrários à ordem jurídica), que podem ser civis ou penais.

ObTcit. p. 29

A responsabilidade subjetiva encontra assento, no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 159 do Código Civil Brasileiro, que tem a seguinte redação: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Quis o legislador estabelecer a definição de ato ilícito, para o fim da reparação civil, eis que o artigo 159, acima mencionado, alberga-se no Título II - Dos Atos Ilícitos, e em seguida, no art. 160, do mesmo Título, a lei estabeleceu quais as condutas que “não constituem atos ilícitos”. Têm-se, assim, por exclusão conceituai, que no corpo jio art. 159 reside a estrutura do ilícito civil.

O ato ilícito,-corporificado no aludido art. 159 do Código Civil, traz como elemento principal a culpa no sentido amplo (*lato sensu*), ou seja, envolvendo em seu conceito o dolo e a culpa no sentido estrito (que se assenta na negligência ou na imprudência, na definição jurídica).

A legislação civil francesa serviu de modelo para muitos outros países, inclusive o Brasil. Como grande referência no estudo da responsabilidade civil, o Código Civil Francês (Código Napoleônico), em seu art. 1382<sup>”^</sup> foi a inspiração para a elaboração do conceito legal de responsabilidade civil no Brasil, desenhado no art. 159, do Código Civil pátrio, \_ que estabeleceu como regra geral, assim como os franceses, a responsabilidade subjetiva.

Para a responsabilidade civil é pouco relevante ter o agente causador do dano se conduzido com dolo (vontade livre dirigida à produção do resultado) ou com culpa estrita

**O art. 1382 do Código Civil Francês de 1804 tem a seguinte redação no idioma original: “Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autri un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”. Traduzindo, “Todo fato qualquer do homem que causa um dano a outrem obriga aquele por culpa do qual isso aconteceu a repará-lo”.**

(inobservância do dever de cuidado); a consequência - reparação do dano - será sempre a mesma, independente da graduação culposa.

A classificação da responsabilidade civil em subjetiva ou objetiva assenta-se, sobretudo, no *fundamento do dever de reparar*, ou seja, trata-se de responder à seguinte questão: *por que* alguém será responsabilizado?

Se a essa indagação se responder que alguém será responsabilizado em virtude de ter concorrido para o evento com sua *culpa*, dir-se-á que se trata de responsabilidade subjetiva. Ao contrário, se para justificar a responsabilização de alguém prescindir-se-á da indagação dessa culpa, então a responsabilidade que se trata é a objetiva.

Com isso, não parece restar dúvidas sobre a estrutura da responsabilidade civil, conforme se explicou no subtítulo 1.2. Ali se alinham os elementos *fato antijurídico*, *dano* e *relação de causalidade*. Tais pressupostos são suficientes para gerar o *dever de reparar*, que é a síntese conceitual da responsabilidade civil.

Entretanto, para se definir *quem* e *por qual fundamento* irá responder por essa obrigação de reparar o dano, faz-se necessário visualizar um outro elemento igualmente importante para a responsabilidade civil: o *nexo de imputação*.

É através do nexo de imputação que se verifica qual a pessoa deverá responder pelo evento lesivo: se o próprio agente que o desencadeou ou alguém que pelos atos deste se responsabiliza.<sup>14</sup> E, por meio desse mesmo instrumento, descobre-se a que título se desenha tal responsabilidade: em face da culpa ou independentemente desta (risco).

Realizada essa operação, deve-se, pois, acrescentar ao elenco de pressupostos da responsabilidade civil o nexo de imputação.

<sup>14</sup> A respeito, cf. art. 1521 do Código Civil Brasileiro.

Destarte, a verificação da responsabilidade civil ampla requer a reunião dos seguintes requisitos: fato antijurídico, dano, nexo de causalidade e nexo de imputação. A responsabilidade civil subjetiva, por sua vez, conforma-se a partir da conjugação dos seguintes elementos: fato antijurídico, dano, nexo de causalidade e culpa, podendo-se fazer a seguinte substituição, com o mesmo resultado: ato ilícito (que já contém a conduta culposa), dano e nexo de causalidade (entre o dano e o ato ilícito). —

Vários textos versando sobre a responsabilidade civil costumam trazer como elementos desta simplesmente o dano, o nexo causal e a culpa. É um equívoco, tendo em vista que tal grupo de requisitos referem-se tão-só à responsabilidade subjetiva, como se já se viu linhas atrás. A justificativa para a incoseqüente generalização, talvez, se deva ao fato de que a legislação brasileira adotou como regra principal a responsabilidade subjetiva ou aquiliana, a teor do já mencionado art. 159, do Código Civil.

No subtítulo anterior (1.3.1) falou-se, entre outros temas, das impropriedades quanto- às terminologias freqüentemente utilizadas pela doutrina no estudo da responsabilidade civil, ali referindo-se à dicotomia contratual/extracontratual. Urge retomar o assunto no que diz respeito às sinonimias utilizadas pelos autores que se dedicam ao tema da responsabilidade civil

Não é incomum deparar-se com autores que tratam a responsabilidade **subjetiva** ou **aquiliana** como sinônimas de responsabilidade **extracontratual**, o que representa claro equívoco. Trata-se de vício de linguagem e conseqüente ausência de apuro de técnica em sede de responsabilidade civil. Explica-se: a errônea associação comumente feita entre responsabilidade aquiliana e extracontratual nada mais é do que repetição do uso até então aceitável da correlação de palavras pelos pioneiros no tema. Isto porque, a expressão “aquiliana”, como designativo de responsabilidade civil, surgiu em decorrência da *Lex*

*Aquilia*<sup>^^</sup>. Esta continha dispositivos que tratavam da responsabilidade tanto do ponto de vista objetivo - até então era a regra incluindo aquela derivada de contratos, como, em sua última parte, de um viés subjetivo, ou seja, inserindo o elemento culpa (*damnum injuria datum*), mas somente no caso dos *delictas*.

Dessa forma, se para a responsabilidade delitual já se iniciava (lei Aquilia) pela perquirição da existência da culpa como pressuposto do dever de reparar, aceitável<sup>^</sup>que, para a modalidade contratual se desse outro tratamento.

Mas, hodiernamente, tal equiparação de categorias - aquiliana e extracontratual - não se coaduna com a correta estruturação da responsabilidade civil. A responsabilidade aquiliana equivale à responsabilidade delitual ou subjetiva, de tal modo que esta poderá se verificar tanto no âmbito da responsabilidade contratual (que ora redesigna-se para “negociai”), ou no da responsabilidade extracontratual (melhor denominada de responsabilidade civil em sentido estrito).

Observa-se, pois, que, no âmbito dos contratos, a responsabilidade pelo inadimplemento poderá ocorrer tanto em decorrência da simples inobservância de um resultado esperado (responsabilidade objetiva), quanto pela culpa do devedor (responsabilidade subjetiva). Dos raciocínios expostos, já se pode concluir que a responsabilidade subjetiva ou aquiliana não é **exclusivamente** extracontratual.

A **responsabilidade objetiva**, de outro lado, aplaudida por uns, combatida por outros, é vista, pelos primeiros, como um avanço nesse campo, e pelos demais, como um verdadeiro retrocesso. Antes de se adentrar nessa celeuma, faz-se necessário descortinar o conceito de responsabilidade objetiva.

*A Lex Aquilia* resultou de um plebiscito proposto por um tribuno romano de nome Aquilio. Deve-se a tal lei, segundo grande parte dos estudiosos do assunto, o emprego da *culpa* como pressuposto da responsabilidade civil.

A responsabilidade objetiva consiste na obrigação de reparar os danos, sem que se indague de eventual conduta dolosa ou culposa, por parte do agente, para a produção do evento. Assim, aquela primeira configuração da responsabilidade civil (1.2), consistente na verificação dos elementos *fato antijurídico*, *dano* e *nexo causai*, amolda-se perfeitamente à responsabilidade objetiva.

Acrescente-se que o fundamento da responsabilidade civil objetiva é o *risco*, seja qual for a origem deste. Deve-se frisar, novamente, que a responsabilidade será subjetiva ou objetiva quando se indaga a justificativa para a imputação da responsabilidade. No caso da responsabilidade objetiva a resposta a esta dúvida está em que, alguém responderá pelos danos, independentemente de ter praticado a ação que diretamente causou o prejuízo, mas que por ele se obrigou.-

Não tem relevo, pois, indagar-se acerca da reprovabilidade da conduta que desaguou num evento lesivo. Basta que se configure o dano e este se relacione com o fato antijurídico ao qual se liga o suposto responsável, seja a que título for,

Ainda que se trate de importante instrumento para a solução de casos em que a responsabilidade pautada na culpa não alcançaria a resposta, a responsabilidade objetiva figura como exceção em nosso ordenamento jurídico, eis que a regra geral da reparação é que esta se opere a partir da aferição de um comportamento culposos.

Partindo-se dessa premissa, ou os casos encontram previsão de responsabilidade objetiva na própria lei, ou se deduzem da presunção de culpa, decorrentes também de criação jurisprudencial.’’®

Pode-se encontrar a previsão de responsabilidade objetiva, dentre outros casos: na Constituição Federal, art. 21, XXIII, c; no Código Civil, arts. 1245, 1521, 1529; Lei 8.078/90, art. 12; Dec- Legislativo 2.681/12, arts. 1º, 17 e 26; Código Brasileiro de Aeronáutica, arts. 246 e segts.; Lei de Acidentes do Trabalho; Súmula 341 do STF.



O surgimento da responsabilidade objetiva, após a consagração da responsabilidade subjetiva, bem como seu desenvolvimento - que ainda tropeça nos seus detratores - estão atrelados ao raciocínio segundo o qual se deve dar maior importância à pessoa do suposto ofensor (causador do dano) ou à pessoa daquele que sofre o prejuízo injustamente.

Tal questionamento se dilui nos fatores que, segundo a doutrina, justificaram uma visão modificada da responsabilidade civil.

O primeiro fator ou causa no qual se amparam os defensores da responsabilidade objetiva é o progresso industrial, da massificação da sociedade, os novos e úteis inventos, o conseqüente aumento de acidentes, seja nas fábricas ou nas ruas e estradas.

. Garcez Neto<sup>14</sup> sintetiza bem essa primeira justificativa da necessidade de adoção da responsabilidade objetiva:

“Todavia o prodigioso surto do progresso industrial dos tempos modernos, a partir da última metade do século passado [séc. XIX], modificou completamente os termos do problema<sup>15</sup>, com o advento da grande indústria e, sobretudo, com o emprego das novas técnicas e dos instrumentos e métodos de trabalho, dia a dia mais perigosos, fazendo com que o contato cotidiano entre patrão e empregado, elementar à idéia de responsabilidade fundada na culpa, deixasse de existir”.

Corolário desse desenvolvimento industrial, os empregados passaram a conviver em ambiente de insegurança, visto que, a par do aumento do número de acidentes de trabalho, diminuía a chances daqueles em provar a culpa do patrão, dado o distanciamento cada vez mais evidente entre um e outro, e às modernas técnicas de produção, o que significava, na prática, a ausência de reparação.

<sup>14</sup>GARCEZ NETO, Martinho. Ob. cit. p. 94

O autor aduz, inicialmente, que em uma sociedade pouco desenvolvida industrialmente, a responsabilidade fundada na culpa poderia satisfazer as exigências de justiça, pois os acidentes de trabalho constituem exceção e ocorrem em pequena escala.

Outro fator ao qual se debita o crescimento da aceitação da responsabilidade sem culpa é o seguro de responsabilidade civil. A idéia desse seguro, que transfere para uma coletividade os ônus decorrentes de eventos danosos, decorrentes de atividades de risco, criou para os titulares dessas atividades a obrigação de se prevenirem com relação aos sinistros. Em decorrência desse aparato garantidor, a possibilidade de reparação encontrava caminho menos espinhoso para sua concretização.

Ainda que, ao lado desses fatores existam outros, é suficiente a menção de uma outra causa relevante, assentada na “progressiva democratização da sociedade, associada a fenômenos da urbanização e do assalariamento da grande maioria da população, fez crescer a força social das grandes massas, como ‘trabalhadores’ e ‘consumidores’ que estão a merecer maior proteção contra os reflexos do exacerbado capitalismo, sem que isso represente ofensa ao interesses dos grupos empresariais.

A responsabilidade objetiva orienta-se pelas teorias que têm como seu epicentro o *risco* decorrente do exercício de determinadas atividades. Assim, quem, em decorrência da realização de atividades cujo; por sua própria natureza ou por outras circunstâncias, cria o risco de produzir danos a terceiros, atrai para si os ônus da reparação.

Essas atividades podem ser eminentemente perigosas, em que o risco de danos mostra-se evidente, ou o risco decorre do fato de confiar a execução de certas atividades a terceiros - em relação de proteção ou subordinação - e estes, faltando com o dever de cuidado necessário a tal desempenho, podem causar danos cuja responsabilidade será atribuída àquele que delegou a execução.

Por conseguinte, se os danos decorrem do exercício de atividades organizadas para a produção e/ou distribuição de bens e serviços, diz-se que a responsabilidade objetiva

<sup>59</sup> NORONHA, Fernando. Ob. cit. p. 504

origina-se do *risco de empresa*; se os fatos lesivos têm origem no exercício de atividades perigosas, a responsabilidade repousa no *risco-perigo*\ se, porém, fatos ou os atos relacionam-se com atividades inerentes à administração pública, depara-se como *risco administrativo*, que como se verá, é a base da responsabilidade civil do Estado.

Muitas outras teorias engrossam fileiras nos compêndios de responsabilidade civil, mas que podem perfeitamente amalgamar-se nas três acima apontadas, como é o caso das teorias do *risco-proveito*, do *risco-criado* e do *risco integral*, dentre outras. —

A teoria do risco integral - à qual se voltará linhas adiante - proclama a responsabilidade, independente da idéia de culpa, desde que se verifique um dano oriundo de qualquer fato, ainda que não culposos, inadmitindo, inclusive, qualquer forma de exclusão da responsabilidade.

O risco criado, segundo Alvim Lima<sup>60</sup>, “afastando a culpa, faz derivar a responsabilidade do fato humano, como produto das atividades em choque, criadoras de riscos, a fim de restabelecer o equilíbrio dos patrimônios”.

Pela teoria do risco proveito, por sua vez, deve sujeitar-se à reparação aquele que retira uma vantagem ou proveito do fato ensejador do prejuízo. O grande senão de tal teoria reside na indagação que se deve fazer acerca do que seria esse proveito. À primeira vista, soa óbvio que qualquer atividade é realizada no sentido da busca de um proveito, seja pecuniário ou moral. Para que se distancie dessa conclusão ampla e para dar sentido à teoria em questão, seus defensores sustentam que o proveito deve ter a natureza econômico-financeira, em contraposição ao prejuízo.

<sup>60</sup> LIMA, Alvim. *Culpa e Risco*. Ob. cit. p. 332

Enfim, e em suma, a responsabilidade civil objetiva, tal como hodiernamente cultivada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o novel texto constitucional que, consagrando especial proteção aos direitos individuais e sociais, bem como a desenfreada busca por riqueza sustentada na especulação financeira (apanágio do capitalismo mundial), sustenta-se nos seguintes princípios: maior e mais eficiente proteção ao indivíduo consumidor; busca da celeridade no atendimento das necessidades e interesses sociais e conseqüente alargamento da proteção destes; dever de garantia debitado àqueles que exercem atividades criadoras de risco; e, no caso particular do Estado, o mesmo dever de garantia (neste caso um dever agravado) associado à meta de promover o equilíbrio na fruição dos direitos individuais em face do convívio social.

### **1.3.3 - Excludentes de responsabilidade**

Excludentes de responsabilidade são verdadeiros meios de defesa dos quais o agente poderá se valer, quando lhe for atribuída a responsabilidade de fatos danosos a terceiros.

As excludentes atuam em direção à estrutura da responsabilidade civil, ou seja, tendem a excluir um ou alguns de seus elementos. Ora, à falta de algum requisito (todos são indispensáveis, de acordo com a modalidade) não se pode estabelecer a responsabilidade do suposto agente. Exemplificando, se alguém, com seu automóvel, atropela e mata um valioso animal que inopinadamente atravessa a pista, não terá que indenizar seu dono. Isto porque ocorreu o fato, verificou-se o prejuízo (morte do animal), há nexos de causalidade entre o atropelamento e a morte, porém, inexistente a culpa do motorista; ausente a culpa o fato estará -desprovido de ilicitude ou, em outro vértice, não se verificou o nexo de imputação.

O art. 160 do Código Civil Brasileiro contém a seguinte mensagem:

“Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1519 e 1520). Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

Este dispositivo excepciona os casos em que os atos, em princípio ofensivos de direito alheios e, como tal, causadores de prejuízos a terceiros, não ensejam a responsabilidade do agente. São excludentes de ilicitude e, portanto, relacionadas à responsabilidade subjetiva.

Embora numa descrição mais concisa, o Código Civil adota as mesmas excludentes previstas no art. 23 do Código Penal brasileiro: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito e, embutido neste o estrito cumprimento do dever legal.

Curiosamente, o Código Civil não conceitua a legítima defesa ou o exercício regular de um direito (inciso I do art. 160). Por outro lado, descreve uma situação (no inciso II do art. 160) de licitude do ato, sem, contudo, nominá-la - o estado de necessidade. Nos dois incisos do art. 160, já mencionado, o legislador se utilizou de métodos distintos para estabelecer as exceções aos atos ilícitos.

O *estado de necessidade* já vem definido na Lei civil, que é destruição ou deterioração de coisa alheia para remover perigo iminente. Entretanto, o agente somente se isentará da responsabilidade se o perigo que ensejou a destruição da coisa foi provocado pela própria vítima. Dessa forma, a vítima, se não deu causa ao perigo, deverá ser ressarcida pelo dano sofrido, cabendo ao agente, regressivamente, acionar o responsável pelo evento. Tal ressalva está prevista nos arts. 1519 e 1520 do Código Civil.

“Art. 1519. Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo, que sofreu.

Art. 1520. Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, n, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa”.

A legítima defesa, tal como definida pelo Código Penal, é a reação a injusta agressão, atual ou iminente, exercida moderadamente e com os recursos necessários. Difere-se essencialmente da figura do estado de necessidade, porque\_\_ neste há uma ação direcionada a um bem alheio e naquela uma reação em face da agressão encetada por terceiro.

Frise-se que, em ambos os casos - legítima defesa e estado de necessidade - as condutas tendentes à auto-preservação ou defesa de bens de terceiros não devem ultrapassar os limites do aceitável para cada caso. Assim, no estado de necessidade, o bem que se preserva deve ter valor qualitativamente superior ao do destruído, abstraindo-se desde logo, da longa discussão acerca dos valores, em face da subjetividade que os envolve. A legítima defesa, conforme a própria lei delimita, deve ser exercida tendo em vista essa mesma relação de proporcionalidade, com a moderação e meios estritamente necessários ao seu fim.

Por fim, amoldam-se também à legítima defesa as mesmas objeções constantes dos arts. 1519 e 1520, acima transcritos, conforme se depreende do disposto no art. 1540, do mesmo Código, que contém preceito idêntico: “As disposições precedentes aplicam-se ainda ao caso em que a morte, ou lesão, resulte de ato considerado crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão do ofendido”.

As “disposições precedentes” mencionadas pelo dispositivo legal acima referem-se ao dever de indenizar, a cargo do agente, em casos de homicídio ou lesão corporal.

O exercício regular de um direito também exclui a ilicitude do ato ofensivo. Exemplo dessa justificativa encontra-se nas lesões provocadas na prática esportes. Não se

olvidando de que na lei não há palavras inúteis, deve-se atentar para a locução “exercício **regular** de um direito”. Assim, se não se faz uso do respectivo direito de forma regular, experimenta-se o **abuso** de direito, que receberá a devida censura do ordenamento jurídico.

No mesmo diapasão do exercício regular do direito encontra-se o estrito cumprimento do dever legal. Aliás, quem se encontra no estrito desempenho do dever legal, nada mais faz do que exercer regularmente o direito. Da mesma forma, tudo quanto desborda desse limite, transforma-se em abuso, inaceitável pelo direito.

A par das excludentes sinteticamente estudadas acima, que eliminam a ilicitude da conduta, e, portanto, eximem o agente do dever reparatório, outras devem ser apresentadas, em complemento indeclinável. São elas: *o fato da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior,* além das *cláusulas exonerativas*, estas aplicáveis no âmbito da responsabilidade contratual.

Na linha de desdobramento natural dos fatos antijurídicos que ensejam um resultado lesivo a terceiro, o agente, cuja conduta se relaciona diretamente com o evento, via de regra, é o responsável pelo acontecimento, ou seja, é sua a autoria.

Pode ocorrer, entretanto, que alguém - suposto responsável -, embora esteja imediatamente ligado ao evento, deixará de responder, porque se verificou, através da colheita de provas, que o fato danoso se deu em virtude do proceder da própria vítima.

A conduta da vítima tanto poderá ser a única fonte do dano, como poderá contribuir, em parte, para a sua eclosão. No primeiro caso, fala-se em fato ou culpa exclusiva da vítima, e no segundo, em fato ou culpa concorrente desta. ~

Ocorrendo o dano por culpa exclusiva da vítima, desaparece a possibilidade de se imputar a responsabilidade ao agente. Se o prejuízo ocorre pela culpa parcial do lesado, a responsabilidade do agente será atenuada.

No âmbito da responsabilidade civil, o *fato de terceiro* apresenta-se sob dois aspectos antagônicos: de um lado, enseja a responsabilidade daquele que se obrigou pelo fato do terceiro, a exemplo dos pais pelos filhos menores, do patrão pelos empregados, do Estado por seus agentes; de outro, exime de responsabilidade o agente demandado, vez que extirpa o nexo de imputação ou a relação de causalidade que poderia ligá-lo ao fato lesivo. Interessa neste momento este último aspecto.

O *fato de terceiro* é tido pelos estudiosos do tema como uma espécie comparável ao caso fortuito e à força maior, vez que se trata de uma interferência estranha na linha de desdobramento dos fatos que, se não ocorresse, o dano não se concretizaria. À guisa de exemplificação, se um automóvel abalroa a traseira de outro que trafega ou está parado à frente, é lógico concluir que o motorista do veículo abalroador seja o responsável pelos prejuízos causados. Entretanto, se a colisão se deu porque um outro veículo o lançou à frente, tem-se que na conduta do terceiro está a causa do acidente e, portanto, este deverá ser responsabilizado.

Circunstância relevante na caracterização do fato de terceiro como excludente é a de que tal fato deva ser atribuído a alguém, não se exigindo, contudo, a identificação deste. É a incensurável opinião de Aguiar Dias, que se transcreve:

“Sem dúvida, o fato de poder identificar o terceiro contribui para melhor caracterização do fato que se lhe atribui. Mas isso não é condição essencial para tal configuração, como sucede, por exemplo, no dano produzido por terceiro que fugiu e não foi encontrado, tendo sido visto, entretanto, a praticar o ato de que resultou o prejuízo. Se o dano não pode ser atribuído a alguém, nesse sentido de que se deva a ação humana, estranha aos sujeitos da



relação vítima-responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou de força maior”.

O caso fortuito e a força maior são excludentes que despertaram o debate dos doutrinadores acerca do seu conceito.

O Código Civil Brasileiro, além de elencá-los como causas de exclusão da responsabilidade (art. 1.058), alinha-os num só conceito (parágrafo único desse mesmo artigo), com a seguinte definição: “O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

Para o legislador não existe, pois, diferença, tanto no plano conceitual, como no que diz respeito à finalidade entre um e outro evento. Ocorrendo o fenômeno, cujos efeitos se mostraram inevitáveis, estar-se-á diante do caso fortuito ou de força maior e, assim, deixa de existir a relação de causalidade entre o dano e o fato atribuível a alguém.

Ontologicamente, entretanto, verifica-se palpável diferença entre os dois institutos, a partir das intermináveis discussões acadêmicas em torno do assunto. A mais modesta distinção que se conhece é a de que “o *caso fortuito* é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto, o temporal”, enquanto que “na *força maior* há um elemento humano, a ação das autoridades (*factum principis*), como ainda a revolução, o furto ou o roubo, o assalto ou, noutro gênero, a desapropriação”.<sup>44</sup>

Outra distinção encontrada na doutrina é a que define o caso fortuito como o fato imprevisível e inevitável, ao passo que o evento de força maior seria aquele que, embora previsível, não poderia ser evitado.

Porém, critica-se o fato de se colocar o requisito da *imprevisibilidade* do fato como escusativa da culpa do agente. Isto porque, como complemento da imprevisibilidade, deve seguir-se a *inevitabilidade*, vez que um fato pode ser imprevisível, mas perfeitamente evitável.

Noutro vértice, não seria possível generalizar a imprevisibilidade, haja vista que, com o evoluir dos tempos, pouca coisa ficou no plano do imponderável.

Finalmente, *as cláusulas exonerativas de responsabilidade* são aquelas ínsitas aos contratos, nos quais o devedor, mediante a aceitação do credor, antecipadamente, isenta-se ou tem reduzida sua responsabilidade em face do inadimplemento, do adimplemento-imperfeito ou da mora.

As cláusulas exonerativas, que em muitos casos, ou na maioria deles, são apenas *limitativas* da responsabilidade, não são admissíveis sem o consentimento bilateral; se tiverem por finalidade livrar o devedor do seu procedimento doloso; se forem atentatórias aos bons costumes e à boa-fé, bem como aos princípios de ordem pública.

Enfim, num plano geral, as primeiras excludentes aqui mencionadas - legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal - prestam-se com mais eficiência aos casos de responsabilidade subjetiva, quando então têm eficácia para retirar a ilicitude do ato, eis que voltadas precipuamente para o elemento culpa.

As demais - fato da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior - por seu turno, podem ser invocadas em casos de responsabilidade objetiva, porque afetam o liame de causalidade e, desde que os casos de responsabilidade objetiva alberguem a possibilidade de alguma escusativa, somente a estas se poderá recorrer.

## CAPITULO II

### RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DOCTRINÁRIA

#### 2.1 Responsabilidade civil do Estado e a questão terminológica

Nos capítulos anteriores foi possível apresentar, embora sintetizados, os contornos da responsabilidade civil, com suas características principais, como imprescindível momento preparatório ou introdutório ao enfoque da responsabilidade civil do Estado.

Quando se aborda a questão da *responsabilidade civil do Estado*, a primeira indagação que se insinua é a que diz respeito exatamente à expressão que se acaba de destacar.

—A responsabilidade civil do Estado, que Hely Lopes Meirelles prefere chamar de responsabilidade civil da Administração Pública é, para esse administrativista, “...a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros, por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”^^.

Vê-se, desde logo, que a definição é incompleta, tendo em vista que o mencionado autor restringe a obrigação de indenizar quanto ao *atuar* dos agentes públicos, quando se sabe que a *omissão* da Administração também é fonte de danos aos administrados, conforme se verá adiante.

Di Pietro<sup>®</sup><sup>^</sup>, entretanto, entende ser inadequada a expressão “responsabilidade da Administração Pública”; primeiro, porque dita responsabilidade pode abranger danos resultantes do comportamento não só do Executivo, mas também do Legislativo e do Judiciário. Deve-se, segundo o entendimento da mencionada administrativista, falar-se em responsabilidade do Estado, pessoa jurídica, vez que a Administração Pública, sem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil.

Para essa autora, portanto, a responsabilidade extracontratual do Estado <sup>^</sup>corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais- ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.<sup>®</sup>”

<sup>^</sup> Não se estranhe a substituição de vocábulos por parte da autora citada quando, em vez de referir-se a responsabilidade *civil*, prefere a locução “responsabilidade *extracontratual*” do Estado. Essa delimitação conceitual se deve ao fato de que a responsabilidade *contratual* do Estado é uma particularidade dos contratos administrativos, que merece estudo apartado. Por outro lado, a responsabilidade de que se trata é sempre civil, visto que não há lugar para a responsabilidade *penal* do Estado.

Nesse particular, Diógenes Gasparini endossa o que se acaba de afirmar:

“Vê-se, pois, que não se trata de responsabilidade legal (nessa o problema não se põe, já que a lei, em tais casos, obriga o Estado a indenizar) ou

<sup>®</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo; Alias. 1994. p. 408

<sup>®</sup> DI PIETRO. Ob. cit. p. 408

de responsabilidade oriunda dos ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros, denominada *responsabilidade contratual* (nessa a responsabilidade já está fixada nas cláusulas do contrato) ou de *responsabilidade criminal* (as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, não cometem contravenções ou crimes, embora seus agentes, causadores diretos do dano, possam cometê-los).(os destaques são originais)

No âmbito da *responsabilidade legal*, mencionada por esse autor, pode ser também incluída a obrigação que tem o Estado de indenizar em face das desapropriações e servidões.<sup>67</sup>

A substituição acima não traz qualquer prejuízo de ordem semântica ao estudo que ora se desenvolve, visto que, qualquer que seja a terminologia aqui empregada - e haverá o emprego de outras - a matéria em discussão não sofrerá alteração.

Efetivamente, estar-se-á abordando a responsabilidade civil do Estado, ainda que se utilize expressões do tipo *responsabilidade do Poder Público*, *responsabilidade dos entes públicos*, *responsabilidade patrimonial do Estado*, e outras formas de identificação do tema que possam surgir.

A responsabilidade civil do Estado (ou da Administração) evoluiu, de um estágio inicial de verdadeira *irresponsabilidade*, passando por um período de responsabilidade *subjetiva*, até chegar ao momento atual da responsabilidade *objetiva*.

### 2.1.1 O estado absoluto - irresponsabilidade

A fase da *irresponsabilidade* remonta ao período da ausência de um Estado de Direito, ou seja, ante a existência de um Estado absoluto, vedada a constituição de direitos contra este, visto que *The king can do no wrong*<sup>68</sup> - princípio da infalibilidade do soberano.

/

<sup>67</sup> GASPARINI Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 586

<sup>68</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 1993. p. 473

Expressão inglesa inspirando a regra da infalibilidade real; “o rei não erra”.

Não se olvidando que o direito pátrio remonta aos escritos romanos, explica León Homo<sup>®</sup> que o Estado era irresponsável durante o Principado, tal como Augusto o havia organizado. Nesse ponto, nada mudou durante o Império.

Segundo esse autor, o imperador podia realizar legalmente todos os atos úteis ao Estado e dignos da majestade das coisas divinas e humanas, públicas e privadas.

Lembra Altamira Gigena que “no Império Romano não existiam direitos privados contra o Estado. Nunca se pensou que os danos produzidos pela Administração ou por seus agentes aos particulares dessem lugar a uma ação de indenização. Resultava inconciliável com a idéia de um Estado onipotente”.<sup>^o</sup>

Contudo, diz Gigena,

“Mais tarde, admitiu-se em certos casos a responsabilidade dos funcionários e se reconheceram alguns direitos ao indivíduo frente ao Estado; assim, por exemplo, a propriedade quirritária não podia ser expropriada senão mediante indenização. O cidadão romano carecia de meios eficazes para fazer valer esse direito que na teoria se havia consagrado”.<sup>^'</sup>

Igual situação se verificava em Atenas e Esparta, onde o soberano dispunha livremente dos bens dos cidadãos, não sendo responsável por seus atos. Destarte todo o prejuízo recaía sobre as vítimas, que não tinham qualquer ação com vistas a obter indenização. Se não podiam acionar os agentes diretamente relacionados ao ato danoso, menos ainda poderiam insurgir-se contra o soberano.

Encarnada a figura do Estado na pessoa do príncipe, este via-se revestido de poder chancelado pelas divindades reverenciadas pelos súditos, característica que remonta ao conceito de Estado Antigo que, para Dallari<sup>”</sup>, era o verdadeiro Estado Teocrático:

**HOMO, León. *Las instituciones políticas romanas de la ciudad al Estado*, apud ALTAMIRA GIGENA, Julio I. *Responsabilidade dei Estado*. Buenos Aires; Astrea, 1973, p. 49**

**Ob. cit. p. 50 (tradução livre do autor)**

**Idem, mesma página,**

**DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21 ed. São Paulo; Saraiva. 2000, p. 62.**

- “A influência predominante foi religiosa, afirmando-se a autoridade dos governantes e as normas de comportamento individual e coletivo como expressões da vontade de um poder divino. Essa *teocracia* - significa, de maneira geral, que há uma estreita relação^^ entre o estado e a divindade...”

Isto indica que a relação indivíduo - estado apontava para o fato de que o povo existia em função do príncipe, ou para servir a este (encarnação do poder divino) que detinha a autoridade revelada pelas leis naturais. A idéia da perfeição sempre foi incompatível com responsabilidade. Soberania e responsabilidade eram idéias antitéticas. A lei não reconhecia direitos individuais diferentes e opostos ao Estado, que era onipotente e onisciente.

Lembra Gigena, novamente, que o mesmo se verificava na idade média:

“O poder estava cimentado no direito divino, fonte das maiores arbitrariedades. A soberania estava incorporada à propriedade do solo; e a ^justiça senhorial, sumamente imperfeita, deixava infiltrar os crimes mais horrendos. A repressão era desigual e oscilava entre uma severidade cruel e uma indulgência que chegava às raias da impunidade. Os tribunais se destacavam por seus procedimentos bárbaros e pelas sanções atrozés que aplicavam, estando sua ação muito longe de ser uma garantia.

O Estado, desintegrado em numerosos feudos, não respondia por nenhuma das aberrações que cometia, como tampouco respondiam os senhores, amparados em suas imunidades e em seus privilégios desmesurados.

Se algum dano se ocasionava à pessoa ou bens dos administrados, era considerado pelos súditos como um caso fortuito ou de força maior, razão pela qual não se acreditavam com direito a reclamar.

A forma despótica de governo, a confusão da soberania com o poder e a administração, conduziam a tais conseqüências.”^^^

Cappelletti assim noticia a fase da irresponsabilidade do Estado:

“O princípio de que o Estado, enquanto fonte de direito, não pode cometer atos ilegítimos teve, por séculos, papel decisivo em muitos

Dallari ainda explica, com apoio em Georg Jellinek (*Teoria General dei Estado*), que tal relação se apresenta sob duas formas: “a) em certos casos, o governo é unipessoal e o governante é considerado um representante do poder divino, confundindo-se, às vezes, com a própria divindade. A vontade do governante é sempre semelhante à da divindade, dando-se ao Estado um caráter de objeto, submetido a um poder estranho e superior a ele; b) em outros casos, o poder do governante é limitado pela vontade da divindade, cujo veículo, porém, é um órgão especial: a classe sacerdotal. Há uma convivência de dois poderes, um humano e um divino, variando a influência deste, segundo circunstâncias de tempo e lugar. (Ob. cit. p. 63)

Ob. cit. p. 55-56 (tradução livre do autor)

países, entre os quais a Inglaterra, a França, a Alemanha e a Itália. Isto levou a excluir, ou pelo menos a limitar seriamente, a responsabilidade do Estado e dos seus representantes e agentes por atos danosos no confronto dos cidadãos. A idéia mesma de “soberania” era considerada inconciliável com a de responsabilidade do Estado.”

Infere-se que somente se permitia responsabilizar o agente público por seus atos, ainda que no exercício de função pública, jamais o Estado, o que, ante a invariável insolvabilidade daquele, redundava numa frustrada tentativa de ressarcimento de danos por parte do particular.

Não se admitia, então, confundir o Estado e o agente, que eram considerados sujeitos distintos, e como tal, os atos do segundo, ainda que exorbitando seus poderes, não obrigavam o primeiro.

A par -dessa noção preliminar da irresponsabilidade do Estado, tal impossibilidade de se atribuir a este o dever de reparar os danos eventualmente causados aos súditos ampara-se em vários argumentos, presentes no trabalho de Marinho e Lara Filho<sup>®</sup>, entre os quais o primeiro merece especial atenção:

“A obediência imposta aos cidadãos pelo Estado, tem em vista o bem-estar geral daqueles e não benefícios diretos para este; assim, se a finalidade do Estado e o bem do cidadão, não se pode imputar qualquer responsabilidade ao Estado pela prática de qualquer ato, mesmo que produza algum dano, prevalece a motivação dirigida ao bem-estar comum que, em última análise, desfaz qualquer imputabilidade ao Estado”.

Tal tese, contudo, não pode reunir adeptos. Isto porque a teoria se assenta no papel que se atribui ao Estado em face do cidadão, mas que soa contrastante com o princípio da irresponsabilidade. Ainda que teoricamente só se admita a existência do Estado funcionando em prol do bem-estar do indivíduo, tal finalidade nem sempre esteve

CAPPELLETTI Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1989. p. 25

MARINHO, Armando de Oliveira e LARA FILHO, Zairo. *Programa de Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural Ltda. 1980.



concretizada. Aliás, o Estado social somente emergiu numa fase temporal conhecida como *moderna*.

Saliente-se que os autores citados apresentam o contraponto a essa teoria, mas com argumento diverso: 'o de que, mesmo que o Estado vise ao bem-estar da coletividade, tal característica não o municia para lesar, de forma irresponsável, os direitos individuais, não se admitindo "a existência do Estado prepotente, absoluto e irresponsável pelos atos lesivos aos cidadãos".'

Prova de que tais argumentos contra a teoria da irresponsabilidade são insuficientes para infirmá-la é que, pelas conclusões dos mesmos autores, combate-se teses ajustáveis a uma época passada com raciocínios concebidos sob os auspícios de um novo tempo.

Pode-se dizer até que, combater essa primeira teoria que pretende justificar a irresponsabilidade do Estado afigura-se-despiciendo, tendo em vista a frágil argumentação na qual se sustenta.

Um segundo argumento pró-irresponsabilidade do Estado é o de que somente o chefe do governo representa a vontade do Estado, jamais o funcionário, que só pratica atos de Estado quando recebe a respectiva e específica designação.

Tal argumento não resiste à menor insurreição teórica. Se o funcionário, ao exercer suas funções, não o fizer em nome e representando a vontade do Estado, certamente o estará fazendo para si mesmo e em particular, o que é inconcebível.

Por outro lado, e insinuando-se como uma conseqüência do argumento anterior, aparece a tese segundo a qual o Estado não tem o dever jurídico de escolher os funcionários que estarão a seu serviço, o que caberia ao Chefe de Governo que, nessa condição, seria o responsável, o que também é insustentável, ante a confusão conceituai entre as figuras de governo e Estado.

Sustenta-se também que,-sendo regra geral da responsabilidade civil aquela amparada na culpa, não se poderia atribuí-la ao Estado, por sua característica de ente abstrato. Ainda neste trabalho^^ será possível concluir que o Estado pode ser responsabilizado em face da culpa, vez que atua através de seus agentes.

Semelhante ao que disse acerca da responsabilidade do chefe de governo, defende-se a idéia de que o funcionário é que deve ser responsabilizado por sua conduta, dado o caráter representativo de sua atuação. Raciocínio que fica prejudicado com a possibilidade de ação regressiva do Estado contra seu agente faltoso^®.

Uma outra tese que não pode passar incólume a severa crítica é a revelada no seguinte texto, produto de percuciente pesquisa que se deve a Marinho e Lara Filho, já mencionados linhas acima;

“Não é razoável que o Estado exerça sua autoridade e sua força coercitiva contra seus próprios órgãos ou agentes; submeter à sua própria jurisdição os atos do Estado, seria pôr em confronto forças emanadas do mesmo poder público, fatalmente destinadas a se anularem pela concorrência de interesses”.

<sup>78</sup> Ver cap. III  
Sobre esse tema, cf. cap III  
Ob. cit. p. 147

Em ataque a essa teoria, os autores recém citados apontam para o fato de que o moderno Estado de direito tem como fio condutor o princípio da legalidade, do qual não pode se esquivar, não podendo também furtar-se do alcance das leis que ele próprio criou.

Vê-se, entretanto, que tais razões não se revelam suficientes para fulminar a tese acima. De fato, tal proposição é a verdadeira negação do Estado de direito, eis que ignora um de seus pilares de sustentação, que é a divisão do poder estatal em funções independentes, embora devam ser harmônicas, já decantadas por Montesquieu. 81

É importante salientar, por outro lado, que o Estado não deve erigir-se em adversário do próprio cidadão, razão de sua existência, e seus órgãos e agentes, embora representem a engrenagem que o movimenta, existem para que possa efetivamente cumprir sua função social. Portanto, a defesa da irresponsabilidade naqueles termos acima expostos emerge vazia e estreita.

A evolução do conceito de Estado, notadamente do ponto de vista dos seus fins em face do indivíduo, isolado ou socialmente considerado, não permitiu a sobrevivência de uma teoria que sustentasse a incoerência do poder público face às lesões que sua atividade viesse a causar aos particulares.

Verificou-se uma resistência maior ao rompimento da idéia de irresponsabilidade por parte do direito Inglês e Norte-Americano, que se justificava pelo fato dessas nações serem tradicionalmente respeitadoras das liberdades individuais, das instituições e das leis. Assim, atribuir responsabilidade ao Estado por um de seus órgãos constituía excepcionalidade, vez que, se já era ínsito ou peculiar a essas soberanias o respeito aos direitos dos cidadãos, não haveria qualquer prejuízo na manutenção do princípio da irresponsabilidade estatal, por representar uma inocuidade.

Entretanto, consoante notícia Meirelles,

“...a doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo Crow Proceeding Act, de 1947, e pelo Federal Tort Claim Act, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes”.<sup>^</sup>“

Evidentemente, ao se proclamar tal evolução na responsabilidade civil do Estado, não se pode olvidar a existência, na era moderna, de povos submissos a governos despóticos, cujos regimes jamais outorgaram ao indivíduo o *status* de cidadão e senhor de direitos frente ao Estado. Sirva-se de estimulante à memória os modelos impostos por Stalin, Hitler e Benito Mussolini e outras *ilhas* de poder. Como aperitivo das indesejáveis recordações, o lema de Mussolini: “Tudo ho Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”.<sup>^^</sup> ■ ^

### **2.1.2 Irresponsabilidade do Estado, responsabilidade do agente.**

~ O terreno favorável à indenização dos lesados em decorrência das atividades estatais começou a surgir pela responsabilização do funcionário em face de sua conduta lesiva no desempenho das funções públicas.

Tratava-se, todavia, da responsabilidade direta do funcionário, com total isenção do dever reparatório por parte do Estado.

Com o fim do regime feudal, e de uma fase intermediária - estamental -, surge o Estado liberal, conseqüência da insurreição em armas promovida pela classe burguesa, e que, inicialmente, pouco evoluiu no trato com o direito dos cidadãos frente à Administração,

muito embora a bandeira que se erguia tivesse entre seus lemas ou princípios a liberdade e a igualdade.

Abra-se um *parêntesis* para registrar a seguinte nota de Alvino Lima:

“A Revolução Francesa não estabeleceu, desde logo, o princípio da responsabilidade do Estado; destronado o rei, os revolucionários de 1789 conservaram os poderes do monarca, poderes estes que foram transferidos à Nação, considerada soberana. O Estado novo foi mais autoritário que o anterior”.\*”^

A teoria segundo a qual o Estado, como um ente moral concebido para atender aos interesses gerais, não possuindo vontade própria, realiza suas atividades através de seus agentes, sendo estes unicamente os responsabilizados pelos danos que sua missão ocasionalmente viesse a causar aos particulares, não se verificou somente no Estado francês de então, mas igualmente em outros países europeus.

Observa Altamira que:

“No sistema inglês. Estado é uma entidade abstrata constituída para satisfazer fins de interesse geral ou de utilidade social, com normas especiais ditadas com o objetivo de beneficiar a todos por igual. Como essa entidade não pode atuar por si mesma, mas que deve fazê-lo por meio de -funcionários ou empregados, todos os atos que estes realizam devem necessariamente recair sobre eles. Quer dizer que a responsabilidade é direta dos agentes e não se pode - segundo esta teoria - responsabilizar o Estado por suas culpas”.

Nesse diapasão, o funcionário, considerado como um mandatário do Estado, estaria extrapolando os limites desse mandato quando se verificasse qualquer fato que implicasse sua responsabilidade. Tal exorbitância do mandato não poderia recair sobre o mandante, cujas conseqüências danosas devem ser atribuídas somente à pessoa de quem cometeu os fatos.

Idealizou-se, assim, severas penas para os funcionários que atuassem indevidamente no cumprimento do seu dever, seja por má-fé ou negligência, portanto, vicejando um aspecto subjetivo da responsabilidade do funcionário.

Mas, o Estado continuava sendo irresponsável, visto que, quem se via prejudicado por um ato danoso, ilegal ou injusto de um funcionário público, passava a ter direito de ação somente contra este, para reclamar a correspondente indenização

Ainda que representasse uma evolução da responsabilidade, eis que surgia finalmente um responsável pelos atos provenientes das hostes estatais - o funcionário na maioria dos casos tal avanço não passava da teoria para o terreno concreto da indenização, vez que o funcionário, invariavelmente, era insolvente, o que significava que a vítima continuaria insatisfeita.

### **2.1.3 - Da total irresponsabilidade para uma responsabilidade parcial do Estado**

Expõe Júlio I. Altamira Gigena que alguns autores, entre os quais cita Rodolfo Bullrich<sup>^^</sup>, sustentam que a primeira manifestação de responsabilidade do Estado se revelou no instituto da *expropriação*.

A expropriação, também conhecida como desapropriação, é o instrumento legal pelo qual o Estado pode apoderar-se da propriedade privada para uso público, mediante prévia e justa indenização ao expropriado. Não se pode negar que, se o Estado reconhece ao particular o direito de ser indenizado quando perdê-la via desapropriação, está-se diante de um princípio de responsabilidade, eis que o domínio eminente do estado sofre restrições.

Administrativista argentino autor de obras como *Responsabilidade dei Estado (1920)*, *Curso de Derecho AdminisTrativo (1932)*, *La e Principios Generales de Derecho administrativo(1942)*.

Ob. cit., p. 61

Aproveitando tal raciocínio, para os autores que defendem a expropriação como o germen da responsabilidade do Estado, com o progresso das idéias pertinentes a essa matéria, a tendência é considerá-la extensiva a todos os atos da Administração, qualquer que seja o órgão do qual emanou.

Surge então um obstáculo de ordem conceitual - no que diz respeito aos atos da administração - que importará na obrigatória distinção entre *atos de gestão* e *atos de império* (autoridade), para se concluir que o Estado é responsável pelos primeiros, mas não o é pelos segundos.

Atrelados à idéia da responsabilidade em face da distinção entre atos de gestão e atos de império, surgem os princípios que se ancoram na *falta do serviço (falta ou culpa anônima)* e na *falta pessoal*, pelo fato de que as dicotomias então observadas consagram a responsabilidade parcial do Estado.

#### 2.1.4 A responsabilidade subjetiva do Estado; evolução"

Essa fase ficou conhecida como a concepção *civilista da* responsabilidade do Estado, "... fundada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante)".<sup>88</sup>

**Civilista**, porque o Estado passou a ser equiparado ao particular - no âmbito da responsabilidade civil -, podendo o lesado acioná-lo da mesma forma que o fazia contra qualquer cidadão, eis que, nesse particular, o Estado se submetia às regras do direito privado.

Todavia, não se alcançou tal fase civilista sem antes superar um momento "de transição", quando passou-se a admitir que o Estado poderia ser encarado sob dois ângulos distintos: de um lado, procedendo como *pessoa pública*, no exercício de seu poder de império

e, por outro lado, como *pessoa civil*, quando se equiparava ao indivíduo na condução de seus negócios - submetendo-se, como já se disse, a regramentos do direito privado. Assim, somente neste último caso se poderia responsabilizar o Estado.

Como se pode perceber, essa teoria de enfoque dúplice - dos atos de gestão e dos atos de império - logrou formar duas tendências doutrinárias sobre o assunto: de um lado, analisando-se a questão da responsabilidade exclusivamente a partir do ponto de vista do direito público, em contraste à análise sob a égide do Direito Civil. —

Ditos pontos de vista teóricos, entretanto, emanavam de uma mesma fonte; o Estado, titular de direitos patrimoniais e de direitos de soberania, possui dupla personalidade, ou esta tem dupla face, a saber, uma pessoa jurídica de direito privado e outra de direito público.

Por conseguinte, essa dupla personalidade é geradora de dois perfis de atuação do Estado: aquele consistente em atos de gestão, pelo qual os atos estão envolvidos na esfera do direito privado, face à igualdade de direito entre as partes, e a Administração, de sua parte, atua na qualidade de responsável pelos serviços públicos. Noutra ponta, a desigualdade de direitos, por obra das relações de poder, qualifica os atos de império, que são aqueles regulados pelo direito público.

Desse modo, e destacando-se que a teoria dos atos de gestão e de império atribuiu uma dupla personalidade ao Estado - uma privada e uma pública tem-se que, se a conduta dos seus agentes se concretizam em *atos de gestão*, resulta comprometida a responsabilidade pecuniária da Administração, vez que o Estado os realiza com fins patrimoniais e nas mesmas condições dos particulares, sujeito ao direito comum; entretanto, se os atos lesivos constituem-se em *atos de império*, desaparece a responsabilidade do Estado, porque a força obrigatória de suas decisões não provém de um direito de caráter patrimonial.



mas de sua soberania, e, por conseguinte, deve impor-se aos administrados sem oportunizar a estes qualquer reclamação.

Antes de se adentrar em outras teorias da responsabilidade do Estado, mister deixar assente que a responsabilidade baseada nos atos de gestão, em oposição à irresponsabilidade pelos atos de império, teve seu nascedouro no fim do século XVII, logo depois da Revolução Francesa. —

Cretella Júnior explica o nascimento desse verdadeiro artifício por parte do Estado francês para fugir às grandes indenizações às quais estaria na iminência de pagar aos particulares, em face das conseqüências patrimoniais nefastas ensejadas pela Revolução:

“Durante a grande convulsão por que passou a França, após a queda da realeza, o patrimônio móvel e imóvel do particular foi afetado. Mobiliário, casas, parques, jardins, foram danificados pela sanha popular, impossível de ser controlada pelo poder público. Em conseqüência, inúmeras ações foram propostas contra a Administração, responsabilizando-a civilmente, pelos prejuízos causados aos particulares.

— A situação econômica da França era precária. Se os administrados tivessem ganho de causa, o tesouro francês, já exaurido, ficaria insolvente, agravando ainda mais a economia do país.

Para remediar a situação, foi elaborado um artifício jurídico, *ad usum delplini*. vedando ao Judiciário tomar conhecimento dessas demandas, que seriam julgadas pela própria Administração, por serem referentes ou ligadas a atos *de império* (ou *de mando*) praticados pelo Estado no exercício do *poder de polícia*, que lhe é inerente”.<sup>89</sup>

A necessidade de estabelecer uma distinção entre atos de império e atos de gestão na França, acabou por provocar a separação das instâncias judiciárias e administrativas, razão pela qual instalou-se naquele país o sistema do *contencioso administrativo*.

. Mesmo com a criação de um verdadeiro tribunal administrativo, a delimitação conceitual e associada a casos concretos das duas modalidades de atos encontrou grandes

dificuldades, de maneira que, até mesmo nesse aspecto, era o Estado quem estabelecia tal distinção, a partir da análise de cada evento em discussão.

Cretella Júnior bem demonstra a situação referida:

“Aos poucos, em trabalho penoso e ininterrupto, tendo sempre em vista a realidade, a doutrina francesa vai aperfeiçoando o antigo conceito, compreendendo sob o título de atos de império todos os pronunciamentos da administração que envolvam aquela pessoa jurídica na qualidade de depositária de uma parcela do poder público - do *imperium* - movimentando-se soberanamente, no terreno da ordem, permitindo ou negando algo aos administrados; e entendendo sob o título de atos de gestão toda ação em que o ^ Estado se equipara ao particular quando administra o patrimônio”.^®

Há um outro aspecto dessa teoria que merece ser realçado, e que configurava verdadeira fonte de obstáculo ao administrado para ver-se ressarcido pelo Estado, que-era a necessidade de demonstrar que, na ocorrência de atos de gestão, o agente público laborou com culpa. Não bastasse a evidente dificuldade em se delimitar o ato de gestão, outra condicionante vinha para tornar mais penosa a saga da vítima do dano na persecução de uma reparação por parte do Estado.

\_ A teoria dos atos de gestão, entretanto, não teve existência muito prolongada, sendo logo abandonada, por óbvios motivos: ao indivíduo lesado não importa distinguir a natureza do ato lesivo - se de império ou de gestão -, visto que lhe interessa tão-somente ver-se satisfeito mediante a respectiva indenização. \_

A partir do momento em que se abandonava essa bipartição da responsabilidade estatal, desconsiderava-se também a idéia de representação entre o Estado e seus agentes, visto que aquele age **através** destes, ou por seus órgãos.

<sup>90</sup> CRETELLA JUNIOR, José. Ob. cit. p. 64

O Estado, da mesma forma que as pessoas jurídicas de direito privado, não tendo vontade própria, manifesta-se através de seus agentes, e o eventual dano causado a terceiros àquele será imputado.

Alvino Lima<sup>1</sup>, com apoio em Angelo Falzea, assim define tal situação: “Os órgãos das pessoas jurídicas constituem os meios de exteriorização e manifestação da vontade da pessoa jurídica, de modo que as declarações de vontade e os atos praticados por eles se consideram efetivamente como declarações e atos praticados pela própria pessoa jurídica”.<sup>2</sup>

Construía-se, assim, a *teoria do órgão*, segundo a qual não há distinção deste com relação ao ente público, mas sim, uma identidade entre ambos. Mas, dita teoria, ao mesmo tempo em denota uma aproximação com a responsabilidade de matiz pública, não prescinde da verificação da culpa do agente que atua em nome e pela Administração.

Muito embora seja certo que a verificação da culpa, no âmbito do atuar do Estado, represente claro entrave à responsabilização deste, não se pode negar que os horizontes se mostravam gradativamente mais auspiciosos aos administrados, visto que, aos poucos, as regras do direito privado, notadamente as relativas à responsabilidade civil, aplicando-se às atividades estatais, representavam verdadeiro cerco às tentativas de exclusão do dever de reparar.

Cretella Júnior resume bem esse raciocínio, ao afirmar que “A *teoria da culpa*, uma das primeiras colocações civilísticas, apresenta-se, sem dúvida, como inegável progresso na defesa do patrimônio do administrado, por deixar a Administração com um flanco aberto, embora restrito, para efeitos de ressarcimento patrimonial pelos prejuízos causados”.

LIMA, Alvino. *Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Ob. cit. p. 175  
FALZEA, Angelo. // *soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milão, 1939.

Ob. cit. p. 66

## 2.2 Teorias publicistas

A fase que se segue é a do *direito público*, cujo ponto de partida dessa inovadora concepção de responsabilidade estatal é creditado ao julgamento do célebre Caso Blanco, ocorrido em 1873, na França, do qual se dá breve notícia a seguir, à guisa de uma melhor compreensão da passagem do estágio da responsabilidade regradada pelo Direito Civil para a responsabilidade norteada pelo Direito Público.

Tal é a importância do Caso Blanco na história do direito administrativo que, como se verá, esse episódio Influuiu definitivamente na estruturação e autonomia desse importante ramo do direito.

Em 1873, na cidade de Bordeaux, França, a menina Agnès Blanco foi colhida pelo vagonete da Companhia Nacional ~da Manufatura de Fumo, quando tentava cruzar os trilhos que cortavam uma rua central, o que resultou na amputação de suas pernas, face às “graves lesões que sofreu no acidente.

O pai da criança moveu ação indenizatória, perante tribunais judiciários, contra o Prefeito do Departamento da Gironda, argumentando ser o Estado responsável pelos danos que seus agentes causassem a terceiros, com base na lei civil de então - Código Civil francês - que consagrava a responsabilidade civil em razão de conduta culposa do agente.

Como se viu anteriormente, já existia na França uma justiça especializada encarregada de julgar litígios entre Administração e administrado, em matéria administrativa - o *contencioso administrativo* (Conselho de Estado) - que foi implantada em função da conveniência da distinção entre atos de império e de gestão. -

Dessa forma, quando a ação de indenização envolvendo a menina atropelada aportou aos tribunais judiciários, suscitou-se um conflito negativo de atribuições, para se

definir qual seria a instância encarregada de dar solução ao caso - a judiciária, representada pela Corte de Cassação, ou a administrativa - a cargo do Conselho de Estado.

A solução encontrada pelo Tribunal de Conflitos (órgão jurisdicional paritário competente para resolver os conflitos de atribuições), em 1º de fevereiro de 1873, foi a de que caberia ao Conselho de Estado (Tribunal Administrativo) julgar o caso Blanco, vez que estava em discussão a responsabilidade oriunda do funcionamento de um serviço público. - -

O aresto contendo essa decisão, pelo relato de Cretella Júnior, representou um grande avanço para a época, conforme mostra o trecho que se recupera a seguir;

“A responsabilidade que incumbe ao Estado pelos prejuízos causados aos particulares por ato das pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida por princípios firmados no Código Civil, quando regula as relações de particular a particular; tal responsabilidade não é nem geral nem absoluta; tem regras especiais, que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados”.^^

Assim, a decisão proferida pelo Tribunal de Conflitos, extrapolando a missão para a qual foi provocado, indicou precisamente qual o Tribunal que estaria apto a julgar a ação indenizatória promovida pelo pai de Agnès Blanco, bem como deixou claro que os fundamentos para a solução do caso deveriam estar aninhados nos princípios do Direito Público, acentuando a autonomia do Direito Administrativo.

### **2.2.1 Teoria da culpa do serviço ou acidente administrativo**

Para percorrer as teorias publicistas da responsabilidade estatal o ponto de partida é a tese que destaca a falta do serviço (*faute du service*), construção doutrinária do Conselho de Estado francês, onde se abandona a culpa individual do agente para visualizar

sua manifestação na forma *impessoal* ou *anônima*, bastando para isso detectar a ausência do serviço, sua prestação defeituosa ou morosa.

Mais uma vez um caso concreto - que também tem a França como palco de sua ocorrência -, e restaurado por José de Aguiar Dias da obra de Paul Duez, fornece subsídios para a contextualização da “falta do serviço”. Trata-se de uma decisão do Conselho de Estado francês, datada de 03 de fevereiro de 1911, cuja questão se reproduz com fidelidade ao texto do autor que se menciona:

“Um indivíduo de nome Anguet se apresentou em uma agência postal alguns minutos antes do fechamento, de forma que este se deu quando ele se encontrava ainda aí. Terminado o serviço que o trouxera à agência e procurando sair, foi convidado a retirar-se pela sala de triagem. Aí ocorreu um incidente entre ele e dois carteiros, que o expulsaram violentamente, daí resultando um movimento infeliz, em que fraturou uma perna. Houve ação contra o Estado, proposta pelo prejudicado.”<sup>^^</sup>

— Explica Aguiar Dias que, se o órgão julgador fosse decidir “de acordo com o critério civilista, sendo manifesta a culpa dos carteiros (aliás condenados penalmente pelas lesões infligidas ao autor)<sup>r^</sup> juiz teria baseado a responsabilidade nesse fato de seus agentes”.<sup>^^</sup> Entretanto, informa, não foi o que fez o Conselho de Estado, que estabeleceu a existência da falta do serviço, para tal demonstrando o seu mau funcionamento e apontando as faltas anônimas que o revelavam.

No caso em questão, descobriu-se que alguém, para antecipar a hora do fechamento, adiantou o relógio da mencionada repartição, “coisa que não poderia suceder, em serviço bem organizado”. Descobriu-se que a causa imediata do acidente foi a existência de

um ressaltado na porta, que “numa agência materialmente bem aparelhada, tal defeito não deveria apresentar-se”.<sup>98</sup>

Finalizando o caso, o autor acima citado, acrescenta que “O Conselho de Estado fixava, então, qUe, não obstante a responsabilidade pessoal dos agentes autores da violência contra a vítima, o acidente deveria ser imputado ao mau funcionamento do serviço público”.^^

E arremata o raciocínio da seguinte forma: „-

“É preciso, entretanto, notar que o que dá lugar à responsabilidade é *a falta*, não *o fato* de serviço. Distinção útil, no sentido de que a teoria não pode ser assimilada à doutrina do risco. Nem todo defeito do serviço acarreta a responsabilidade: requer-se, para que esta se aperfeiçoe, o caráter de defectibilidade, cuja apreciação varia segundo o serviço, o lugar, as circunstâncias”.

Na conceituação da falta do serviço público, Aguiar Dias se socorre mais uma vez em Duez<sup>101</sup>, para afirmar que: -

“1º) *responsabilidade do serviço público é uma responsabilidade primária. A administração não é declarada responsável em consequência do jogo dos dados preponente-preposto, patrão-empregado etc., mas absorve a penalidade do agente, que se torna simples peça na empresa administrativa, em cujo corpo .se funde. 2º) A falta do serviço público não depende de falta do agente. É suficiente estabelecer a má condição do serviço, o funcionamento defeituoso, a que se possa atribuir o dano*”.<sup>101</sup>

Equivocadamente tem-se associado a “falta do serviço” à responsabilidade objetiva do Estado, em face de tradução defeituosa da expressão *faute*, que significa *culpa*. Salienta Bandeira de Melo que está-se diante de culpa do Estado, manifestada de forma anônima no defeiio ou ausência do serviço.

**Idem.**

**Ibidem**

**DIAS, José de Aguiar. Ob. cit.**

**DUEZ, Paul. Ob. cit. p. 10**

**DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 565**

Esse autor explica que: “Ocorre *a culpa do serviço* ou ‘falta de serviço’ quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva”.

A contribuição de Aguiar Dias reforça o entendimento acerca da responsabilidade subjetiva do Estado, ao lecionar que:

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

Cretella Júnior<sup>10</sup> ressalta a importância da doutrina do *acidente administrativo*, que se ancora na culpa do serviço (culpa anônima), destacando o grande passo dado desde a aceitação da culpa pessoal do agente como pressuposto da responsabilidade do Estado, até a aceitação da falha do serviço público como condicionante desse dever de reparar.

Não faltam censores à teoria da falta (culpa) do serviço, que têm como ponto central de sua crítica o argumento segundo o qual a expressão “culpa do serviço público” não pode significar culpa do Estado ou da Administração, muito menos culpas cometidas pelos serviços públicos. Tal convenção só se poderia admitir como uma figura de linguagem - metáfora -, visto que não é possível falar em culpa ou fato de pessoa jurídica, mas sim, de indivíduos, de homens e, mais especificamente ao caso, de agentes públicos.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo; Malheiros Editores. 1993.p.480

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro; Forense. 1997. v. II. p. 566  
 “Cretella Junior, José. Ob. cit. p. 76.

A respeito, cf. CHAPUS, René (*Responsabilité publique et responsabilité privée*) in LIMA, Alvaro. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



Uma outra crítica que se faz à teoria da culpa do serviço público é a de que a responsabilidade das coletividades públicas nada mais é do que uma responsabilidade por fato de outrem, rejeitando a culpa como fundamento desse dever de reparar por parte do poder público.

Existe um parcial acerto nessa afirmação, visto que, conforme já foi examinado em linhas anteriores, o Estado, assim como qualquer outra pessoa jurídica - de direito privado, inclusive - responde pelos prejuízos causados aos particulares na condição de preponente (entendida esta expressão num sentido amplo).

As duas críticas acima apontadas fornecem elementos importantes na discussão do tema central do presente trabalho: a culpa como, fundamento da responsabilidade civil do Estado. Com efeito, uma nega que se possa atribuir diretamente à Administração um ato faltoso, ao passo que a outra não admite que o Estado responda com fundamento na culpa.

Em capítulo próprio (III) - não se afirma que o momento seja inoportuno - estas duas questões receberão enfoque especial, onde se terá oportunidade de ver que, embora certa lógica acompanhe tais raciocínios, os pontos de vista neles expostos estarão sujeitos a um necessário redirecionamento, onde se concluirá que a culpa, elemento basilar e indispensável da responsabilidade civil, não fica, de forma absoluta, excluída da responsabilidade civil do Estado.

### **2.2.2 A responsabilidade objetiva do Estado**

A última fase nessa evolução da responsabilidade estatal é a da **responsabilidade objetiva** do ente público, à qual se chegou percorrendo-se o caminho da

eliminação dos obstáculos enfrentados pelo administrado na tentativa de responsabilizar Estado por danos a este atribuídos.

Já se disse, em momentos anteriores, que o progresso social advindo da Revolução Industrial desencadeada no século XIX representou a força propulsora para o surgimento da responsabilidade objetiva. O advento de novas técnicas industriais da produção em massa, que por sua vez provocou a massificação do trabalho assalariado, a descoberta de novas e perigosas fontes de energia que, por sua vez, deu sustentação às modernas formas de transporte e comunicação, repercutindo em todos os setores da sociedade.

As duas faces desse novo panorama mundial são muito bem sintetizadas no texto de Paulo Sérgio Gomes Alonso, que se reproduz:

- “Se, por um lado, ocorreram benefícios, obtidos através do desenvolvimento, por outro lado constatou-se que o homem ficou sujeito a um sistema sobre o qual ele não tinha nenhum controle. Com os meios de produção mais eficientes, obtiveram-se um alto grau de produtividade, até então não experimentado, e a conseqüente redução do custo de fabricação e de venda dos produtos, possibilitando as suas aquisições por uma parcela bem maior de
- pessoas havidas pelo consumo, conforto e qualidade de vida. Mas a utilização de máquinas mais sofisticadas e a superprodução eram fontes de desempregos e a convivência e sujeição ao perigo era cada vez mais iminente, em face do uso das novas tecnologias”.

As teorias em torno de uma responsabilidade objetiva surgiram a partir dessa necessidade de se proteger o indivíduo dos inevitáveis riscos da corrida desenvolvimentista que, sem sombra de dúvida, o expôs a acidentes e à iminência constante de sofrer danos de toda natureza, daí porquê se advogou a tese de que a teoria subjetiva restasse insuficiente para atender aos reclamos do homem inserido nessa sociedade já tão modificada.

Mais uma vez Gomes Alonso resume bem essa preocupação:

“O ser humano ficou à mercê de todos os riscos de acidentes e, em contrapartida, busca e exige a segurança jurídica através da justa reparação dos danos sofridos.

A convivência do homem com o perigo, aproximando-o do risco, aumenta a probabilidade de vir ele a sofrer danos de ordem moral e ou material, cuja culpa, na maioria das vezes, torna-se muito difícil averiguar e identificar”.<sup>100</sup>

No âmbito da responsabilidade do Estado, essa noção do risco ao qual o indivíduo integrante do corpo social está sujeito também serve de suporte para as teorias que sustentam o dever de reparar- objetivo do Estado.

Muito a propósito. Vieira Netto, já em 1956<sup>101</sup>, vaticinava tais mudanças, que se pode perceber a partir da seguinte reflexão:

“Realmente nada tem de comum a aceitação do risco, a sua imposição legal e a responsabilidade pela culpa. Uma caracteriza a obrigação de reparar ‘por um erro de conduta’. A outra nasce do conflito entre o mundo dinâmico e o indivíduo desprotegido. E preceito de direito social que se ira necessariamente intrometer pelo direito privado através de uma legislação específica, conflitante com o velho direito, alicerçando-se na piedade e na equidade reformistas que preparam o advento de uma segurança que ainda está por vir. A segurança contra a invalidez, o desamparo, a perda excessiva , irreparáveis de outra forma, não imputáveis pelas normas comuns de Códigos que estão em “mora com os fatos”: - um direito à tranqüilidade, um *writ* contra o **medo**”.

É certo que essa transição da responsabilidade do Estado vinculada à aferição da culpa para o dever reparatório sob critérios puramente objetivos, teve como móvel propulsor-a necessidade de situar a vítima de eventuais danos provenientes da ação estatal numa posição mais favorável à satisfação de seus prejuízos, eliminando-se a intranqüilidade do convívio social em face do atuar administrativo irresponsável.

Ob. cit. p. 38

VIEIRA NETTO, J. R.. *O risco e a imprevisão. Duas Tendências no Âmbito da Responsabilidade Civil*. Ed. póstuma. Curitiba: Juruá. 1989, p. 20

Alvino Lima também aponta as causas dessa mudança de posicionamento do Estado em face do indivíduo lesado:

“Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, 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 aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os problemas da reparação de perdas. O dano 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 os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva”.”

Idêntico raciocínio pode ser encontrado no trabalho monográfico de Gomes Alonso, ao qual novamente se recorre:

“Os fundamentos estruturais da velha culpa não mais atendiam a nova realidade. Outros elementos se impuseram para que ocorresse a reparação. O sistema individualista da culpa evoluiu para um sistema solidarista de reparação do dano. Elementos de caráter social, de equidade, de solidariedade, de prevenção, de assistência e segurança concorrem para a imposição da nova concepção de responsabilidade, de forma a lhe possibilitar a sua sustentação, formando os seus pressupostos”.”^

Ao longo da evolução doutrinária em torno da responsabilidade civil do Estado, algumas teorias surgiram para explicar essa responsabilidade objetiva, dentre elas destacando-se a teoria do *risco administrativo* e a teoria do *risco integral*.

Confirmando o risco como supedâneo da responsabilidade objetiva do Estado, Luis Antônio de Camargo, explica a teoria do risco administrativo nos seguintes termos:

“A Teoria do Risco Administrativo baseia-se, no fato incontroverso de que muitas atividades decorrentes do serviço público

importam na realização de atividades sem dúvida perigosas, que potencialmente podem causar danos à coletividade. Em detrimento de serem potencialmente lesivas, a coletividade não pode dispensar os serviços decorrentes, e o Estado ao assumir a administração ou realização de tais serviços, chama para si a responsabilidade oriunda de danos eventualmente surgidos, responsabilidade objetiva”.

Antes mesmo de se discutir possíveis diferenças entre a teoria do *risco administrativo* e a teoria do *risco integral*, deve-se fazer breve percurso pelas razões que fundamentam a responsabilidade objetiva do Estado, além das já apontadas acima.

A responsabilidade do Estado, havendo ou não culpa do serviço, fundamenta-se em princípios como o da igualdade, peculiar ao Estado de Direito. Assim, injusto seria que apenas alguns administrados suportassem os prejuízos decorrentes do serviço público, que tem por objeto o bem de-todos. Todos, pois, devem arcar com os eventuais ônus da atividade estatal.

Atestando que o Estado Contemporâneo carrega uma indesejada característica, que consiste na disparidade de condições entre os homens, no contexto do convívio social, Pasold defende o salutar raciocínio de que a este Estado Contemporâneo não cabe somente um atuar eficiente no desenvolvimento cotidiano de suas atividades, eis^que isto apenas não basta, propondo o seguinte fundamento da função social que o Estado deve perseguir:

“A realidade contemporânea, sem dúvida, requer do Estado não somente uma eficiência administrativa, mas e principalmente uma atuação - legitimada dinamicamente - voltada à participação consciente do homem na consecução de seu nobre destino. Isto será feito através da dinâmica social que implica na *utilização do instrumento estatal em favor da criação e da realização de condições de sensibilidade, racionabilidade e acessibilidade - com igualdade de possibilidades - para o homem* frente a alternativas efetivamente existentes nos planos político, social, cultural e econômico.” (o destaque não é original)

<sup>113</sup>CAMARGO, Luís Antônio de. *A Responsabilidade Civil do Estado e o Erro Judiciário*. Porto Alegre: Síntese. 1999, p. 64.

PASOLD, César Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 2 ed. Florianópolis: Estudantil. 1988, p. 66

Assim, a paz social é um primeiro argumento em prol da pronta responsabilidade estatal, vez que “a turbação ao patrimônio particular não interessa somente indivíduo, pois se assim for ele estará excluído da sociedade a que necessariamente pertence”.<sup>1</sup>

Toda vez que um membro da coletividade sofre um prejuízo em decorrência da atuação do Estado, rompe-se o equilíbrio antes existente, vez que, ao buscar a satisfação do corpo social, a Administração lesionou parte dele, o que importa em restabelecer o estado anterior, através da justa reparação.

Nesse particular, o Estado não tomará a iniciativa do ressarcimento do equilíbrio rompido, eis que age coletivamente, mas uma vez provocado, deve diligenciar no sentido de repor os estado de coisas a seu devido lugar.

Na defesa da priorização do indivíduo socialmente considerado, frente ao Estado burocrático, Wolkmer destaca que “Todas as alternativas de administração devem ter em vista o bem-estar de uma cidadania emancipada.”<sup>2</sup>

Altamira Gigena discursa no mesmo tom. Para esse autor argentino, o fundamento doutrinário da responsabilidade do Estado é o bem comum, sendo este um de seus fins, visto que aos governantes cabe a defesa da sociedade que governam e a de todos os seus membros; “mas ao proteger os direitos da sociedade devem ter principalmente em conta aquelas pessoas que se vêem prejudicadas por um ato da Administração ou de um funcionário público”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Ob. cit. p. 44 -

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais. 1995, p. 59

ALTAMIRA GIGENA, Julio I. Ob. cit. p. 88

Pretendeu Gigena explicar que um importante princípio da responsabilidade do Estado reside na equidade, vez que o Estado não deve voltar-se exclusivamente para o coletivismo, esquecendo o indivíduo; tampouco privilegiar a este demasiadamente, em detrimento da sociedade:

“Para nós, o fundamento da responsabilidade do Estado é o *bem comum*. Quer dizer, o bem de toda a comunidade e ela não pode encontrar-se plenamente satisfeita se um membro ou um grupo de seus membros sofre os danos produzidos pela atividade da Administração; portanto, lhe corresponde indenizar os prejuízos que ocasione”.”^

Pode-se associar tais raciocínios ao princípio da proporcionalidade das cargas: os cidadãos não devem sofrer uns mais que os outros as cargas impostas no interesse de todos. Disso resulta que os danos excepcionais, os acidentes que o Poder Público causa a particulares, devem ser indenizados pelo resultado das contribuições de toda a coletividade.

Enfim, a teoria do risco é a mais sedimentada entre as opiniões doutrinárias quando o assunto envolve a responsabilidade civil do Estado, vez que este, como uma coletividade jurídica e politicamente considerada, que cria potencialidades de dano aos particulares por ocasião de suas atividades, mesmo as regulares, deve postar-se como garantidor do equilíbrio social, restabelecendo o indivíduo lesado ao mesmo patamar dos demais.

Após esta necessária digressão, retorna-se aos pontos pelos quais se iniciou a tessitura das teorias do risco administrativo e do risco integral.

A teoria do *risco administrativo*, segundo Caio Mário da Silva Pereira, foi idealizada por Leon Duguit (*Las Transformaciones dei Derecho Público*) “...sobre a idéia de

um seguro social suportado pela caixa coletiva, em proveito de quem sofre um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público”.<sup>190</sup>

Esse mesmo autor, que não faz distinção entre *risco integral* e *risco administrativo*, explica que, nesse caso, “...o que se tem de verificar é a existência de um dano, sofrido em consequência do funcionamento do serviço público. Não se cogita da culpa do agente, ou da culpa do próprio serviço; não se indaga se houve um mau funcionamento da atividade administrativa”.<sup>190</sup>

E conclui, balizado no princípio da distribuição das cargas que, assim, “...distribuem-se por toda a coletividade as consequências do danosas do funcionamento do serviço público. É a forma única democrática de repartir os ônus e encargos sociais”.<sup>191</sup> -

Esse princípio - da igualdade ou repartição dos ônus e encargos públicos - é -explicado por Cretella Júnior, que se reporta ao discurso de Pedro Lessa, datado de 1915, no qual assevera que “Os serviços públicos acarretam necessariamente certos males, e estes devem ser sofridos por todos, contribuindo cada um para a indenização do dano que incidiu numa só pessoa”.

Cretella justifica essa posição doutrinária com o seguinte raciocínio:

“Se o membro do grupo sofre danos produzidos pela mais alta expressão do próprio grupo, que é a pessoa jurídica pública, síntese de todos, não é razoável que se procure explicação fantasista que exima, da obrigação de indenizar, a entidade causa do dano”.

Houve *dano*, haverá indenização, distribuindo-se esta por todos, numa expressão econômica de solidariedade de todos os agrupados.

Não é justo que o ônus ou encargo seja suportado por um só, pela vítima, sobre a qual incidiu a consequência do fato nocivo, cuja causa, próxima ou remota, é o Estado.

<sup>119</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 132  
 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Ob. cit. p. 132  
 Idem, p. 132  
 CRETELLA JUNIOR. Ob. cit. p. 83



O responsável pela reparação do dano é o Estado que, na realidade, nada mais é do que a síntese patrimonial das contribuições de todos os membros da coletividade”.

Para Cavalieri Filho, adepto da distinção entre risco integral e risco administrativo, este “...importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa”.””

Frisa esse autor que não se pode confundir uma teoria e outra. A teoria do risco administrativo, ainda que prescindida da constatação de eventual culpa, admite a exclusão da responsabilidade, provando-se a inexistência do nexo de causalidade. Assim é que, verificando a ocorrência do dano por fato da-vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, isenta-se a administração de qualquer responsabilidade. Admite-se, inclusive, a atenuação da reparação - a cargo do Estado -quando a vítima *concorrer* para o evento. Tal não acontece com relação ao risco integral, como se verá a seguir.

A teoria do risco integral assemelha-se ao que Fernando Noronha<sup>144</sup> classifica como responsabilidade objetiva *agravada*, onde o dever de indenizar - nesse caso, do Estado - está sujeito a um gravame maior, persistindo mesmo na presença de causas de exclusão do nexo causal. Exemplo dessa responsabilidade se encontra em casos de acidente de trabalho, em que o dever de reparar persiste ainda que o sinistro ocorra por culpa da vítima ou em decorrência de caso fortuito.

Registre-se, por oportuno, que é comum encontrar referência à teoria do risco integral, quando se está perante caso de risco administrativo, sem embargo daqueles que advogam pela responsabilidade irrestrita da administração, sem admitir a possibilidade de sua exclusão nos casos acima mencionados.

Idem, p. 84

Ob. cit. p. 161/162

<sup>144</sup>NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações* (em curso de redação, disponível como apostila), p. 517/518.

Este tema será retomado no próximo capítulo, vez que inserido no âmbito da legislação que serve de sustentação à responsabilidade do Estado brasileiro.

### CAPITULO III

#### A CULPA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO

#### BRASILEIRO

##### 3.1 A irresponsabilidade estatal no Brasil

A responsabilidade Estado sempre teve tratamento peculiar e diferenciado da responsabilidade civil comum ou da órbita privada, estando intimamente entrelaçada com os diversos sistemas políticos, sofrendo as influências destes. Este é um fato que ultrapassa fronteiras culturais, de maneira que se pode dizer que a responsabilidade civil do Estado insere-se num conceito quase cosmopolita.

Isto se explica pelo fato de que a responsabilidade do Estado reflete o momento político dominante em determinada época, inclusive amoldando-se ao tipo de Estado existente em dado momento da história.

Nesse particular, a estrutura de Estado predominante em determinado estágio histórico tende a se universalizar, de maneira que, se em determinado ponto do planeta iniciam-se, exemplificativamente, movimentos no sentido de se dar novo perfil ao conceito de Estado, o mesmo acontecerá em outras regiões, como se fosse uma verdadeira contaminação de princípios políticos. Assim, não se pede dizer que, enquanto os norte-americanos promovem o *welfare state*, os franceses ainda não se desvencilharam das amarras de um Estado liberal, ressaltando-se, por óbvio, os casos excepcionais de resistência ideológica.

Observa bem Cretella Júnior, acompanhando o que se acaba de alinhar, que

“O *paradigma de Estado*, condiciona o tipo de *responsabilidade pública* e o tipo de Estado de nossos dias é bem diverso do arquétipo estatal do mundo antigo; remota Antigüidade, Antigüidade clássica. Estado feudal, Estado liberal. Estado intervencionista. Em cada um desses tipos de Estados, o

problema da responsabilidade estatal é equacionado e resolvido de modo diferente”<sup>126</sup>.

Ressalta esse autor que o esquema das formas de Governo da época moderna diferencia-se radicalmente do esquema-tipo verificado nos Estados teocráticos ou feudais, “em que a entidade maior pairava muito acima dos indivíduos, ignorando-lhes os prejuízos, quando oriundos de ação ou omissão dos agentes públicos.”<sup>127</sup>

O que se pretende com este discurso introdutório nada mais é do que salientar que o direito brasileiro, embora personifique princípios com traços próprios, não deixa de - assimilar, no campo da responsabilidade pública, o matiz político de grandes correntes de pensamento européias, conforme se verá nas linhas que se seguem.

É possível verificar que o Brasil também vivenciou o seu período de irresponsabilidade estatal por danos causados aos súditos. É o caso do Brasil-colônia, época em esteve sob as rédeas de uma monarquia absoluta - a portuguesa - na qual os poderes se concentravam nas mãos dos reis de Portugal, que decidiam, em última e intransponível instância, as causas que entendessem necessário imiscuir-se, já que existiam juizes na Colônia, mas que exerciam suas funções como verdadeiros delegados do-poder real.

Somente após a independência do jugo português é que se verificou no Brasil certa tendência à evolução no já sedimentado princípio da irresponsabilidade, conforme argumenta Cretella Júnior a esse respeito:

“O primeiro período - o Brasil-Colônia - é a simples continuação do estado de coisas lusitano, alterado completamente após a proclamação da Independência, visto que durante cerca de três séculos vigorou a *teoria da irresponsabilidade estatal*, substituída, depois, pela preocupação do poder público em ressarcir, em alguns casos, os prejuízos causados aos particulares por atos de seus agentes”. ”

<sup>126</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de indenizar*. Ob. cit. p. 175  
 CRETELLA JUNIOR. Ob. cit. p. 175  
 Idem, p. 177.

### 3.2 A Constituição Política do Império, de 1824

A Constituição de 1824<sup>178</sup> trazia em seu art. 178, inciso XXIX, o seguinte texto: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”.

Por outro lado, o art. 99 da Constituição do Império consagrava a irresponsabilidade do Imperador: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Embora o poder do Imperador fosse inquestionável, a Constituição outorgada em 25 de março de 1824 - de índole liberal - trazia texto dos mais avançados para a época, principalmente no tocante aos direitos e garantias, que se pode depreender do já mencionado art. 179.

Detalhe não menos importante é que o texto constitucional do Império consagrava a existência no Brasil do chamado *contencioso administrativo*, conforme se infere do seu art. 137, que criou o Conselho de Estado para se ocupar de determinados assuntos administrativos, do mesmo modo criando um Tribunal específico voltado para os problemas do Tesouro Nacional (art. 170).

Embora não se tenha notícia que esse arremedo de contencioso administrativo se ocupasse em julgar a responsabilidade atribuída aos empregados públicos, não se pode igualmente ignorar que já havia a preocupação do Estado em salvaguardar os direitos do cidadão lesado em decorrência do atuar do agente público.

E, ainda que o texto constitucional de então responsabilizasse diretamente ao empregado público, os tribunais, entretanto, iam mais além, fazendo pesar sobre as Administrações o fardo das reparações decorrentes de danos aos particulares. É o que sustenta Rui Barbosa, cujos textos são reproduzidos por Cretella Júnior:

“Pelo dano causado ao direito dos particulares, não hesitou jamais a justiça brasileira em responsabilizar municipalidades, províncias e Estados, Governos do Império, o da República, tendo por idéia inconcussa a de que, no Ministro, no Presidente, no Governador, no Prefeito, em todos os que administram, ou servem a uma função administrativa, conta a Administração pública verdadeiros prepostos, cuja entidade, pelo princípio da representação, desaparece na do preppnente. Não desanimam, é certo, os procuradores do erário. Mas, não obstante o brilho superficial que às veleidades regalistas vai emprestando hoje, entre nós, o reflexo dos Mantellinis, a linha da tradição antiga ainda não se quebrou: os julgados na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em ações de perdas e danos, vão dia-a-dia aumentando o tesouro opulento de arestos, que fazem talvez da nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas”.

### 3.3 A Constituição Republicana de 1891

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891, repetiu o dispositivo contido na Constituição anterior, eis que no art. 82 estabelecia: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

Embora esses textos constitucionais denotassem uma irresponsabilidade do Estado, pode-se perceber, entretanto, repita-se, a preocupação com a figura do eventual lesado por atos abusivos dos agentes públicos, visto que responsabilizava os funcionários públicos diretamente.

Por outro lado, conquanto possa parecer que o Estado estivesse totalmente isento de responsabilidade, a jurisprudência se encarregava de canalizar, aos poucos, para o ente público, o dever de indenizar prejuízos causados em decorrência dos atos da administração.

Por essa trilha, manifesta-se Sérgio Cavaliéri Filho: “Tais dispositivos, entretanto, jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas da responsabilidade pessoal do funcionário. Entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes”.<sup>163</sup>

Observando-se o texto constitucional republicano de 1891, é possível concluir que o tímido e incipiente contencioso administrativo até então existente, desaparece completamente, eis que não se fala em Conselho de Estado ou qualquer outro tribunal fora da esfera do Judiciário.

### 3.4 O Código Civil de 1916

Permeando entre a Constituição Republicana de 1891 e a que seria promulgada em 1934, surgiu o **Código Civil Brasileiro, de 1916**, constituindo-se no primeiro dispositivo legal mais específico, ao atribuir ao Estado a responsabilidade por atos de seus agentes (no caso, *representantes*), mas adotando a culpa como condicionante dessa responsabilidade.

O artigo 15 do referido Código foi redigido nesses termos:

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

Percebe-se pela redação que a teoria do órgão não foi acolhida pelo legislador, vez que, ao utilizar a expressão “representantes”, busca semelhança com os prepostos das

pessoas jurídicas de direito privado, mais apropriada à concepção civilista propriamente dita, muito embora Clóvis Bevilacqua, ao comentar o referido artigo 15 do Código Civil, queira transmitir essa idéia, que faz a partir do seguinte texto colhido no trabalho realizado por Marinho e Lara Filho:<sup>132</sup>

“A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por atos de ordem privada não dá motivo a controvérsias. Aceitam-na, em geral, os autores. Negam-na, porém, alguns, quanto aos atos de direito público, pelo menos quanto aos que são praticados , “jure imperii”. Estas limitações, porém, são inaceitáveis. Todo dano deve ser reparado, por quem, injustamente, o praticou. Nos danos causados por atos da administração pública, a responsabilidade não pode ser desviada, porque ela age por intermédio de seus órgãos. Entre o funcionário e o Estado ou o Município há uma relação mais íntima do que na representação comum do mandante pelo mandatário; e se o comitente responde pelos atos do procurador, com razão mais forte deve responder a Administração pelos atos de seus órgãos”.<sup>132</sup>

Percebe-se, pois, que, numa progressiva mudança de conceitos, a responsabilidade civil dos entes públicos no Brasil, no mesmo molde de outras sociedades políticas, evoluiu da total irresponsabilidade, passando pela exclusiva responsabilidade dos agentes públicos, para a responsabilidade direta da Administração, esta até agora qualificada como **subjetiva**, tendo em vista a exigência do elemento culpa em sua definição.

A idéia de responsabilidade contida no texto do artigo 15 do Código Civil - atribuída ao Estado - origina-se da regra geral inserta no artigo 159 do mesmo Código. Ali se observa que o legislador condicionou a apuração da responsabilidade do Estado à verificação de um atuar do agente *contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*.

Não há dúvida de que, conduzindo-se o agente público (no caso, chamado de *representante*) de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, emerge a

<sup>132</sup> MARINHO, Armando de Oliveira, LARA FILHO, Zairo. Ob. cit. p. 158



ilicitude de sua conduta e, para o ato ilícito verificado, o art. 159 define a respectiva sanção, consistente no dever de reparar o dano eventualmente causado.

Comentando o aludido art. 15 da Lei Civil, Rui Cirne Lima escreve que:

“Na verdade, o art. 15 não abrange todo o campo da responsabilidade das pessoas administrativas, fora do contrato. Nele, fixa-se, somente, a presunção de culpa, *juris et de jure*, das pessoas administrativas, quando o dano provier de fato, comissiva ou omissivamente, ilegal, de seus representantes. A técnica do direito público informa o conteúdo do art. 15. Inteiramente diversa é, realmente, a técnica privatística, que preside à regulação da responsabilidade do patrão, amo, ou comitente, por seus empregados, no art. 1.521, **m, e** no art. 1.523”.<sup>133</sup>

A previsão de responsabilidade direta do Poder Público existente no art. 15 do Código Civil Brasileiro, pelos atos de seus representantes explica o fato de que a jurisprudência dos tribunais brasileiros não admitia a tese da irresponsabilidade estatal. Conforme se verá em seguida, somente a partir de 1946 é que os textos constitucionais admitiram expressamente a responsabilidade civil do Estado, ao passo que a norma infraconstitucional de 1916 já estabelecia tal responsabilidade.

### 3.5 A Constituição Federal de 1934 e a Constituição Federal de 1937

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, embora admitindo a responsabilidade do Estado, o fez de modo mais tímido, preocupando-se, *a priori*, com o comportamento do funcionário público no exercício de suas funções. Por via oblíqua, entretanto, reconhecia a responsabilidade do Poder Público. E o que se apura do art. 171 e parágrafos da referida Constituição:

“Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer

<sup>133</sup> LIMA, Rui Cirne. *O Código Civil e o direito administrativo*. 1960. p, 42

prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º . Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º . Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.”

Adotou, pelo que se depreende do texto acima, a responsabilidade solidária do funcionário público e da Administração por danos eventualmente produzidos na esfera dos interesses dos particulares.

Não se olvide, de outra parte, que a natureza da responsabilidade era, ainda, subjetiva.

Sob os auspícios do “Estado Novo”, em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas entrega ao povo brasileiro uma nova Constituição.

Francisco Brochado da Rocha, em opúsculo ufanista, faz sua reflexão acerca da nova Carta Constitucional apresentada aos brasileiros, na qual, entre outras conclusões, obtempera que, a partir do novo ordenamento que se instaurava, o Brasil se desgarrava do alinhamento ao pensamento liberal do século XIX, voltando-se para proteção da liberdade individual, mas em estrita harmonia com os interesses sociais. Serve de exemplo o trecho colhido de sua obra, que se transcreve: “Disciplinando a ordem econômica num sentido nacional e num sentido social, o Estado Novo brasileiro, a salvo de todos os exageros doutrinários, edifica, no sistema que adota, um exato equilíbrio do indivíduo com a coletividade”.!^”\*

Nesse cenário, em que um “governo forte”, que se insinua como emanção do povo - e portanto inafastado da democracia -, a par de tal característica, em nada inovou em

matéria de responsabilidade civil do Estado, eis que repetiu, nesse particular, com todas as letras, o texto da Constituição de 1934, eliminando unicamente os dois parágrafos, que tratavam de matéria processual e, portanto, dispensáveis.

Assim, não obstante o discurso já mencionado, no ponto que interessa a este estudo, o Estado manteve-se no mesmo diapasão anterior, ou seja, o da responsabilidade subjetiva e solidária do funcionário e da Administração.

### 3.6 A Constituição Federal de 1946

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, foi responsável pela concepção objetiva da responsabilidade do Estado, em cujo aspecto representou o maior avanço entre os textos constitucionais brasileiros até então. Seu art. 194 trazia a seguinte disposição: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”.

Havia, ainda, a ressalva do parágrafo único desse artigo, permitindo “ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Assim, pela análise do mencionado cânone constitucional, doutrina e jurisprudência entenderam tratar-se da adoção da responsabilidade objetiva do Estado, vez que: a) o *caput* do referido artigo não condicionava a responsabilidade à existência de culpa do agente; e, b) o parágrafo único permitia ação regressiva contra o agente nos casos de culpa e dolo, pelo que poder-se-ia deduzir a existência da responsabilidade em outros casos.

Para Cretella Júnior, o mencionado art. 194 instituiu, à época, a teoria do risco integral, eis que “Havendo *dano* e *imputabilidade* à pessoa jurídica de direito público (nexo causal) a indenização é devida. O Estado paga.”<sup>135</sup>

<sup>135</sup> Ob. cit. p. 190.

Observa com propriedade Oliveira Marinho e Lara Filho que a Constituição de 1946, ao especificar em seu art. 194 as pessoas jurídicas de direito público interno como responsáveis, “excluiu do regime de direito público a responsabilidade civil das pessoas físicas e das pessoas jurídicas de direito privado que exerçam, por delegação de poderes ou concessão, qualquer modalidade de serviço público.” Para estas, portanto, aplicando-se as regras do Direito Civil, não prescindindo da culpa na aferição das respectivas responsabilidades.

### **3.7 A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional 1/69.**

A Constituição da República, de 24 de janeiro de 1967, bem como a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, reproduziram o mesmo texto da Constituição de 1946, inclusive com o parágrafo único tratando da ação regressiva contra o agente em caso de culpa ou dolo.

A redação do art. 105, da Constituição de 1967 é a seguinte: “As pessoas jurídicas de direito público respondem-pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

Como se vê, a partir do texto constitucional de 1946, adotou-se no Direito pátrio a responsabilidade objetiva do Poder Público, fundada na teoria do risco administrativo, cujas características principais podem ser assim elencadas: a) a responsabilidade do Estado independe da aferição de culpa do agente, bastando verificar a ocorrência do dano e do nexo causai entre este e o fato da administração; b) a possibilidade de exclusão do dever reparatório na ocorrência de caso fortuito ou força maior, fato de terceiro, e fato da vítima, salientando, neste último caso que, havendo culpa concorrente, o *quantum* indenizatório será mitigado

proporcionalmente; e, c) o ônus da prova de inexistência do nexo de causalidade cabe à Administração.

Não houve, pois, qualquer progresso legislativo, doutrinário ou jurisprudencial, relativamente à responsabilidade civil do Estado, com o advento da Constituição Federal de 1967, alterada pelo regime militar implantado no país.

Pesquisadores do tema confirmam tal constatação ao comentar o texto do art.

105 da Constituição já citada:

“Portanto, a mesma orientação precedente, com a manutenção da Teoria do Risco Administrativo, eminentemente objetiva, para fixação da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e a ratificação da ação regressiva contra o funcionário, se provada a culpa deste último quando do cometimento do dano”.

### **3.8 A Constituição Federal de 1988**

Nos dias atuais, com o advento da **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988** - considerado o texto constitucional que mais avançou no espéctro dos direitos e garantias individuais e coletivas - solidificou-se a responsabilidade objetiva do Estado, escudada pela teoria do risco administrativo, já sedimentada nos textos legais anteriores, mas com um horizonte ampliado, conforme revela seu 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”.

A partir desse texto, dois aspectos importantes serão objeto de análise neste trabalho, quais sejam a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e, com mais ênfase, a responsabilidade subjetiva da Administração.

Com efeito, o texto do § 6º do art. 37 da atual Constituição Federal destaca a extensão do dever de reparar às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e, por outro lado, não se pode dizer, pela interpretação desse dispositivo constitucional, que o Estado adotou unicamente a responsabilidade objetiva, como defendem muitos autores, eis que, em alguns casos, será imprescindível a averiguação da existência da *culpa do serviço*.

Cabe, uma vez mais, ressaltar que a teoria da responsabilidade estatal adotada no atual texto constitucional é a do risco administrativo, que admite a exclusão da responsabilidade da Administração sempre que se verificar que o dano ocorreu por fato da vítima (culpa exclusiva ou concorrente), por fato de terceiro, por caso -fortuito ou evento de força maior.

### **3.9 Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.**

Embora parte da doutrina se posicionasse em sentido oposto, o que se pode constatar é que, antes do advento da novel Constituição Federal de 1988, as pessoas jurídicas que contratavam com a administração (concessionárias, permissionárias; etc.) não estavam sujeitas à responsabilidade objetiva, eis que a legislação anterior (notadamente as Constituições Federais de 46, 67 e 69) referia-se apenas às pessoas jurídicas de direito público.

A Constituição atual, dissipando qualquer controvérsia sobre o assunto, equiparou a responsabilidade dessas empresas à da Administração. Isso se justifica plenamente, dada a natureza dos serviços prestados (públicos), que se dirigem à satisfação da

comunidade. Por outro lado, ditas contratações de serviços públicos conferem aos contratados as mesmas condições e benefícios, como se fossem realizados pelo próprio Poder Público. É lógico, então, que essas pessoas jurídicas suportem na mesma medida os ônus decorrentes da atividade.

Para ilustração, oportuno o fato narrado por Guilherme Couto de Castro, ocorrido no Rio de Janeiro, em que um ciclista, ao passar por fio de alta-tensão rompido em decorrência de chuvas e ventos, morreu eletrocutado. Veja-se trecho da ementa do acórdão no desate da ação indenizatória proposta pela viúva contra a empresa prestadora:

“As pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, tal como o Estado, a partir da Constituição de 1988 respondem objetivamente pelos riscos decorrentes de sua atividade. A exclusão dessa responsabilidade só tem lugar no caso de inequívoca ocorrência de alguma das causas excludentes do nexos causais, ônus da empresa prestadora de serviços públicos. Não comprovado o fato exclusivo da vítima, nem motivo de força maior, cabe à empresa fornecedora de energia elétrica responder pela morte da vítima atingida por fio de alta tensão que se rompeu. É injustificável que nos dias atuais, não obstante os avanços da tecnologia, as empresas que atuam na exploração da energia elétrica não tenham ainda equipamentos que protejam o público dos riscos de sua atividade, como, por exemplo, mecanismo para desligamento automático da rede elétrica no caso de rompimento de fio ou outro acidente”.

Convém sublinhar, entretanto, que as entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem *objetiva e pessoalmente* pelos danos que causarem a terceiros. Não existe sequer a responsabilidade solidaria do Estado. A personalidade jurídica e o patrimônio dessas empresas são próprios, distintos do Estado, devendo responder, em nome próprio, por eventuais prejuízos que causarem a terceiros.

Observa Carvalho Filho que, nesse conceito de pessoas jurídicas de direito privado, para o efeito de responsabilidade objetiva, estão inseridas as entidades de cooperação governamental, conhecidas como “serviços sociais autônomos”:

“De outro lado entendemos que as pessoas de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos) estão sujeitas à responsabilidade objetiva atribuída ao Estado. Sua atividade é [...] de caráter eminentemente social, podendo considerar-se que se qualifica como serviço público. Além do mais, têm vínculo com o Estado, porquanto foi este que fez editar as respectivas leis autorizadoras da criação das entidades e as vinculou a seus objetivos institucionais, obrigando-as, inclusive, à prestação de contas em razão dos recursos que auferem, decorrentes do recolhimento de contribuições “compulsórias””^^

Os arestos seguintes ilustram o alinhamento das prestadoras de serviços públicos, embora tenham natureza de direito privado, no mesmo patamar atualmente reservado à responsabilidade da Administração.

“RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTADO E MUNICÍPIO - ACIDENTE DE ÔNIBUS - LESÃO CORPORAL PERMANENTE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - Lesão corporal deficitante e permanente em acidente de ônibus. Responsabilidade objetiva consagrada na Carta Magna, art. 37, § 6º, a arredar o conceito de culpa. Empresa de ônibus responde objetivamente pelos danos a outrem causados. Acidente causador de lesões, nenhuma prova existindo em contrario a atribuir culpa em quem as sofreu e das quais resultou permanente incapacidade para a profissão em que habilitada a vítima.”^^®

“RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE FERROVIÁRIO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTADO E MUNICÍPIO - ATROPELAMENTO POR TREM - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INDENIZAÇÃO - Acidente por atropelamento por trem, que resultaram lesões. Empresa prestadora de serviço público. Responsabilidade objetiva. A ferrovia tem o dever de assegurar a incolumidade dos transeuntes.”^^\*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999, p. 386

BRASIL. Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Acidente de Trânsito. Lesão corporal. Responsabilidade objetiva. AC 13433/93 - (Reg. 1359-2) - T C . - Rei. Juiz José Pimentel Marques - D. J. 29.03.1994.

BRASIL. Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Acidente Ferroviário. Estado e município. Responsabilidade objetiva. AC 3541/95 - (Reg. 2388-3) - S" C. - Rei. Juiz Gamaliel Quinto de Souza - J. 29.06.1995. Ementário TACRJ 14/96 - Ementa 40621.



“RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTADO E MUNICÍPIO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ATROPELAMENTO - EMPRESA DE ÔNIBUS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - Na responsabilidade objetiva, imposta às concessionárias de transporte público pelo art. 37, § 6º, CF., inverte-se os ônus da prova, cabendo, pois, à transportadora testificar a culpa da vítima. Se assim não procedeu, responde pelos danos pessoais que lhe causou e que serão apurados em liquidação por arbitramento.””””^^

“RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTADO E MUNICÍPIO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ATROPELAMENTO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS EMPRESAS PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - APLICAÇÃO - Não produzindo prova excludente de sua responsabilidade, responde a empresa prestadora de serviço público, pela indenização dos danos causados a terceiros. Embargos providos.”””””^

“RESPONSABILIDADE CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - DANO ESTÉTICO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTADO E MUNICÍPIO - RESPONSABILIDADE CIVIL - CASO FORTUITO/FATO DE TERCEIRO/FORÇA MAIOR - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ATROPELAMENTO MÚLTIPLO EM CALÇADA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CASO FORTUITO - INOCORRÊNCLA - JUROS DE MORA - TERMO :A QUO" - Culpabilidade da empresa de ônibus cujo preposto não obrando com. a cautela necessária atropelou com morte vários jovens sobre o passeio, que se encontravam à espera de condução. A hipótese não se enquadra em caso fortuito ou motivo de força maior em face da previsibilidade do fato pelo homem comum. A indenização seria devida por força da teoria da responsabilidade objetiva aplicável às empresas de ônibus que exercem atividade inerente a serviços públicos. Indenização pelo danojnoral bem dosada, por vítima, corrigida. Juros de mora a contar do evento. Improvimento do apelo.”

**BRASIL. Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade Civil. Estado e Município. Acidente de trânsito. Empresa de ônibus. Responsabilidade objetiva. AC 12357/93 - (Reg. 1356-3) r C. - Rei. Juiz Gustavo A. K. Leite - J. 22.03.1994. Ementário TACRJ Í5/95 - Ementa 37963.**

**BRASIL. Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade Civil. Estado e Município. Acidente de Trânsito. Responsabilidade objetiva das empresas prestadoras de serviço público. EIAC 39/94 - (Reg. 248-3) -3“ GR - Rei. Juiz Alberto Craveiro de Almeida - J. 29.06.1994. Ementa 39278.**

**BRASIL. Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Dano moral, dano estético. Estado e município. Acidente de trânsito. Atropelamento. Responsabilidade objetiva. - AC 4453/94 - (Reg. 4304-3) - T C. - Rei. Juiz Maurício Gonçalves de Oliveira - J. 24.08.1994. Ementário TACRJ 07/96 - Ementa 39209.**

Nesse diapasão, o que se admite, excepcionalmente, é a responsabilidade *subsidiária* do Estado, verificando-se a absoluta impossibilidade econômico-financeira da prestadora de serviços. Aqui, penaliza-se o ente público pela má eleição do contratado.

As entidades de direito privado, prestadoras de serviços públicos -respondem em nome próprio e com o patrimônio particular, eis que, quem recebe os bônus, deve igualmente suportar os ônus; agem por sua conta e risco, sendo distintas do Estado, possuindo personalidade jurídica própria, devendo responder por suas obrigações. -

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ÓRGÃO PÚBLICO - LICITAÇÃO - Uma árvore que cai, uma enchente que danifica, um buraco na via pública têm gerado o dever de indenização do Estado, por sua responsabilidade objetiva. O mesmo tem que ocorrer quando o lesado é um trabalhador que prestou serviços ao Estado por interposta pessoa jurídica privada, acreditando credulamente que a terceirização ou a desconcentração foram bem licitadas. Afinal, "... o governo não deve visar só aos interesses daqueles que têm o poder nas mãos, mas ainda o bem dos que lhe estão submetidos" (Leão **Xm**).

Diferentemente é a responsabilidade por danos decorrentes de obras públicas, em que doutrina e jurisprudência se orientam no sentido da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo que a execução seja cometida a um empreiteiro. A razão para tal posicionamento é de que a execução da obra fundamenta-se em *ato administrativo* (conveniência da execução, escolha do local, lineamentos, procedimentos, etc.j. Havendo empreiteiro, esse seria mero executor, investido no papel de agente da administração para aquele fim.

O raciocínio que se expõe pode ser visto através dos julgados seguintes:

“RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTADO E MUNICÍPIO - OBRAS REALIZADAS PELO MUNICÍPIO EM LOGRADOURO PÚBLICO QUE CAUSARAM DANOS A IMÓVEL PARTICULAR PELA DESCARGA DE ÁGUAS PLUVIAIS - Consoante o disposto no § 6º do art. 37 da Constituição



Questão tormentosa é a respeitante ao conceito de culpa. Escreveu Vieira Netto que “o conceito de culpa é uma terra de ninguém onde se fere uma batalha em torno de palavras”<sup>107</sup>. Carvalho de Mendonça, explica que culpa “é todo o abandono, todo o desvio involuntário de uma regra por parte de quem tem o dever de segui-la”. Abbagnano, em meio a algumas definições carreadas para o “Dicionário de Filosofia”, diz que culpa equivale a “ser causa, autor ou responsável por alguma coisa”.

Alvino Lima sugere que “culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”<sup>108</sup>, ao passo que Clóvis Beviláqua prefere definir culpa associando-a ao conteúdo do art. 159 do Código Civil Brasileiro: “culpa é a imprudência ou negligência do agente que determina violação de direito alheio, ou causa prejuízo a outrem”.

Cunha Gonçalves é extenso na definição:

“a) no sentido clássico do direito romano, culpa é toda violação do direito alheio cometida *sine jure ou contra jus*; b) no sentido do direito romano, justiniano e, sobretudo dos juristas dos séculos XVII a XIX, culpa é a atividade voluntária ou moralmente imputável, com ou sem intenção de lesar, mas de que resultou prejuízo, quer de outrem, quer da própria pessoa que a exerceu; c) num sentido mais estrito, culpa é toda e qualquer falta de diligência ou negligência, sem o propósito de lesar, mas de que resultou dano de outrem ou ofensa de direitos alheios; e d) num sentido especial, culpa é toda conduta contrária ao pontual cumprimento de uma obrigação, definição que só corresponde à culpa contratual”<sup>109</sup>.

O que se percebe, desde logo, ao apreciar tais definições, é que tendem a ligar umbilicalmente o conceito de culpa à existência de um resultado lesivo, como se aquela fosse

Ob. cit. p.-48

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Inácio. *Doutrina é Prática de Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1908, p. 537

Ob. cit. p. 224

*Culpa e Risco*. p. 69

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito Civil*. v. I, p. 449

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Princípios de Direito Civil Luso Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad. 1951. v. 2, p. 577

um elo de ligação entre o fato e o dano, o que não é verdadeiro, visto que este pode acontecer independentemente da existência daquela - dano objetivamente considerado.

De fato, a noção de culpa sugere a de responsabilidade e se liga interiormente à conduta de alguém. Aliás, dizer-se culpado equivale a considerar-se responsável por alguma coisa ou por algum fato. Por outro lado, *culpa* denota um sentimento próprio de reprovação de conduta.

No mundo jurídico, entretanto, a culpa sugere a conduta pautada pela negligência ou pela imprudência. A imperícia, tão decantada pelos autores e pela Lei Penal, deve ser considerada como integrante do amplo conceito de imprudência.

Diz Renan Miguel Saad que, “para o advento da culpa em sentido estrito, é necessário a identificação de uma falta de cautela normal ou de erro de conduta advindos de *-imprudência, negligência ou imperícia*”

Se a pessoa se conduz imprudente ou negligentemente, diz-se que não observou o dever de cuidado que dela se esperava, ou seja, violou o comportamento desejável ao homem<sup>^</sup>médio - culpa em abstrato -, ou deixou de se portar convenientemente de acordo com a conduta que, em face de suas características particulares, seria exigível - culpa em concreto.

O conceito de culpa - como atributo da responsabilidade subjetiva - até aqui desenvolvido, não pode ser considerado como adequado tão-somente à responsabilidade pessoal do agente público, como também amolda-se perfeitamente ao atuar da pessoa jurídica de direito público.

O raciocínio é simples: se é possível atribuir a responsabilidade objetiva à administração, tendo em vista que esta **assume os riscos** de sua atividade, é normal que se<sup>^</sup>

possa também reconhecer-lhe a responsabilidade subjetiva, vez que, de qualquer modo, estar-se-á reconhecendo a **responsabilidade** do ente público.

Ora, se um atributo de índole essencialmente subjetiva, que é a responsabilidade, pode ser associado ao atuar da pessoa jurídica de direito público, não é razoável que se lhe subtraia o dever de reparar com base na aferição da culpa, em alguns casos.

A conclusão de Diógenes Gasparini, quando faz um retrospecto acerca das diversas teorias que inspiraram a responsabilidade do Estado ao longo dos tempos, não deixa quaisquer dúvidas no sentido de que, embora o progresso das civilizações e o desenvolvimento do direito sejam inexoráveis - incluindo-se o Brasil nesta perspectiva - a responsabilidade civil da Administração não pode ser considerada unicamente do ângulo objetivo””^;

“Por fim, diga-se que, se tais teorias obedeceram a essa cronologia, não quer isso dizer que hoje só vigore a última a aparecer no cenário jurídico dos Estados, isto é, a *teoria da responsabilidade patrimonial objetiva do Estado* ou *teoria do risco administrativo*. Ao contrário, em todos os Estados acontecem ou estão presentes as teorias da *culpa administrativa* e do *risco administrativo*, desprezadas as da *irresponsabilidade* e do *risco integral*. Aquela (culpa administrativa) se aplica, por exemplo, para responsabilizar o Estado quando de danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, em que o Estado indeniza se tiver se omitido em comportamentos impostos por lei. Esta (risco administrativo), nos demais casos”.

Fabiano André de Souza Mendonça, em recentíssimo estudo monográfico envolvendo a responsabilidade estatal, não percorre caminho diverso, ao responder à indagação se haveria espaço para a responsabilidade subjetiva do Estado no quadro

Alvino Lima (*A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*) é um ardoroso defensor da teoria integral, não admitindo qualquer outra forma de responsabilização do Estado.

<sup>157</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 591

contemporâneo da Teoria Jurídica. Nesse particular, responde afirmativamente, em texto elucidativo:

“Hoje, pode-se dizer que, em que pese a imprescindível presença humana, o Estado parece querer divorciar-se da vida social. E o que falta é, precisamente, maior participação do indivíduo nele. Um ordenamento jurídico deve permitir a cidadania, que é a integração do indivíduo à ativa vida política de seu meio.

O poder do Estado só é ilimitado na medida em que completa a sua existência com a do cidadão. Na medida em que este se acopla àquele.

Se a responsabilidade comum é marcadamente subjetiva, não há como negar ao Estado uma parcela desta. Só que, nele, a responsabilidade subjetiva será a exceção.”<sup>100</sup> -

Aplicando-se as teses ora apresentadas - dando como irretorquível a possibilidade de se atribuir ao Estado a responsabilidade com base na culpa - à realidade concreta do cenário jurídico brasileiro, consegue-se sedimentar a compreensão desse raciocínio.

### 3.10.2 A responsabilidade por danos resultantes de omissão do serviço

Conforme se pode inferir do texto do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, a responsabilidade objetiva que ali se fez estatuir em desfavor do Estado, refere-se explicitamente ao dano resultante da **conduta** do agente público, *comissiva* ou *omissiva*.

Nesse passo, é importante fazer uma distinção entre a conduta omissiva do agente público e a omissão do serviço público.

No primeiro caso, a omissão será relevante - ao ponto de estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado - quando o agente público, no exercício de suas funções, omitir-se, numa situação em que seria seu dever agir para evitar danos a terceiro.

<sup>100</sup> Cf. *Responsabilidade do Estado por Ato Judicial Violador da Isonomia: A igualdade perante o judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000, p. 93.

Se o agente tinha o dever legal de atuar e, não o fazendo deixou de evitar um prejuízo ao administrado, equivale a dizer que aquele **causou** o dano, na mesma acepção contida no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988.

No segundo caso - omissão do serviço -, não se associa a omissão à função específica de determinado agente, e sim, a um dever do Estado, geral ou específico, de zelar pela coisa pública e proporcionar o bem-estar e tranquilidade à população.

Assim, quando o texto constitucional diz que o Estado será responsabilizado objetivamente quando seu agente causar dano a terceiro, pode-se entender, pois, que esse “causar” decorre tanto de uma conduta comissiva (atuar positivo), quanto de uma conduta omissiva (atuar negativo).

Diferentemente será a responsabilidade do Estado quando se verificar a omissão do serviço público. Poderá ser objetiva, quando o Estado tem o dever específico de desempenhar determinada atividade em prol do indivíduo e se omite, mas será subjetiva, se for genérico esse dever, consistindo em planos de ação administrativa realizáveis mediante a observância de diversos fatores, ou dependentes-da existência de circunstâncias favoráveis (financeiras, por exemplo).

No caso de omissão decorrente de dever genérico, a responsabilidade do Estado depende de um *plus*, que é a verificação da culpa.

Dessa forma, os danos causados por fatos da natureza ou pela ação de terceiros, exige que se demonstre a culpa do Poder Público, associando-os à deficiência do serviço público, ou à sua ausência, para que sejam objeto de responsabilidade do Estado.



Nesse diapasão, Sônia Sterman<sup>100</sup>, ao analisar a responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários, conclui que, para que se apure a responsabilidade daquele, impõe-se a pesquisa da culpa, no sentido de se descobrir se seria possível à Administração impedir ou não o prejuízo decorrentes dos fatos assim considerados.

O texto a seguir, colhido da jurisprudência de tribunal brasileiro, demonstra a responsabilidade do Estado condicionada a uma atuação culposa:

“Responsabilidade Civil do Poder Público - Revolta da população - Bomba - Culpa. Para obter a indenização contra o Estado por ter o autor sido atingido por uma bomba durante incidentes de revolta da população pela majoração das passagens de ônibus, necessária se faz a comprovação da culpa do Estado no fato”.<sup>101</sup>

Tenha-se, como exemplo, os danos causados em virtude de fortes chuvas, capaz de grandes inundações, associados à insuficiente drenagem das águas pluviais, através de bueiros. Deve-se aferir culpa do Estado, no sentido de que se constate que foi efetivamente a má conservação dos bueiros e canais ou a ausência deles, a causa desses danos, e que a ação da Administração poderia evitá-los.

Outro exemplo comum, refere-se ao dever do Estado em prover à segurança da população: a ocorrência de assaltos a residências ou comércios não pode ensejar uma reparação de danos a cargo do Estado, visto que não há o dever específico de destacar policiais para guarnecer cada imóvel, o que seria impraticável. Nesse caso, deve-se provar a culpa do Administração, tendo em conta as circunstâncias de cada caso.

Ao contrário, porém, se ocorre morte de detento na prisão, por outro colega de cela, ainda que inexista culpa do Estado com relação ao fato, por ter sido, por exemplo.

STERMAN, Sônia. *Responsabilidade do Estado: movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas*. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992, passim.

Ajx 454/90, 6ª Câmara Cível. Rei. Des. Pestana de Aguiar, julg. em 19.03.91 in CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit. p. 393

inesperado, existe o dever específico de assegurar a incolumidade do preso, uma vez que ao Estado cabe o monopólio da distribuição de justiça e a conseqüente aplicação das penas segundo a lei. Aqui existe um dever específico, cuja omissão gera a responsabilidade objetiva do Estado.

Pelas ementas que se seguem, pode-se constatar a posição da jurisprudência no sentido de responsabilizar o ente público com base na omissão **culposa**, já sob a égide da Constituição Federal de 1988:

“RESPONSABILIDADE CIVIL - MANUTENÇÃO DE ESTRADAS - DNER  
- 1. Há omissão culposa da administração se deixa de reparar oportunamente defeito no pavimento da estrada, em razão do qual veículo se desgoverna e acidenta-se com danos. 2. Dever de indenizar a seguradora sub-rogada, com correção monetária desde o efetivo reembolso. Divergência com o relator vencido - que a deferia só a partir do ajuizamento.”<sup>1</sup>^

“RESPONSABILIDADE CIVIL - MUNICÍPIO - AÇÃO DE RESSARCIMENTO - O poder público municipal deve indenizar o cidadão que se lesiona, caminhando via pública, ao torcer o pé em depressão no leito da rua, ocasionada pela falta de paralelepípedos.”<sup>1</sup>^

“RESPONSABILIDADE CIVIL - Município. Danos causados às instalações industriais por transbordamento de rio. Responsabilidade exclusiva da municipalidade-recorrente, que não promoveu as obras indispensáveis à vazão do referido rio, sem vez para a pretendida denúncia à lide da montadora-recorrida. Inexistência da alegada violação ao art. 70, HI, do CPC.”<sup>1</sup>\*^

“RESPONSABILIDADE CIVIL - MUNICÍPIO - Queda de árvore lesionando veículo em via pública. Obrigação da municipalidade em ressarcir o prejuízo. Verba devida.”<sup>1</sup>”

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Responsabilidade civil. Manutenção de Estradas. DNER. Apelação Cível 89.04.18440 -I - RS - 3<sup>o</sup> T. -*Rei. p/o Ac. Juiz Volkmer de Castilho* - DJU 12.06.91.

<sup>1</sup>\* ■ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Município. Ação de ressarcimento. Apelação Cível 592.028.963 - 2<sup>o</sup> C. - *Rei. Des. Talai Djahna Selistre* - 10.06.92 - RJ 182/73.

BRASILr-Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade civil. Município. Danos transbordamento de rio. Recurso Extraordinário 37.176-7 - SP - 2<sup>o</sup> T. - *Rei. Min. Américo Luz* - DJU 21.02.94 - RJ 198/93.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Responsabilidade civil. Município. Queda de árvore em veículo. Apelação Cível 113.995-1- 4<sup>o</sup> C. - *Rei Des. Cunha de Abreu* - J. 27.10.89 - RJTJESP 123/151.

“RESPONSABILIDADE CIVIL - MUNICÍPIO - Responsabilidade do Município por danos conseqüentes ao deslizamento de encosta na qual haviam sido realizadas, mas de modo insatisfatório, obras de contenção. Defesa consistente na alegação de carência de recursos financeiros: impossibilidade de acolhê-la ante a falta de prova, atribuído ao réu o respectivo ônus, por tratar-se de fato impeditivo. Fixação do montante do ressarcimento no valor atual do veículo destruído, a apurar-se em liquidação, e, quanto à morte provocada pelo acidente, em *quantum* a calcular-se com base no valor do salário mínimo (e, hoje, no piso nacional de salário), mais verba de reparação do dano moral sofrido pelo cônjuge, despesas com funeral e sepultura e juros moratórios, monetariamente corrigidas verbas fixas: CC, art. 1553.”<sup>166</sup>

“RESPONSABILIDADE CIVIL - NOVACAP. Parque da cidade. Desleixo de fiação elétrica. Indenização. Morte de filho menor de oito anos de idade. Termo *a quo* de pensjamento. Sendo a NOVACAP responsável pela administração e conservação do Parque da Cidade, deve indenizar àqueles que sofram prejuízos em decorrência de “desleixo” de fiação elétrica. A verba indenizatória deve incidir a partir do falecimento da vítima, mesmo sendo ela menor, uma vez que nos lares desprovidos de maiores recursos a colaboração dos filhos dá-se bem cedo, antes da época em que poderiam exercer legalmente o trabalho remunerado.”<sup>166</sup>

Uma última questão neste subtítulo diz respeito ao fato de que, julgando como acima se mostrou, estaria o Judiciário analisando o mérito administrativo do outro Poder, ensejando interferência em prerrogativa relacionada à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

Na verdade, o raciocínio poderá se conduzir no seguinte sentido: há deveres irrenunciáveis da administração, de ordem eminentemente pública, que justificam até mesmo a própria existência do Estado, como é o caso da segurança da população. Garantir este direito constitucional não pode ficar ao sabor da conveniência ou oportunidade da administração. A forma como será oferecido ao indivíduo, ou como será realizado, é o único espaço no qual o ente público tem liberdade para aplicar o juízo de conveniência ou oportunidade.

BRASIL. Tribunal de Justiça Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Município. Deslizaento de enconsta. Obras de contenção insatisfatórias. Apelação Cível 1.555/88 - 5ª C. - *Rei. Des. Barbosa Moreira* - RJ 139/122.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Responsabilidade civil. Novacap. Parque da cidade. Desleixo fiação elétrica. Morte de filho menor. Indenização. Embargos Infringentes em Apelação Cível ■'23.582 - DF (Reg. Ac. 76.238) - 2ª C. *Rei Des. Paulo Evandro* - DJU 17.05.95.

### 3.10.3 A culpa da vítima como excludente de responsabilidade do Estado

Viu-se, pelo exposto acima, que a culpa tem papel fundamental na aferição da responsabilidade civil do Estado em virtude da omissão genérica deste, principalmente quando se pretende ressarcimento por danos gerados por fatos da natureza ou pela ação de terceiro.

A justificação está na teoria do risco administrativo, que admite a exclusão da responsabilidade pela inexistência do nexo de causalidade entre o fato danoso e o atuar da Administração. Pela teoria do risco integral, os danos causados em qualquer circunstância, inclusive pela ocorrência de caso fortuito e força maior, seriam objeto de responsabilidade do Estado, sem abrir-se a possibilidade de sua exclusão.

Provando-se, pois, que o dano se deu por culpa exclusiva da vítima, fica o Estado isento do dever de reparação. Assim tem se posicionado a jurisprudência, o que se exemplifica pela ementa do julgado seguinte:

“RESPONSABILIDADE CIVIL - Pessoas Jurídicas de Direito Público e das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público - CF, art.

“ 37, § 6º. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. No caso, não se comprovou culpa da vítima, certo que a ação foi julgada improcedente sob o fundamento de não ter sido comprovada a culpa do preposto da sociedade de economia mista prestadora de serviço. Ofensa ao art. 37, § 6º, da CF.”<sup>167</sup>

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade civil. Pessoas Jurídicas de Direito Público e das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. Recurso Extraordinário 178.806-2-RJ - 2ª T - Rei. Min. Carlos Velloso - DJU 30.06.95.

Note-se que, no texto acima, fala-se também em **abrandar** a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público. É o que se pode ver a seguir.

#### **3.10.4 A culpa concorrente da vítima como atenuante da responsabilidade do Estado**

Pode ocorrer que a vítima não seja a única causadora do fato danoso, visto que sua ação pode ter apenas contribuído para o seu desfecho. Nesse caso, atenua-se a responsabilidade do Estado, mesmo que esta seja atribuída pelo prisma objetivo. A culpa não terá relevo na responsabilização do Estado, mas o terá no que diz respeito ao atuar da vítima, para o fim de repartir os prejuízos. Se a vítima concorre, pois, para a causação do dano, lícito é o abrandamento da responsabilidade do Estado.

A síntese do julgado seguinte ilustra bem o que se disse acima:

- “RESPONSABILIDADE CIVIL - DNER - Acidente de trânsito provocado por defeito na pista. Falta de atenção do condutor do veículo. Se o acidente ocorreu às 15:30hs, estando bom o tempo e boa a visibilidade, sendo o local uma reta, é
- presumível culpa concorrente do condutor do veículo, inclusive porque o veículo que vinha logo atrás conseguiu desviar-se do buraco. Inexistência de prova pericial a respeito da causalidade do acidente. De acordo com a teoria do risco administrativo, não há que se perquirir se houve culpa da entidade pública, mas é necessário a demonstração da causalidade do dano. Culpa concorrente a determinar sejam os danos suportados em partes iguais pelo particular e pelo DNER.”

#### **3.10.5 A culpa do agente como pressuposto de direito regressivo.**

Aqui, a abordagem da culpa centra-se na conduta do agente público.

Já se viu que o Estado responde objetivamente - na maioria dos casos - pelos danos que seus agentes, nessa condição, causarem a terceiros. Assim, para que a vítima seja

ressarcida, é suficiente averiguar a existência do dano e o nexó de causalidade entre este e a conduta do agente público. Indépende da eventual culpa do agente.

Por outro lado, verificada a culpa do agente, e tendo o Estado indenizado a vítima, subsiste o direito regressivo contra o primeiro. Nesse passo, assiste à Administração o direito de buscar o ressarcimento dos valores que indenizou à vítima, em face de seu servidor que laborou com culpa.

Nesse sentido, a lição de José Afonso da Silva, segundo o qual “cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização.”<sup>169</sup>

### **3.10.6 Responsabilidade civil no Estado Brasileiro: retomada em síntese**

A responsabilidade civil do Estado brasileiro trilhou idêntico caminho ao das legislações estrangeiras ao longo dos tempos, a partir da teoria da irresponsabilidade.

A responsabilidade civil estruturou-se alinhada à evolução do conceito de Estado, que adaptou suas funções conforme os gradativos momentos políticos mundiais. No Brasil não foi diferente.

Da irresponsabilidade verificada na era colonial, passando por estágios de responsabilidade exclusiva do agente público, de responsabilidade subjetiva da Administração, de responsabilidade solidária do agente e do Estado, e início da responsabilidade objetiva com previsão de direito regressivo contra o funcionário faltoso, até o conceito atual versado na Constituição Federal de 1988, onde se prevê também a

<sup>169</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros. p. 621

responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos no mesmo plano da atribuída ao ente público.

Pela legislação atual relativa à responsabilidade civil do Estado, o texto contido no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, indica a adoção da teoria do *risco administrativo*, o que vem contrariar respeitáveis opiniões em contrário em que se permite excluir o dever reparatório em casos de danos oriundos de culpa exclusiva da vítima, -fato de terceiro, caso fortuito-e força maior.

Este trabalho persegue a idéia de que o estudo da responsabilidade civil do Estado agasalha tranqüilamente, ao lado da responsabilidade objetiva consubstanciada no risco administrativo, -também a responsabilidade subjetiva.

, E, nesse passo, se a responsabilidade subjetiva pressupõe a aferição da culpa, a incursão pelo seu conceito revelou que esta associa-se à violação não intencional de um dever de conduta, qualificada pela negligência ou pela imprudência no agir.

Mas, esse atuar faltoso, assim definido, pode ser verificado por ocasião das atividades da Administração, independentemente do conduta individual do agente, o que se denomina de falta (culpa) do serviço ou falta anônima.

Dessa *culpa anônima* resulta ^ue os prejuízos causados pelo ente público ao particular não podem implicar numa responsabilidade objetiva do Estado, mas, ao contrário, na responsabilidade subjetiva, eis que o serviço não funcionou quando devia funcionar; funcionou de forma inadequada ou em atraso.

<sup>170</sup> Cf. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 1995.

Tal fenômeno - da responsabilidade subjetiva do Estado - pode ser facilmente verificado em casos em ocorre o que se chama de *omissão genérica* da Administração Pública, vez que, em momentos tais, é imperioso verificar se, quando da ocorrência do fato lesivo, tinha aquela (Administração) o dever de evitá-lo, não se omitindo.

Por outro lado, havendo o dever específico de atuar para evitar prejuízos ao indivíduo, sua omissão configura a responsabilidade objetiva da Administração, pois dela se esperava determinado resultado, que não foi oferecido ou concretizado.

A propósito, a responsabilidade objetiva do Estado se verifica com mais frequência em duas situações: a) quando o agente atua com ausência do dever de cuidado objetivo, ou extrapolando suas atribuições, e b) em função de atividades regulares ou atos lícitos da Administração, vez que a produção de um dano não significa que seu fato gerador seja ilícito.

No primeiro caso, adotando-se, hipoteticamente, a *teoria do órgão*, ter-se-ia a responsabilidade subjetiva da Administração, eis que, quando o agente atua no desempenho de uma função estatal, encara-se esse atuar como se fosse do próprio ente público. Tal raciocínio não é absurdo, tendo em vista que dita teoria ainda tem seu lugar no Direito Administrativo.

Contudo, ignorando-se a mencionada tese, à guisa de argumentação, atuando o agente de forma culposa, lesionando o particular, o Estado responde objetivamente, tão só pela relação preponente-preposto que se afigura ao caso.

No segundo, é casonípico de responsabilidade objetiva, tendo em vista que, ainda que a atividade do Poder Público seja essencialmente lícita e regular, inevitavelmente podem ocorrer danos a terceiro que, pela teoria da distribuição dos encargos, não poderá



suportar, sozinho, o prejuízo, tendo em vista que a atividade administrativa, via de regra, visa ao benefício da coletividade.

Noutro viés da consideração da culpa, no contexto da responsabilidade estatal, surge aquela como préssuposto do direito regressivo que a Administração poderá exercer contra o agente público faltoso.

Indo mais além, a culpa surge relevante também quando se faz necessário averiguar o comportamento da vítima no evento causador do dano. Com efeito, se a vítima foi a única culpada pela eclosão do dano, não se há de falar em responsabilidade do Poder Público e, se por outro lado, sua participação culposa foi apenas parcial, assiste direito ao Estado de ver reduzido o quantum a ser reparado.

Curioso é que, sem embargo da restrita- visão de alguns doutrinadores, que só admitem a responsabilidade objetiva para o Estado, vale a seguinte observação, aproveitando-se este último mote - a culpa da vítima: para que a Administração exima-se do dever de reparar o dano, deve-se - e invariavelmente isso acontece - verificar se a vítima procedeu com culpa. Ora, se é preciso investigar a culpa da vítima para a possível exclusão da responsabilidade do Estado, se aquela (culpa da vítima) não se verificar, é porque ela se transfere para este (Estado).

Noutro vértice, é perfeitamente possível interpretar o § 6º do art. 37, da Constituição Federal sob outro ponto de vista, oposto ao até agora aceito: ali o legislador constituinte deixou escrito que “as pessoas jurídicas de direito público [...] responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros...”

Os estudiosos do tema, destarte, entendem que, se em tal texto o legislador não condicionou o dever de reparar por parte do Estado a um atuar culposo do agente, é porque adotou unicamente a responsabilidade objetiva. Sem dúvida, o raciocínio é assaz limitado.

Basta ver que, se o legislador expressamente não afirma que a responsabilidade condiciona-se à aferição de uma conduta culposa por parte do agente, por outro lado deixou uma porta aberta para a interpretação contrária: igualmente não consignou de forma literal que a responsabilidade do Estado independe de culpa e não admite qualquer excludente. Neste particular, a jurisprudência brasileira cuidou de assegurar a possibilidade do Estado isentar-se da responsabilidade pelas excludentes já mencionadas em linhas anteriores. E no outro ponto, tem-se entendido que a Administração responde também com fundamento na culpa.

Numa reflexão final, não se deve interpretar a responsabilidade civil do Estado, tal como a atual legislação de regência a concebe, unicamente sob o fundamento do risco administrativo, indicando tão-somente a responsabilidade objetiva.

Por outro lado, não se pode admitir que o fundamento da responsabilidade civil da Administração Pública venha estear-se num mosaico de teorias, o que dificultaria sua compreensão. Diferentemente, a responsabilidade civil do Estado deve assentar-se em fundamento jurídico aniaigamado pelas teorias que efetivamente podem dar lastro ao dever de reparar, seja pelo critério objetivo, seja pelo subjetivo, atendendo sempre ao equânime atendimento dos anseios públicos, de forma que um membro da coletividade nunca venha a suportar **injustamente** os danos resultantes do atuar da Administração.

#### 4 CONCLUSÃO

Afigura-se presente neste trabalho o objetivo de alcançar um discussão em torno da responsabilidade civil do Estado, com vistas a aproximar desse contexto o elemento culpa, pressuposto da responsabilidade subjetiva da Administração, cuja existência se pretende demonstrar inafastável.

Para tanto, fez-se necessário, inicialmente, posicionar o leitor num ponto de compreensão inicial do instituto em questão, construindo um capítulo no qual se estuda o conceito de responsabilidade civil, seu surgimento, estrutura e espécies.

Assim, consignou-se que a responsabilidade civil, pressupondo a existência de um dever geral de não lesar, define-se como o dever de reparar o dano causado pela conduta antijurídica, dever este que tem como função primordial a satisfação da pessoa lesada por uma conduta alheia, bem como revelà-se numa punição para aquele que invade a esfera de direitos de terceiros.

A forma primitiva de responsabilidade, revelada pelos estudiosos da matéria, caracterizava-se pela retribuição do mal com outro mal equivalente, numa simbiose de responsabilidade civil e penal, não se distinguindo os limites de uma Ou outra. A responsabilidade, em sua fase inicial, era objetiva e privada e, em fase seguinte, passou o Estado a dar-lhe contorno jurídico, estabelecendo normas de reparação civil, a par das sanções penais.

A noção de responsabilidade civil evoluiu, desgarrando-se da responsabilidade penal, acolhendo o conceito de culpa como elemento indispensável em sua caracterização, chegando aos dias atuais com a seguinte conformação: a existência de um fato; a causação de um dano; a relação de causa e efeito entre esse fato e o dano; e, tratando-se de responsabilidade unicamente subjetiva, acrescenta-se a conduta culposa.

A responsabilidade civil apresenta-se sob alguns aspectos, que definem suas espécies: responsabilidade extracontratual, em oposição à responsabilidade negociai, que abrange aquela resultante do inadimplemento dos contratos e das obrigação unilaterais; responsabilidade subjetiva ou aquiliana, que tem seu fundamento na conduta culposa e a responsabilidade objetiva, que se sustenta na teoria do risco.

A regra, em tema de responsabilidade civil, é a responsabilidade subjetiva, que no Brasil encontra sustentáculo no art. 159 do Código Civil Brasileiro, que define o ato ilícito, condicionando este à verificação de um dano a terceiro. A responsabilidade objetiva é de natureza excepcional, e sua constatação, via de regra, depende de expresse texto de lei.

Excludentes de responsabilidade, por sua vez, consistem nos instrumentos legais pelos quais o indigitado agente causador do dano poderá eximir-se da obrigação de reparar: consiste na legítima defesa, no estado de necessidade, no fato provocado por terceiro, no fato da vítima (exclusivo ou concorrente), o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular do (lireito, o caso fortuito e o evento de força maior, além daquelas previstas para os contratos, que são as cláusulas exonerativas de responsabilidade.

A responsabilidade civil do Estado passou por longo período evolutivo, desde uma fase tida como da *irresponsabilidade* do Poder Público, albergada na pressuposição de infalibilidade dos governos absolutos, onde apenas o servidor era responsabilizado; seguiu-se-lhe o período da *responsabilidade subjetiva* do Estado, baseada numa noção civilista de responsabilidade, pela qual aquele só respondia emergindo sua culpa; chegou-se, em seguida, à adoção da responsabilidade objetiva do Estado, alargando o manto protetor do administrado, no sentido da repartição dos ônus da administração entre os membros da sociedade.

A responsabilidade subjetiva do Estado alberga-se na teoria civilista, pela qual aquele responde quando seu atuar administrativo se posiciona em igual nível ao do particular, e assim, submetendo-se às regras do Direito comum.

Conheceu-se, destarte a teoria dos atos de gestão e dos atos de império, dicotomia que provocou o surgimento do contencioso administrativo, na França, encarregado de dirimir conflitos envolvendo a Administração Pública. Assim, podia a Administração distinguir em que situação de fato estaria sujeita a indenizar o governado lesado, isto é, quando os seus atos se revestissem de natureza civil, bem como as ocasiões nas quais não se responsabilizaria, eis que seu atuar estava sob a égide dos atos de império, relacionados ao à sua soberania.

Enti'e as teorias ditas *publicistas*, vez que sob os auspícios do Direito Público, surge com grande destaque a teoria da culpa do serviço ou acidente administrativo. Dita teoria explica que o dano pode originar-se de um atuar faltoso da Administração, na condução dos serviços públicos, quando estes não se verificam quando deveriam estar presentes; quando os serviços funcionam mal ou com atraso relevante. É a culpa anônima do serviço, dispensando-se a identificação do funcionário responsável pela falha (*faute du service*).

A responsabilidade objetiva surge com abrigo em teorias que procuram explicar risco das atividades potencialmente lesivas como fundamento da responsabilidade, pressupondo um dever de segurança por parte do responsável. No caso da responsabilidade civil do Estado, tal risco decorre das atividades típicas da Administração.

Por outro lado, o fundamento principal no qual se ancora a responsabilidade civil objetiva do Estado reside na idéia do compartilhamento dos ônus por toda a coletividade, o que ensejou a discussão entre fixação das teorias do risco *integral* e do risco *administrativo*.

No Brasil, conheceu-se a mencionada fase da irresponsabilidade estatal no período colonial, até a instalação do Governo Imperial. Inicia-se, pois, um tímido período de responsabilidade subjetiva, noticiado pelos textos das Constituições brasileiras de 1824 a 1937, nos quais o funcionário público era o foco da responsabilidade perante os governados. Nessa fase da República, veio a lume, em 1917, o Código Civil Brasileiro, que em seu art. 15 proclamava (vigorando até os dias atuais) a responsabilidade subjetiva da Administração.

„ A partir da Constituição Federal de 1946, inaugurou-se uma nova fase - a da responsabilidade objetiva do Estado - que se repetiu até o surgimento da atual Constituição Federal de 1988, inclusive.

Pela Constituição Federal em vigor, a responsabilidade civil do Estado será objetiva quando se tratar de danos causados por agentes públicos, nessa qualidade.- Nesse passo, equiparou-se as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público às pessoas jurídicas de direito público, pelo que também se responsabilizarão objetivamente por atos de seus prepostos.

Não há, na doutrina pátria, unanimidade quanto à teoria adotada para a responsabilidade civil do Estado, tendo em vista o novo texto constitucional aplicado à espécie. A posição mais aceita, entretanto, é aquela que defende a teoria do risco administrativo como a adotada pelo legislador, eis que permite ao Estado eximir-se do dever de indenizar invocando algumas das excludentes de responsabilidade já mencionadas, ao passo que, pela doutrina do risco integral, o Estado responderia incondicionalmente, mesmo provando-se a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou evento de força maior.

Nota-se que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, trata da responsabilidade objetiva somente quando os danos a terceiros forem **causados** por prepostos do Estado, atuando nessa condição.

Por outro lado, vislumbra-se relevante papel da culpa naqueles casos em que os danos se verificam pela ocorrência de fatos da natureza, atos de terceiros, eventos multitudinários, em que se apregoa a omissão genérica do Estado, caso em que a responsabilidade deste será subjetiva.

Este trabalho, portanto, defende o ponto de vista segundo o qual o legislador constituinte não pretendeu atribuir ao Estado o dever de reparar com o único fundamento da responsabilidade objetiva, havendo casos nos quais, inexoravelmente, dever-se-á aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva, tendo em vista o atuar culposos da Administração.

— Não se pode olvidar também a importância do questionamento da culpa, quando se almeja excluir a responsabilidade do Estado. Nesse caso, havendo culpa exclusiva da vítima, isenta-se o Poder Público de eventual responsabilidade.

Por fim, realça-se a necessidade da averiguação da culpa do agente público, para que o Estado possa agir regressivamente contra aquele, com o fim de receber os valores indenizados à vítima.

Assim, vê-se que, inobstante ter a responsabilidade civil do Estado evoluído no sentido da adoção do risco administrativo, o que implica na responsabilidade objetiva, a culpa tem relevante papel no deslinde das ações de reparação, conforme se demonstrou no decorrer deste trabalho.

^

## 5 BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. de Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Saraiva. 2000.

ALTAMIRA GIGENA, Julio I. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea. 1973.

ALTAMIRA, Pedro Guillermo. *Responsabilidad Extracontractual del Estador Córáohdi*. 1941.

BAZHUNI, Marco Antônio. *Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência de Sua Atividade Administrativa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3 ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

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

CAMARGO, Luis Antônio de. *A Responsabilidade Civil do Estado e o Erro Judiciário*. Porto Alegre: Síntese. 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1989.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Inácio. *Doutrina e Prática de Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. Curitiba: Imprensa Paranaense. 1908.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997



CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

CORRÊA, Orlando de Assis et alii. *Vade Mecurn Jurídico Síntese*. Porto Alegre; Síntese. 1998

CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Princípios de Direito Civil Luso Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad. 1951. -

D ALT ARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva. 2000. -

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997. 2 v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Atlas. 1994.

FALZEA, Angelo. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milão. 1939.

FIGUEIRA JÚNIO, Joel Dias. *Responsabilidade Civil do Estado-Juiz*. Curitiba: Juruá. 1995.

FISCHER, Hans Albrecht. *Reparação dos Danos no Direito Civil*. Trad, de Ferrer de Almeida São Paulo: Ined. 1938

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. A ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 1995

GONÇALVES, VitorFernandes. *Responsabilidade Civil por Quebra de Promessa*. Brasília: Brasília Jurídica. 1997.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito Administrativo e Judiciário*. São Paulo: Leud. 1998.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade Civil do Estado Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998

\_. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MARINHO, Armando de Oliveira e LARA FILHO, Zairo. *Programa de Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural. 1980.

MEIRELLES, HelyLopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 1993.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Responsabilidade do Estado por Ato Violador da Isonomia: A igualdade perante o judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural. 1992

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: responsabilidade civil*. Florianópolis: em curso de redação, disponível\_ como apostila. 1999.

PASOLD, César Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 2 ed. Florianópolis: Estudantil. 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

REALE, Miguel. *Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

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

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático, por J. M. de Carvalho Santos*. 12 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros. 1997.

STERMAN, Sônia. *Responsabilidade do Estado: movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial* 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1999.

VIEIRA NETTO, J. R. *O Risco e a Imprevisão: Duas Tendências no Âmbito da Responsabilidade Civil*. Ed. Póstuma. Curitiba: Juruá. 1989.

VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad, p/ esp. Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Astrea. 1999. 2v.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2 ed. São Paulo; Revista dos Tribunais. 1995.

#### **-Principais textos legais:**

BRASIL. Carta de Lei - de 25 de março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador. *A Constituição de 1824*. Brasília: Fundação Projeto Rondon. 1986. (As Constituições no Brasil).

\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Brasília: Fundação Projeto Rondon. 1986. (As Constituições no Brasil).

\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Brasília: Fundação Projeto Rondon. 1986. (As Constituições no Brasil).

\_. *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Brasília; Fundação Projeto Rondon. 1986. (As Constituições no Brasil).

*A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.* Brasília: Fundação Projeto Rondon. 1986. (As Constituições no Brasil).

\_. *A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.* Brasília: Fundação Projeto Rondon. 1986. (As Constituições no Brasil).

*A Constituição da República Federativa do Brasil, de 17 de outubro de 1969.* Brasília: Fundação Projeto Rondon. 1986. (As Constituições no Brasil).

\_. *Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.* 24 ed. São Paulo: Saraiva. 2000. (Coleção Saraiva de Legislação).

\_. *Código Civil.* Maurício Antônio Ribeiro Lopes (coord.). 5 ed. ver., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. (RT Códigos).