

**ANÁLISE TEÓRICA ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA**

DENISE PINHEIRO

Florianópolis (SC), maio de 2003.

**ANÁLISE TEÓRICA ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito – área de concentração:
Direito, Estado e Sociedade.

Autora: Denise Pinheiro

Orientador: Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Florianópolis (SC), maio de 2003.

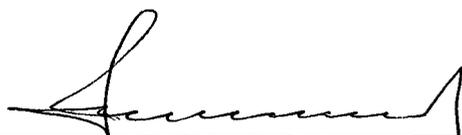
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO**

**ANÁLISE TEÓRICA ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA**

Denise Pinheiro



Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin
Professor Orientador



Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Coordenador em exercício do CPGD/CCJ/UFSC

Florianópolis (SC), maio de 2003.

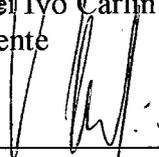
DENISE PINHEIRO

**ANÁLISE TEÓRICA ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA**

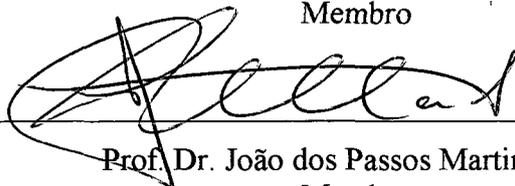
Dissertação aprovada em Defesa Pública, com nota 10 (dez), como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito, Estado e Sociedade, junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora formada por:



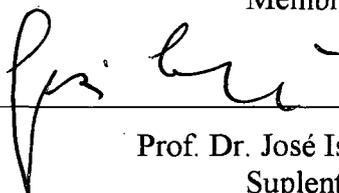
Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin
Presidente



Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz
Membro



Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
Membro



Prof. Dr. José Isaac Pilati
Suplente

Florianópolis, 06 de maio de 2003.

À vida.

Aos meus pais Catarina e Tadeu; minha
irmã Julieta e meu cunhado Douglas; e
minha tia Tereza.

Ao Hector.

Com muito amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

Ao amigo e Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin, por seu conhecimento jurídico e orientação dedicada, imprescindíveis no desenvolvimento da presente dissertação.

À Universidade Federal de Santa Catarina, instituição pela qual tenho imenso carinho e gratidão.

Aos membros da banca examinadora, Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto, Prof. Dr. José Isaac Pilati, por disponibilizarem tempo e conhecimento para o aprimoramento do presente trabalho.

Ao corpo docente e aos servidores do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Aos amigos do Programa de Mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina, em especial à amiga Denise Silva de Sousa.

Aos servidores do Departamento de Direito, do Curso de Graduação, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Ao amigo Hamilton Medeiros Silveira, por contribuir na tradução do resumo para a língua francesa.

Aos meus queridos alunos que, diariamente, motivam a busca pelo aperfeiçoamento didático e jurídico.

*“O direito não é conteúdo de regras, mas vida;
não é entidade metafísica, mas evolutiva e vital.”*

(MIRANDA, 1966, p. 11).

RESUMO

A presente dissertação intenta desenvolver um estudo teórico acerca da responsabilidade civil do Estado, delimitada no âmbito da Administração Pública. A moderna noção de Estado de Direito e sua vinculação intrínseca com os direitos fundamentais não se coaduna com a idéia de irresponsabilidade estatal pelos danos decorrentes de suas atividades. Consolidado esse pensamento, a doutrina da responsabilidade civil do Estado que desenvolveu especificidades peculiares à matéria, sem se opor aos princípios basilares da teoria geral da responsabilidade civil, evoluiu no sentido de atestar a insuficiência da idéia de culpa para reparar o prejuízo causado ao administrado e consagrar a teoria do risco administrativo que impõe a obrigação reparatória, independentemente da ação ou omissão dolosa ou imperita, negligente ou imprudente do agente estatal ou da própria Administração, impedindo que o lesado suporte sozinho o dano causado por atividade promovida em benefício de toda a coletividade e, ainda, fortalecendo o pensamento que ressarcir danos não significa apenas a recomposição do patrimônio da vítima isoladamente considerada, implicando também a manutenção da harmonia social. Para alcançar os objetivos pretendidos o trabalho divide-se, basicamente, em três partes. A primeira aborda as noções essenciais do instituto da responsabilidade civil, ressaltando-se as doutrinas subjetiva e objetiva e os pressupostos que configuram o dever ressarcitório, para que sejam estabelecidos conceitos e apresentadas teorias, que serão invocadas na seqüência da pesquisa. A seguir busca-se demonstrar os fundamentos e a origem da construção teórica da responsabilidade civil do Estado no cenário internacional, conferindo-se grande destaque à doutrina e jurisprudência francesas, bem como à evolução histórica no ordenamento jurídico nacional. Apresenta-se, por fim, a atual sistemática da responsabilidade civil conforme a estruturação da Administração Pública brasileira, focando-se, para tanto, os elementos dispostos no artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Pondera-se que não se pretende o confronto entre Administração e administrado, mesmo porque ambos possuem objetivos comuns, mas sim, propõe-se encontrar o ponto de equilíbrio entre a efetiva proteção do cidadão lesado e a extensão da responsabilidade estatal.

Palavras-chave: teoria geral da responsabilidade civil; Estado de direito; responsabilidade civil do Estado; responsabilidade civil objetiva; Administração Pública brasileira.

RÉSUMÉ

Cette dissertation a pour but développer un étude théorique sur la responsabilité civil d'État, limitée au cadre de l'Administration Publique. La moderne notion d'État de Droit et son lien intrinsèque avec les droits de l'homme ne sont pas compatibles à l'idée d'irresponsabilité de l'administration pour des dommages qui découlent de ses activités.

Par rapport à cette pensée, la doctrine qui traite de la responsabilité civil de Puissance Publique, qui a developée les détails spécifiques à ce sujet sans être contre le principe de base de la théorie générale de la responsabilité civil, a évoluée dans le sens de montrer que l'idée de faute n'est pas convenable pour réparer des dommages causés à l'administré, et consacrer la théorie du dommage administratif, qu'impose l'obligation de réparation indépendante de l'action ou omission dolosive ou négligence, maladresse ou imprudence de l'agent de l'État ou de l'Administration, empêchant qui la victime supporte toute seule le dommage causé par l'activité faite en profit de toute vie en société, et encore, fortifiant la pensée sur la quelle réparer des dommages ne veux pas dire uniquement la reconstitution du patrimoine de la victime isolément considerée, impliquant aussi le maintien de l'harmonie sociale. Pour arriver aux objectifs proposés, ce travail a été divisé dans trois parties.

La première partie étudie les notions essentielles de l'institut de la responsabilité civil, en mettant en évidence les régimes de responsabilité pour faute et de responsabilité sans faute, et les hypothèses qui configurent l'obligation de réparation, pour établir concepts et présenter des théories, qui seront invoquées à la séquence de la recherche. Tout en suite, on essaie de démontrer les bases et l'origine de la construction théorique de la responsabilité civil d'État au scénario internacional, en donnant grande évidance à la doctrine et jurisprudence françaises, aussi bien que, aux normes juridiques de la nation. À la fin, on présente l'actuelle systématique de la responsabilité civil en accord avec la structure de la Administration Publique Brésilienne, en centrent, quand même, aux éléments établis dans l'article 37, § 6º, de la Constitution de la République Fédérale du Brésil, de 1988. On établit qu'on ne veux pas le conflit entre l'Administration et l'administré, car ils possèdent des objectifs en commun, mais oui, on propose de trouver le point d'équilibre entre l'effective protection du citoyen endommagé et l'étendue de la responsabilité civil d'État.

Mot-clé: théorie générale de la responsabilité civil; État de Droit; responsabilité civil d'État; responsabilité sans faute; Administration Publique Brésilienne.

SUMÁRIO

1 Introdução.....	1
2 Considerações sobre a teoria geral da responsabilidade civil.....	4
2.1 A teoria geral da obrigação de reparar danos e a responsabilidade civil do Estado.....	4
2.2 Histórico.....	6
2.3 Conceito.....	16
2.4 Pressupostos.....	18
2.5 Classificação.....	30
2.6 Excludentes de responsabilidade.....	56
3 Responsabilidade civil do Estado: fundamentos e evolução histórica.....	69
3.1 Delimitação do tema e terminologia.....	69
3.2 Fundamentos da responsabilidade civil do Estado.....	70
3.3 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado.....	85
3.4 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no Brasil...	110
4 A atual sistemática da responsabilidade civil do Estado no Brasil: âmbito da Administração Pública direta e indireta.....	123
4.1 Preceitos normativos atuais que regulamentam a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico nacional.....	123
4.2 Análise dos elementos constitucionais.....	124
4.3 Relação dos elementos constitucionais com os dispositivos infra-constitucionais.....	153
4.4 Os pressupostos específicos da responsabilidade civil do Estado....	168
4.5 Responsabilidade civil do Estado por omissão.....	171
4.6 Excludentes da responsabilidade civil estatal.....	176
5 Considerações finais.....	180
6 Referências bibliográficas.....	185
7 Índice Analítico.....	194

1 INTRODUÇÃO

A análise do instituto da responsabilidade civil possui a finalidade de desenvolver e aprimorar teorias hábeis para promover a reparação dos danos causados aos bens e direitos juridicamente protegidos, tornando possível a harmonia e o equilíbrio sociais que, inevitavelmente, são abalados pelos prejuízos causados ao indivíduo e à coletividade.

Ressarcir danos tem sido objeto de preocupação dos homens no decorrer de sua história. Os marcos teóricos que refletem essa atitude encontram-se principalmente no Direito romano, responsável pela inserção da idéia de culpa, e no processo industrial do século XIX que demonstrou a insuficiência da mesma para proteger as vítimas em situações específicas, o que culminou com a construção da doutrina do risco. Se para as pessoas de um modo geral, a prática de um ato do qual decorra um dano, seja mediante a qualificação do mesmo como ilícito no caso da responsabilidade subjetiva, ou que gere riscos no caso da responsabilidade objetiva, é o bastante para responsabilizá-las, para se atribuir tal obrigação ao Estado foi necessário um processo ainda mais complexo. Isto porque para definir a idéia de responsabilidade civil do Estado que, até o século XIX, regia-se pela teoria da irresponsabilidade e pela idéia de total supremacia estatal, foi imprescindível a construção de outras formulações doutrinárias, além das de culpa e risco, para romper com tal paradigma, o

que ocorreu através da consolidação do Estado de Direito, que lhe atribuiu a condição de sujeito de direitos e obrigações e da submissão deste aos direitos fundamentais.

Partindo-se de tais considerações justifica-se o interesse no desenvolvimento da presente dissertação. E, para que a amplitude do tema não prejudicasse a profundidade do estudo, optou-se por delimitá-lo no âmbito da Administração Pública que, por sua vez, ficou restrita à análise da responsabilidade civil em sentido estrito dos entes da Administração direta e indireta.

Para a realização de tal intento, estruturou-se o trabalho em três partes.

A primeira expõe a teoria geral da responsabilidade civil, uma vez que é imprescindível esclarecer e definir os pontos principais do instituto para, posteriormente, compreender, com fluidez, as especificidades do tema. Destaca-se, para tanto, o conceito de responsabilidade civil, seus pressupostos, sua classificação e suas excludentes.

No segundo momento, já adentrando nas peculiaridades da responsabilidade civil do Estado, examina-se, basicamente, seus fundamentos, inserindo neste contexto as noções de Estado de Direito, princípio da separação de poderes, direitos fundamentais, Administração Pública e teoria organicista, bem como, sua evolução histórica na ordem internacional e no ordenamento jurídico nacional, salientando-se a importância da influência da jurisdição administrativa francesa neste processo.

E, no último capítulo desenvolve-se a atual sistemática da responsabilidade civil do Estado no Brasil, privilegiando a responsabilidade das entidades da Administração Pública direta - União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal - e indireta - autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Apesar de se centrar no exame do artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que se dirige às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, o trabalho não analisará a responsabilidade de todas as pessoas jurídicas pertencentes

a esta segunda classe, restrição imposta pela diversidade de pessoas enquadráveis neste conceito, o que poderia acarretar prejuízo para o resultado final da pesquisa, tendo em vista a amplitude que o tema alcançaria. Desta forma, unindo-se a classificação de pessoas responsáveis apresentada pela Constituição e a referente à Administração Pública direta e indireta, examinar-se-á o sistema reparatório atribuído constitucionalmente às pessoas jurídicas de direito público: entes federativos – União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal -, autarquias e, possivelmente, fundações públicas; e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público: fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. A presença das fundações em ambas as espécies, explica-se pelo fato de poderem ser dotadas tanto de natureza jurídica de direito público quanto de direito privado, conforme tiver determinado o legislador ao autorizar a sua instituição. No que se refere às sociedades de economia mista e às empresas públicas, é necessário alertar que as mesmas podem prestar serviços públicos ou explorar atividade econômica, implicando em regime diverso de responsabilidade, que também será abordado. Para o desenvolvimento destes assuntos, apresenta-se os preceitos normativos atuais que regulamentam a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico nacional; analisa-se os elementos constitucionais, ou seja, as pessoas responsáveis, a condição de agente e a possível ação regressiva; relaciona-se os elementos constitucionais com dispositivos do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor; explana-se os pressupostos específicos da responsabilidade civil do Estado; trata-se da polêmica questão da responsabilidade estatal por atos omissivos; e ainda, aborda-se as excludentes examinadas sob o ângulo específico da obrigação reparatória da Administração.

Por fim, ressalta-se que se trata de um estudo teórico, desenvolvido a partir da análise doutrinária e de preceitos normativos, com a utilização do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 A teoria geral da obrigação de reparar danos¹ e a responsabilidade civil do Estado²

Entende-se imprescindível iniciar-se a presente pesquisa com o estudo da teoria geral da responsabilidade civil, tendo em vista a importância de uma abordagem genérica do sistema de reparação de danos, com destaque para a sua evolução histórica, conceito, espécies, pressupostos e excludentes para que, então, nos capítulos subsequentes, sejam apresentadas, de forma contínua, as especificidades do tema da responsabilidade civil do Estado.

Destaca-se, desde já, que inobstante a obrigação reparatória estatal ser regularmente tratada como matéria de direito público³, e o reconhecimento inquestionável de que tal assunto

¹ Abstraindo-se do conceito de responsabilidade civil (vide item 2.3), alerta-se que, durante o presente trabalho, quando se fizer referência à obrigação/dever de reparar, obrigação reparatória, obrigação ressarcitória, obrigação indenizatória, estar-se-á, de fato, apresentando-se expressões equivalentes ao instituto da responsabilidade civil.

² Esclareça-se que o tema da presente pesquisa é a responsabilidade civil do Estado no âmbito da Administração Pública direta e indireta. Inobstante Estado e Administração Pública possuam conceitos distintos, serão utilizadas como sinônimas, com o único intuito de facilitar a redação e a leitura desta dissertação, as expressões responsabilidade civil do Estado, da Administração Pública, do Ente Público, da Administração e do Poder Público. De qualquer forma, destaca-se, desde já, o conceito de Estado, conforme formulação de Dalmo de Abreu Dallari: *“ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”* (DALLARI, 1987, p. 100-101), e o conceito de Administração Pública, consoante disposição de Paulo Márcio Cruz: *“corpo permanente e técnico de servidores públicos, especializados e selecionados, na grande maioria dos países desenvolvidos e até em alguns em desenvolvimento, de acordo com critérios de mérito e capacidade”* (CRUZ, 2001, p. 110).

³ Há dificuldade cada vez maior em se definir quais as matérias de direito privado e quais as de direito público, principalmente pelo fato de que as que se enquadrariam normalmente na primeira espécie não mais se restringem a um estudo marcado pelo individualismo, próprio do século XIX, bem como em virtude do reconhecimento de que a preocupação com o social deve nortear a regulamentação e interpretação de todas as relações jurídicas, sejam elas privadas ou públicas. Desta forma, observa-se que mesmo quando se tratar especificamente da

rege-se por princípios próprios, mesmo porque há norma constitucional regulamentando-o, a apresentação de uma teoria geral da responsabilidade civil que, inevitavelmente, retira subsídios do conhecimento produzido pelo Direito civil, mas que há muito tempo transcende os limites deste ramo jurídico, não significa realizar uma análise privatística sobre o tema que ora se propõe, mesmo porque tal discussão mostra-se irrelevante diante da grandiosidade do mesmo. Amaro Cavalcanti, ao tratar da teoria da responsabilidade civil do Estado, já em 1904, teve a lucidez de afirmar:

Por nossa parte, sem desconhecer o intêresse teórico e prático que haja em elucidar a questão particular de saber se a responsabilidade do Estado deve ser fundada, *exclusiva* ou *principalmente*, no direito público, ou no direito privado, ou ainda em leis especiais segundo os casos diferentes; pensamos, todavia, que ao nosso atual intento, não é imprescindível a discussão preliminar dêste ponto, – para que, sòmente depois, se possa bem examinar e apreciar os fundamentos diversos, com que se tem procurado justificar a aludida responsabilidade. O que por ora nos preocupa de preferência, não é averiguar se o ato argüido cabe com maior justeza científica no escopo do direito público do que no do direito privado, e vice-versa, – mas se o ato é suscetível de gerar uma obrigação civil contra o Estado, conforme a idéia da justiça, fundamento essencial, idêntico, dêsses dois ramos do direito.⁴

Assim, não se pretende colocar a responsabilidade civil estatal como matéria integrante do Direito Civil, mas também não se pode negar a interdisciplinariedade que comporta.

José Joaquim Gomes Canotilho:

A ideia cardeal foi, antes, a de impostar problematicamente um assunto que, nas fronteiras do direito público e privado, apresenta as nebulosidades de todas as zonas de recíprocas interinfluências, com delimitações oscilantes e divergentes. A contigüidade do problema com os dois ramos do direito constitui logo um preaviso contra os perigos da unilateralidade de qualquer abordagem. A apriorística substantivação da responsabilidade do poder público ou a sua completa submissão aos cânones privatísticos conduzem, inevitavelmente, a uma questionável autonomização da responsabilidade estadual ou a um deliberado esquecimento da sua especificidade problemática.⁵

responsabilidade civil em uma relação dita privada, a preocupação com a reparação do dano não se limitará apenas à recuperação de um patrimônio pessoal, mas também ao restabelecimento do equilíbrio e da harmonia sociais. Ademais, a delimitação do público e do privado torna-se ainda mais complexa quando se busca classificar certos ramos jurídicos como, por exemplo, Direito do Consumidor, Direito da Criança e do Adolescente, Direito do Trabalho, Direito Ambiental e Direito Econômico.

⁴ CAVALCANTI, 1957, p. 168.

⁵ CANOTILHO, 1974, p. 11.

E Yussef Said Cahali:

Em realidade, o conceito de responsabilidade civil é unitário, sendo hoje contemplado nos ordenamentos jurídicos mais tendo em conta a posição da pessoa que sofreu o dano, do que a do sujeito que o provocou.

[...]

A responsabilidade civil é instituto que, embora historicamente tenha tido sua origem e desenvolvimento nos ordenamentos privados, pertence hoje à teoria geral do Direito, pela simples razão de que seu fundamento e finalidade, e os princípios que a informam, são igualmente aplicáveis a todos os setores do Direito.⁶

Após tais justificativas, inicia-se, então, o estudo da teoria geral da responsabilidade civil.

2.2 Histórico

Para se desenvolver uma pesquisa e compreender sua importância e utilidade atual, faz-se necessário realizar um estudo sobre sua evolução histórica, particularmente, quando o tema a ser tratado é o instituto da responsabilidade civil, que experimentou, sobretudo nos séculos XIX e XX, extraordinárias modificações.

A vida em Sociedade requer reflexões acerca da liberdade e da responsabilidade de todos que a integram, pois, conforme sustenta Carlos Alberto Bittar, *“o ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do Direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade.”*⁷

As lesões ocorridas em uma comunidade, então, afetam o equilíbrio social, razão pela qual a reparação dos danos possui grande importância e tem se mostrado objeto de constante preocupação. João Casillo atesta que o interesse pela indenização dos prejuízos causados à

⁶ CAHALI, 1995, p. 26.

⁷ BITTAR, 1984, p. 26.

pessoa, inclusive com a fixação do *quantum*, é identificado em um texto datado de, aproximadamente, 2050 a.C., a Táboa de Nippur, também conhecida como Lei de Ur-Nammu, redigida em sumério, do qual foram encontrados apenas trechos incompletos⁸.

Wilson Melo da Silva dispõe:

É a época, v.g., do Código de Ur-Nammu, recentemente descoberto e revelado ao mundo pelos pacientes trabalhos de um arqueólogo ilustre, S. N. Kramer, e pelo qual se ordenava, por um nariz cortado, um pagamento de 2/3 de *mina* de prata; pela quebra de um osso, u'a *mina* de prata; 10 *siclos* de prata por um aleijão de pé.⁹

Entretanto, é nos primórdios do Direito Romano que se constata com maior clareza a origem, ainda que rudimentar, da responsabilidade civil. O termo inicial, então, é representado pela vingança privada, que equivale a uma resposta imediata à ofensa, reagindo o lesado de forma direta ao prejuízo provocado, sem qualquer interferência de um ente alheio à controvérsia e, ainda, sem considerar se a lesão era resultado de um ato culposos do ofensor.¹⁰ Ressalta-se que em virtude disto, ou seja, em razão da “justiça” ser feita com as próprias mãos, esta fase histórica corresponde tão-somente a um esboço precário da teoria geral da obrigação de reparar danos.

Alvino Lima assevera:

A responsabilidade civil no direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, 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.¹¹

Posteriormente, esse mecanismo primitivo de responsabilidade foi submetido ao domínio jurídico através da Lei de Talião, que o regulamentou passando a permiti-lo ou excluí-lo, conforme a situação. A restrição tinha o intuito de coibir abusos e proibir a retaliação considerada injustificada. A pena de Talião, sob a tutela do Poder Público¹², buscava produzir ao ofensor prejuízo idêntico ao causado ao lesado, correlacionando a reparação, nas palavras de

⁸ CASILLO, 1994, p. 30.

⁹ SILVA, Wilson Melo da., 1974, p.16.

¹⁰ DIAS, 1995, p. 17.

¹¹ LIMA, 1999, p. 20.

¹² Ibid., p. 20.

Pontes de Miranda, a “*mutilações simétricas ao delito*”¹³. Desta forma, “*o legislador se apropria da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições tem a vítima o direito a retaliação.*”¹⁴

Pontes de Miranda afirma:

Ora, a vingança em si, não compunha equilíbrio. Daí a crítica de AULO-GÉLIO, em *Noctes Atticae*, XX, 1, escritas no século II: Se fere um membro e não há acôrdo – *si membrum supsit, ni cum eo pacit, talio est* – há talião. Sem que se revele a atividade de vingança, ¿como se pode dar execução justa à lei de talião? Se o que foi ferido no membro quer usar de represália, inquiri: ¿como se pode equilibrar ofensa e pena? Aí, a primeira dificuldade é inafastável. ¿E como, se o atentado foi imprudentemente feito? Porque, afinal, golpe fortuito e golpe premeditado não caem na mesma similitude taliônica. ¿Como, para se executar a pena de talião, e se vingar de ato imprudente reproduzir o mesmo ato sem a imprudência? Se o ofensor procedeu voluntariamente, como se há de ter pêsco e medida para se saber se a ferida foi mais larga, ou mais funda? Se excede, e do ato de talião resulta outro, ao ridículo junta-se a atrocidade.¹⁵

Ultrapassando-se a fase da vingança privada pura e simples e da Lei de Talião, veio o período da composição voluntária, concedendo-se ao ofendido, se este assim optasse, a possibilidade de reparação do dano sofrido através da “*prestação da poena, espécie de resgate da culpa*”¹⁶, “*isto é, uma soma em dinheiro, ou a entrega de objeto*”¹⁷, e permitindo ao ofensor a conquista do perdão da vítima.¹⁸ A utilização constante do procedimento tirou-lhe o caráter de voluntário, tornando-o obrigatório e tarifado, o que se consolidou na Lei das XII Tábuas, que determinava, para casos concretos, o valor da indenização.¹⁹

À medida que os círculos sociais se consolidam (tribos, nações de tribos, cidades, Estados), as composições voluntárias são substituídas pelas composições legais. O interêsse do ofendido passa a ser menos relevante que o da coletividade. A princípio, há a fixação tarifária (x para cada delito), no que se revela o critério empírico, instintivo, da atuação da regra jurídica. O ofendido tem de contentar-se com a tarifa e o ofensor tem de pagar o que se preestabeleceu genêricamente.²⁰

¹³ MIRANDA, op.cit., p. 16.

¹⁴ DIAS, op.cit., p. 17.

¹⁵ MIRANDA, op. cit., p. 16.

¹⁶ DIAS, op.cit., p. 17.

¹⁷ LIMA, op.cit., p. 21.

¹⁸ Ibid., p. 21.

¹⁹ Ibid., p. 21.

²⁰ MIRANDA, op. cit., p. 16.

Quando a autoridade incorporou a composição obrigatória e tarifada passou, então, a exercer a justiça distributiva, promovendo uma separação incipiente entre delitos públicos e privados. Os primeiros representavam ofensas mais graves, já que correspondiam a uma lesão direta ao Poder Público. E os delitos privados, que apesar de forma imediata atingirem somente o particular, por refletirem na ordem social, também requeriam a atuação da autoridade, o que ocorria através da ora referida composição. Salienta-se, entretanto, que o Direito romano não chegou a desenvolver um tratamento diferenciado para a indenização e para a pena.²¹

No entanto, o grande marco para a responsabilidade civil no Direito romano foi a Lei Aquília²², do ano 286 a.C.²³, resultado de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquílio²⁴. Sua importância está na estruturação do instituto, principalmente no que concerne à inserção do elemento volitivo culpa para configurar a obrigação reparatória, ainda hoje, regra geral para determinar o pagamento de indenizações a vítimas de danos.

O conteúdo da Lei Aquília se distribuía por três capítulos. O primeiro tratava da morte a escravos ou animais, das espécies dos que pastam em rebanhos. O segundo regulava a quitação por parte do *adstipulator* com prejuízo do credor estipulante.

[...]

O terceiro e último capítulo da Lei Aquília ocupava-se do *damnum injuria datum*, que tinha alcance mais amplo, compreendendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas.²⁵

E é, justamente, no terceiro capítulo da Lei Aquília, referente ao *damnum injuria datum*, que “consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa corpore et corpori, sem direito ou escusa legal (*injuria*)”²⁶, que se observa o início da edificação de um princípio geral, ainda que extremamente rudimentar, proveniente,

²¹ DIAS, op.cit., p. 18

²² Os autores não são unânimes ao escrever “Lei Aquília”, razão pela qual se acolherá a grafia adotada por José de Aguiar Dias (DIAS, op.cit., p. 18), preservando-se, no entanto, a redação dos autores quando se tratar de citações.

²³ MIRANDA, op. cit., p. 18.

²⁴ PEREIRA, 1998, p. 4.

²⁵ DIAS, op. cit., p.18.

²⁶ LIMA, op. cit., p. 22.

principalmente, da aplicação freqüente dos juriconsultos e dos pretores, para a caracterização da responsabilidade civil.²⁷

Observa-se, no entanto, que um princípio geral não foi efetivamente elaborado, de acordo com Fernando Noronha:

Todavia, a respeito dessa famosa lei [Lei Aquília], é preciso enfatizar que no direito romano a responsabilidade por culpa nunca chegou a constituir um princípio geral, ficando a sua aplicação restrita a hipóteses limitadas. Isso, apesar de uma evolução de quase oito séculos até o *Corpus Juris Civilis*, assinalada por magníficos desenvolvimentos dados pelos pretores, que foram os verdadeiros criadores desse monumento constituído pelo Direito Romano.²⁸

Porém, o que há de ser destacado no texto dessa lei ou no resultado da sua interpretação²⁹, é a introdução do elemento subjetivo culpa, extraído de “*algumas das passagens famosas, posteriores, com tanta freqüência citadas: ‘In lege Aquilia, levissima culpa venit’*³⁰ (Ulpianus, pr. 44, Ad Legem Aquilia, IX, II); ‘*Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum comittit*’³¹ (Gaius, Institutiones, III, 211)”³². A influência da Lei Aquília faz-se sentir na atualidade, eis que o termo responsabilidade aquiliana tornou-se sinônimo de responsabilidade subjetiva ou culposa, assim como o tratamento jurídico dado à culpa levíssima somente foi alterado com a vigência do Código Civil de 2002³³.

O Direito francês foi o responsável pelo aperfeiçoamento das idéias introduzidas pelo Direito romano, conduzindo, enfim, para a construção de um princípio geral da responsabilidade civil e abandonando, conseqüentemente, a necessidade de elencar os casos de

²⁷ Ibid., p. 22.

²⁸ NORONHA, 1999, p. 33.

²⁹ Alvinio Lima observa: “Teria a Lei Aquília introduzido a culpa como requisito essencial ao direito de reparação do dano causado? Não faltam sustentadores para ambas as opiniões; no geral, os expositores da matéria incluem o elemento culpa como indispensável, sem o qual não se caracterizaria o delito – *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Assim ensinam Girard, Gaston May, E. Cuq, Pirson et Villé, Contardo Ferrini, Ihering, Leonardo Colombo e outros. Outros, porém, sustentam a opinião oposta, declarando que a culpa não era elemento constitutivo do delito da lei Aquília; este elemento teria sido introduzido, pouco a pouco, por força de interpretação, à vista das necessidades sociais. Assim pensam Emilio Betti, Mario Cozzi, que declara ser uma interpolação as expressões *in lege Aquilia et levissima culpa venit*; Leon e Henri Mazeaud, Frederico Pezella e outros.” (LIMA, op.cit., p.23-24)

³⁰ Na Lei Aquília a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. (GONÇALVES, 1995, p.5)

³¹ Resta então sem punição quem, sem culpa nem dolo mau, comete um dano. (GONÇALVES, op.cit., p. 5)

³² SILVA, Wilson Melo da. Op.cit., p. 19.

³³ Vide item 2.5.2.1.

composição obrigatória.³⁴ Essa generalidade é observada no Código Civil francês de 1804, em seu artigo 1.382³⁵, fazendo com que o fundamento da obrigação reparatória se encaminhasse para a “*culpa efetiva e provada*”³⁶, o que se consolidou mediante o trabalho da jurisprudência³⁷, influenciando e determinando a legislação de inúmeros outros países, inclusive do Brasil, que adotou como regra a responsabilidade baseada na culpa³⁸.

A partir da Lei Aquília, pois, e até o século XIX, a construção da idéia de culpa solidificou-se, tornando-se a única forma aceitável de gerar uma obrigação indenizatória, concepção que se coaduna com a doutrina cristã da culpa (pecado) e do perdão (penitência/punição). José de Aguiar Dias afirma que “*a culpa representa, em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao estado de graça, que na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado.*”³⁹

Durante grande período, então, predominou o entendimento de que a teoria da culpa era suficiente para regular, de forma adequada, a reparação de danos e, portanto, para atender às finalidades do instituto da responsabilidade civil.

Entretanto, a partir das modificações sociais havidas principalmente após o processo industrial de fins do século XVIII, notoriamente denominado de Revolução Industrial, marco histórico fixado em 1750, ficou evidente a impossibilidade do restabelecimento e da manutenção do equilíbrio social rompido em razão dos incontáveis e inéditos danos causados pelas invenções e máquinas que inauguram e caracterizaram esta fase, através da consideração única da teoria da culpa. Diante da explosão demográfica, do distanciamento da relação entre empregadores e empregados, do aparelhamento das fábricas que se tornaram ambientes freqüentemente perigosos, do início da convivência da Sociedade com a eletricidade,

³⁴ DIAS, op.cit., p. 20.

³⁵ Código Civil francês, de 1804, artigo 1382: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige à celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

³⁶ LIMA, op. cit., p. 28.

³⁷ DIAS, op. cit., p. 20.

³⁸ Vide item 2.5.2.1.

³⁹ DIAS, op. cit., p. 108.

radioatividade e veículos, as pessoas passaram a conviver com novos e maiores riscos. E o aumento dos riscos diminuiu a possibilidade de comprovação da culpa do responsável. Vislumbra-se a dificuldade de um trabalhador de uma fábrica provar a culpa de seu patrão em razão de um mecanismo que lhe tivesse amputado o braço, fosse em razão do desfavorecimento econômico desse empregado, ou pela dificuldade de comprovar a ligação causal entre acidente, máquina e ação ou omissão culposa do empregador.

Os juristas não se mantiveram inertes, dando origem a uma acirrada discussão sobre as novas teorias, determinando o desenvolvimento de estudos que redefiniram os princípios básicos da responsabilidade civil, culminando na edificação da teoria do risco, e conseqüentemente, da responsabilidade objetiva, fundamentada, basicamente, na idéia de que os danos provenientes de uma determinada atividade geradora de riscos deveriam ser suportados por aquele que os gerou e não por quem os sofreu⁴⁰.

Desse modo, procurou-se proteger a vítima, pois, se em tal cenário, somente lhe fosse permitido invocar a teoria da culpa para obter uma indenização, tendo esta a difícil ou mesmo impossível tarefa de provar negligência, imprudência ou imperícia do lesante, o seu ressarcimento ficaria restrito a raras situações.

O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a culpa, à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência humana repudiavam.⁴¹

⁴⁰ Vide item 2.5.2.2.

⁴¹ LIMA, op. cit., p.113-114.

Da mesma forma que os doutrinadores⁴², a jurisprudência, mormente a francesa, teve papel fundamental na revolução dos princípios da responsabilidade civil, admitindo, inicialmente, a existência da culpa mais facilmente, estabelecendo presunções de culpa, colocando a vítima em posição mais confortável em relação à produção de provas e, finalmente, substituindo a idéia de culpa pela teoria do risco.⁴³

Se anteriormente era inconcebível responsabilizar alguém que não tivesse agido com culpa, a responsabilidade civil objetiva tornou inadmissível a não reparação do prejuízo sofrido pelo lesado exposto ao perigo. Transferiu-se, portanto, o foco da questão: da estrita preocupação com o elemento anímico do agente passou-se a atribuir maior importância para a tarefa de se indenizar a vítima.

Embora a rivalidade existente entre os defensores da teoria da culpa e dos que sustentam a primazia da teoria do risco, é possível conciliar ambos os sistemas, aplicando-se o fundamento cabível para a indenização de acordo com o evento causador do dano. Alvino Lima sustenta, inclusive, ao tecer considerações sobre o sistema subjetivo e objetivo que ambos *“continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentado, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados.”*⁴⁴

Pondera-se, no entanto, desde já, a incrível expansão da responsabilidade objetiva, suficiente para se reavaliar a proposição de que a aplicação da teoria do risco restringe-se a exceções⁴⁵.

⁴² José de Aguiar Dias após examinar individualmente a teoria de Saleilles e Josserand, esclarece: *“Não se limitam, porém, a Saleilles e Josserand os autores objetivistas. Sem falar nos autores alemães e italianos, será omissa e defeituosa uma análise que relegue a imerecido esquecimento as idéias de Gaudemet, Veniamin, Teissere, Savatier, Bettremieux, Demogue, Gény, Leclercq e Emmanuel Levy. É possível dizer que suas construções não constituem ponto de partida, e que, a este título, só podemos considerar a obra dos dois grandes precursores franceses da doutrina do risco. Isso não retira o valor da contribuição que trouxeram, de modo a deixar aumentado o subsídio de quem precisa estudar a matéria.”* (DIAS, op. cit., p. 65).

⁴³ GOMES, 1995, p. 280.

⁴⁴ LIMA, op. cit., p. 41.

⁴⁵ Vide itens 2.5.2.1 e 2.5.2.2.

Prosseguindo-se nesta análise histórica, pode-se apontar a construção de um novo aspecto da responsabilidade civil que destaca a importância ou mesmo a obrigatoriedade de um seguro, garantidor da reparação dos prejuízos. Nesta fase, ainda não consolidada, o desenvolvimento da responsabilidade civil permanece centralizado na proteção da vítima, pois se busca a reparação devida para o ofendido, mesmo diante da insolvência do agente. Estabelecendo-se um sistema de seguro, tornar-se-ia certa a indenização e, ainda, ter-se-ia o benefício de impedir a ruína do sujeito responsabilizado civilmente, uma vez que o valor da indenização seria diluído na Sociedade.

Pode-se, no entanto, refletir acerca de possíveis pontos negativos que adviriam da adoção do sistema de seguros, destacando-se, por exemplo, o descuido das pessoas em não causarem danos a *outrem*, pois por estarem “protegidos” por um contrato de seguro, não teriam que verdadeiramente desembolsar o *quantum* indenizatório, ficando este a cargo da empresa seguradora, além da possível redução das indenizações a verdadeiras tarifas, o que afetaria a reparação integral e, conseqüentemente, inviabilizaria o próprio objetivo da responsabilidade civil, que é o retorno ao *status quo ante*, haja vista que seguros para promover indenizações integrais certamente teriam um custo elevadíssimo.

O papel principal passa a ser o de segurador, que é quem, no final, vai desembolsar a indenização. O denominado responsável só nominalmente terá essa condição: o verdadeiro obrigado passa a ser o segurador. E como o causador do dano passa a ser mero responsável nominal, a responsabilidade deixa de exercer uma sua importante função: a de prevenção de danos, pela natural diligência a que obrigaria as pessoas. Se quem tem de pagar é a companhia seguradora, as pessoas serão menos cuidadosas, multiplicando os acidentes. Por outro lado, como o seguro de responsabilidade civil, sobretudo aquele obrigatório, não tem condições de dosar os prêmios de acordo com o risco representado por cada segurado, considerado nas suas características individuais, os mais cuidadosos acabarão pagando para cobrir os danos causados pelos irresponsáveis. Até o próprio fato de a responsabilidade civil ficar cada vez mais dependente da possibilidade de o responsável fazer ou não seguro é considerado por muitos como um fator perturbador: a reparação integral dos danos, via indenização securitária, tem um custo econômico, implicando elevação dos prêmios e valores que podem ser incomportáveis para muitos.⁴⁶

⁴⁶ NORONHA, 1999, p. 39.

Para Orlando Gomes o argumento de que o sistema de seguros promoveria o comodismo e a desatenção dos indivíduos deve ser desconsiderado diante dos benefícios gerados, sendo sempre garantido ao lesado a indenização, *“independentemente das circunstâncias e fatores que possam impedi-la”*⁴⁷.

A responsabilidade civil no Direito brasileiro, de certo modo, reflete a evolução histórica apresentada até o momento, inclusive as divergências entre as teorias que fundamentam a pretensão reparatória.

Sendo assim, a 17 de dezembro de 1912, foi promulgado o Decreto Legislativo nº 2.681, referente à responsabilidade civil das estradas de ferro que, em seu artigo 17⁴⁸, consagrou a presunção de culpa das ferrovias pelos danos causados aos passageiros, tendo se mostrado extremamente avançado para esta época. Entretanto, enquanto em 1912 teve-se um decreto legislativo de forte inclinação para a teoria do risco, o Código Civil de 1916 acolheu a teoria da culpa em seu artigo 159⁴⁹, estabelecendo-a como princípio geral para as indenizações, sendo que, no entanto, alguns dos seus dispositivos revelaram *“um entendimento coordenado com a teoria do risco. A responsabilidade pelo fato das coisas, nos arts. 1.519, 1.520, parágrafo único, 1.528 e 1.529, encontra notória conotação objetiva.”*⁵⁰

Já o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, possui grande importância no avanço da matéria da responsabilidade civil, demonstrando forte preocupação em proteger as vítimas, contribuindo sobremaneira para imprimir um verdadeiro processo de coletivização da responsabilidade civil⁵¹.

⁴⁷ GOMES, op. cit., p. 277.

⁴⁸ Decreto Legislativo nº 2.681, de 17/12/1912, artigo 17: *“As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: caso fortuito ou força maior; II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.”*

⁴⁹ Código Civil de 1916, artigo 159: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”*

⁵⁰ PEREIRA, op. cit., p.23.

⁵¹ Carlos Alberto Bittar afirma: *“A corporificação do sistema coletivo de responsabilidade que, no Código de Defesa do Consumidor, ganhou foros de autonomia conceitual e operacional, inaugura, assim, nova etapa na*

O Código Civil de 2002, em seu artigo 186⁵², manteve a doutrina subjetiva como fundamento principal da responsabilidade civil. Inovou, entretanto, ao apresentar um princípio geral para a responsabilidade objetiva (artigo 927, parágrafo único⁵³), além de aumentar o número das situações reguladas pela teoria do risco.

2.3 Conceito

Antes de conceituar a responsabilidade civil, ressalta-se a advertência de Pontes de Miranda para a necessidade de se examinar o vocábulo responsabilidade:

Cumpre, porém, que acentuemos o conceito de *responsabilidade*. A expressão “responsabilidade” é suscetível de várias acepções. Uma delas peculiar aos adeptos da doutrina do livre arbítrio, repugna à ciência. Outras, mais restrita, refere-se à distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica; é o critério dos psiquiatras e da antropologia criminal. Outra, finalmente, existe, que é rigorosamente *sociológica*, e constitui o objeto das nossas cogitações.⁵⁴

Estabelecer o conceito de responsabilidade civil não é um processo simples. Há autores, como Alvino Lima⁵⁵ e o próprio Pontes de Miranda⁵⁶, que preferem descrevê-lo e abordá-lo com grande profundidade, sem, no entanto, apresentar uma definição específica.

José de Aguiar Dias alerta para a relação entre a dificuldade de elaborar o conceito e a tentativa de vinculá-lo, já no momento da conceituação, às noções de responsabilidade subjetiva ou objetiva:

O dissídio que lavra na doutrina, com relação ao problema da responsabilidade civil, alcança todos os seus aspectos. E começa naturalmente, pela sua definição, a cujo propósito se manifestam divergências tão profundas – a

problemática do envolvimento de interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos, consoante técnica extraída das denominadas ‘class actions’ do direito norte-americano.” (BITTAR, 1994, p. 629)

⁵² Código Civil de 2002, artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁵³ Código Civil de 2002, artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos, de outrem.”

⁵⁴ MIRANDA, op.cit., p. 3.

⁵⁵ LIMA, op. cit., p. 15-27.

⁵⁶ MIRANDA, op. cit., 3-6.

acusar a luta, fecunda em conseqüências, entre a concepção tradicional da culpa e a doutrina moderna do risco.⁵⁷

De qualquer modo, acredita-se que ao se buscar conceituar o instituto da responsabilidade civil deve-se, primordialmente, atentar para o ponto central do tema que é a existência do dano e, portanto, sua respectiva reparação, sem que para isto seja necessário antecipar e tecer considerações sobre as peculiaridades das teorias da culpa e do risco⁵⁸.

Assim, pode-se conceituar a responsabilidade civil como sendo a obrigação de reparar os danos, através do ressarcimento do prejuízo *in natura*, ou do pagamento de uma quantia monetária equivalente à lesão causada, cuja finalidade é o restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, da situação fática anterior, e a restauração dos equilíbrios social, econômico e jurídico rompidos pelo prejuízo, tendo-se como garantia de adimplemento o patrimônio do agente. Desta forma, o conceito atenta para a violação do princípio *neminem ledere* (não lesar *outrem*), e não fica restrito à noção isolada da culpa ou do risco⁵⁹.

⁵⁷ DIAS, op. cit., p. 11.

⁵⁸ Interessante, no entanto, a observação de José de Aguiar Dias, que ao analisar a aplicação da terminologia “responsabilidade” para a teoria do risco, afirma ser mais apropriado, nesta situação, a utilização da expressão “reparação do dano”: “Filosoficamente, não é possível conceber responsabilidade sem culpa. A obrigação civil decorrente de responsabilidade civil, se, sacrificados à tirania das palavras, quisermos guardar a significação rigorosa do termo, só pode ser entendida como conseqüência da conjugação destes elementos: imputabilidade mais capacidade. É disso que se aproveitam os partidários mais ardorosos da doutrina da culpa, esquecidos de que, na verdade, já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o ‘nomen juris’, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de reparação do dano.” (DIAS, op. cit., p. 12). De forma similar, pondera Orlando Gomes: “Por isso, quando o dano à integridade física ou patrimonial de alguém é causado sem culpa do agente, não se pode afirmar que cometeu delito civil. Se, nestes casos, a obrigação de reparar civilmente o dano não tem sua causa geradora no ato ilícito, não se deveria falar em responsabilidade, que é uma idéia moral, inseparável da imputabilidade. Contudo, usa-se o vocábulo para significar a obrigação de ressarcimento do dano causado sem culpa, acrescentando-se que é objetiva, para distingui-la da responsabilidade própria, que é necessariamente subjetiva. Na verdade, porém, o dever de indenizar o dano produzido sem culpa é antes uma garantia do que propriamente responsabilidade.” (GOMES, Op. cit., p. 307).

⁵⁹ Salienta-se que, durante o desenvolvimento do presente estudo, utilizar-se-ão como sinônimas as expressões reparação, ressarcimento, indenização. Para fundamentar esta opção, os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho: “Para reiterada corrente doutrinal, a diferenciação entre ressarcimento e indemnização, manifestar-se-ia não só através da causa petendi, mas também pelo petitum, na medida em que o ressarcimento consiste numa reintegração total do cidadão lesado por actos ilícitos, ao passo que a indemnização derivada de actos lícitos é apenas uma compensação de sacrifícios, absolutamente compatível com uma redução quantitativa. Só a manutenção duma ultrapassada concepção do justo preço, aliás limitada historicamente ao instituto da expropriação, e a radical separação entre indemnização de direito público, englobadora exclusivamente de danos objectivos, e uma responsabilidade por ilícito, justificativa da extensão do ressarcimento às lesões subjectivas, poderão explicar a sobrevivência de uma distinção que não tem qualquer razoabilidade.” (CANOTILHO, 1974, p. 321).

2.4 Pressupostos⁶⁰

Para que se configure a obrigação reparatória de danos, independentemente da espécie de responsabilidade civil⁶¹, é imprescindível a observância de determinados pressupostos: antijuridicidade, nexa de imputação, dano, nexa de causalidade e cabimento no âmbito de proteção da norma.

2.4.1 Antijuridicidade

A antijuridicidade representa uma violação⁶² derivada de um ato ou fato jurídico, ao direito de *outrem* não autorizada pelo ordenamento jurídico. De acordo com Fernando Noronha:

A antijuridicidade é dado de natureza objetiva: há antijuridicidade quando um ato ou um fato ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém. Este fato antijurídico, primeiro pressuposto da obrigação de indenizar, em regra será um ato humano, culposo ou não, mas também poderá ser um fato natural, que ofenda direitos de outrem, de forma reprovada pelo ordenamento jurídico.⁶³

Orlando Gomes, já apresentando idéias referentes ao nexa de imputação⁶⁴, especifica o pressuposto ora analisado em antijuridicidade subjetiva (responsabilidade civil fundamentada na culpa) e antijuridicidade objetiva (responsabilidade civil baseada no risco).⁶⁵

Os fatos jurídicos não se esgotam, porém, nestas duas espécies da *antijuridicidade subjetiva*. Há situações consideradas desfavoravelmente pela lei, resultantes de *fatos jurídicos "stricto sensu"* ou de atos jurídicos. São, para exemplificar, um acontecimento natural, como a avulsão, ou um ato de que resulte dano sem culpa do agente. Diz-se, nessas hipóteses, que a

⁶⁰ Tópico elaborado com base nos pressupostos apresentados pela doutrina de Fernando Noronha (NORONHA, 1993, p. 19-23), pois se entende ser este o autor que os apresenta com maior sistematização. Certamente será utilizado o conhecimento produzido por outros juristas, no entanto, a estrutura do presente item, que trata de matéria complexa e repleta de divergências, está efetivamente baseada na organização proposta pelo citado doutrinador.

⁶¹ Vide item 2.5.

⁶² De tal violação não necessariamente advirá um dano. E em caso de prejuízo é que haverá a obrigação reparatória, uma vez que a lesão também é um dos pressupostos da responsabilidade civil.

⁶³ NORONHA, 1993, p. 19.

⁶⁴ Vide item 2.4.2.

⁶⁵ GOMES, op. cit., p. 254.

antijuridicidade é objetiva. Tal como procede em relação aos *atos ilícitos*, determina a lei que o dano seja indenizado. Daí a confusão sem cabimento entre tais situações e os atos ilícitos. Mas a *antijuridicidade objetiva* distingue-se nitidamente da *antijuridicidade subjetiva*. Para que esta se configure, é necessário que o ato seja imputável ao agente, isto é, a quem tenha procedido culposamente. Na *antijuridicidade objetiva*, a reação da ordem jurídica não leva em conta o comportamento do agente. Ademais, pode ser provocada por um *fato stricto sensu*, enquanto a *antijuridicidade subjetiva* sempre é consequência de *ato voluntário*.⁶⁶

Tem a concordância de Carlos Alberto Bittar:

Ingressa-se, então, no domínio da antijuridicidade, ou da desconformidade, que se distribui em subjetiva ou objetiva, consoante seja imputável à consciência do agente, diante da origem (prática de ato ilícito), ou decorra diretamente do fato (exercício de atividade perigosa), em vista do resultado danoso verificado.

Nessas hipóteses, configuram-se desvios do ordenamento jurídico, em razão de certos comportamentos ou de certas atividades assumidas ou exercitadas pelos agentes, pessoas físicas ou jurídicas, em suas interações no mundo das relações. São fatos que produzem eventos danosos a pessoas ou a valores protegidos juridicamente, originários de desvios de conduta, dolosos ou culposos (atos ilícitos, ou antijurídicos sob o prisma subjetivo), ou de exercício de atividades carregadas de perigo, por natureza ou pelos meios empregados (atividades perigosas, na linha da antijuridicidade objetiva).⁶⁷

É importante, portanto, não confundir antijuridicidade com ilicitude, pois de um ato lícito podem advir consequências antijurídicas, assim como, não são sinônimas as noções de ato ilícito e culpa⁶⁸.

2.4.2 Nexo de imputação

O fundamento da responsabilidade está no nexo de imputação, ou seja, é necessário identificar a razão determinante da obrigação reparatória que será atribuída a alguém. Assim, quando se tratar da responsabilidade subjetiva o nexo de imputação será uma atuação ou omissão culposa⁶⁹ enquanto que, no caso da responsabilidade objetiva, o fundamento da imputação será a noção de risco criado^{70 71}.

⁶⁶ Ibid., p.253-254.

⁶⁷ BITTAR, 1994, p. 174.

⁶⁸ Vide item 2.5.2.1.

⁶⁹ Vide item 2.5.2.1.

⁷⁰ Vide item 2.5.2.2.

⁷¹ NORONHA, 1993, p.19-20.

Quando se investiga o nexo de imputação torna-se ainda mais evidente a distinção entre a antijuridicidade, que é elemento objetivo, identificável sem a verificação do elemento anímico do agente e a ilicitude relacionada com o nexo de imputação determinado pelo comportamento culposos.

2.4.3 Dano

Dano é a lesão de um bem jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial. Clóvis Bevilacqua assim já o definira: *“Damno, em sentido amplo, é toda diminuição nos bens jurídicos da pessoa. Se recae essa diminuição, directamente, sobre o patrimonio, o damno é patrimonial; se fere o lado intimo da personalidade (a vida, a honra, a liberdade), é moral.”*⁷²

Sendo a responsabilidade civil a obrigação de reparar danos, é desnecessário alertar para a importância do estudo deste pressuposto. Ademais, como dispõe o artigo 944⁷³ do Código Civil de 2002, é a extensão do dano que determina o *quantum* indenizatório, ou seja, a indenização não deve proporcionar um enriquecimento indevido da vítima, assim como não deve ser insuficiente para reparar o dano, devendo corresponder, portanto, exatamente, ao prejuízo, tarefa extremamente complexa quando se trata de danos morais.

A classificação do dano não é tema pacífico na doutrina, principalmente no que concerne à terminologia utilizada para o dano moral. Normalmente, como ressalta Carlos Alberto Bittar, classificam-se os danos em patrimonial (material) e extrapatrimonial (imaterial ou moral), sendo que os primeiros afetam *“o patrimônio, directamente, ou por via reflexa, e os segundos, a personalidade do lesado, em sua veia sentimental ou afetiva, com ou sem consequências patrimoniais (dizendo-se puramente morais os despidos, totalmente, de efeitos no plano material – como, por exemplo, o sofrimento, a dor, a humilhação, a tristeza – e que*

⁷² BEVILAQUA, 1917, p.218.

⁷³ Código Civil de 2002, artigo 944: *“A indenização mede-se pela extensão do dano”*

*muitas discussões provocaram quanto à sua reparabilidade).*⁷⁴ O autor propõe outra possível classificação para o dano:

Nesse sentido, como assinalamos alhures, a) são patrimoniais os prejuízos de ordem econômica causados por violações a bens materiais ou imateriais de seu acervo; b) pessoais, os danos relativos ao próprio ente em si, ou em suas manifestações sociais, como, por exemplo, as lesões ao corpo, ou a parte do corpo (componentes físicos), ou ao psiquismo (componentes intrínsecos da personalidade), como a liberdade, a imagem, a intimidade; c) morais, os relativos a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação, e as manifestações do intelecto.⁷⁵

Antônio Lindbergh C. Montenegro examina as críticas à expressão dano moral, geralmente seguidas por propostas de denominações alternativas como dano imaterial, extrapatrimonial ou não-patrimonial, e as explica: *“é que o dano, sem ser patrimonial, pode não ser simplesmente moral, como a dor física que se experimenta em consequência de uma ferida”*⁷⁶.

Fernando Noronha argumenta que *“seria mais correto designá-lo de dano extrapatrimonial, para deixar claro que só terá esta natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado. É que da ofensa à reputação de um comerciante, por exemplo, podem resultar não só danos patrimoniais (redução da clientela), como também extrapatrimoniais (o desgosto sofrido).*⁷⁷

E embora Antônio Lindbergh C. Montenegro opte pela denominação dano imaterial ou ideal, este autor reconhece que *“a expressão dano moral está enraizada com tamanha envergadura na literatura jurídica que seria utopia querer erradicar, hoje, o seu uso da linguagem forense.”*⁷⁸

Com base nesse mesmo fundamento, utilizar-se-á no presente estudo a expressão dano moral para designar os prejuízos provenientes da violação dos direitos da personalidade.

⁷⁴ BITTAR, 1994, p. 570.

⁷⁵ BITTAR, 1993, p. 28-29.

⁷⁶ MONTENEGRO, 1984, p. 22.

⁷⁷ NORONHA, 1993, p. 20.

⁷⁸ MONTENEGRO, op. cit., p. 22.

No que respeita ao ressarcimento do dano, sistemas distintos determinam o mecanismo das indenizações dos danos patrimonial e moral uma vez que, tecnicamente, apenas há de se falar em reparação no primeiro caso.

O ressarcimento integral somente ocorre quando se trata de danos patrimoniais, pois neste caso o retorno à situação fática anterior ao prejuízo é possível, através da reparação *in natura* da lesão ou, então, do pagamento de uma indenização correspondente aos danos provocados. A reparação do dano patrimonial, portanto, deve ser integral. Para isto, deve-se delimitar, inicialmente, o prejuízo “*mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação*”⁷⁹, e que representa a idéia do interesse (*id quo interest*)⁸⁰. Partindo-se de tais considerações, e conforme determinação do ordenamento jurídico, o ressarcimento deve corresponder ao que efetivamente se perdeu e também ao que se deixou de lucrar, ou seja, a reparação deve abranger o dano emergente e o lucro cessante, consoante o artigo 1.059⁸¹, do Código Civil de 1916, e artigo 402⁸², do Código Civil de 2002.

O *damnum emergens* ou dano emergente é a efetiva diminuição do patrimônio do ofendido, “*seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que o lesado tenha experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação.*”⁸³ O *lucrum cessans* ou lucro cessante refere-se a uma privação de alta expectativa de ganho pelo lesado que teria ocorrido se não tivesse acontecido o dano.

⁷⁹ DIAS, op.cit., p. 718.

⁸⁰ Ibid., p. 718.

⁸¹ Código Civil de 1916, artigo 1059. “*Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*”

⁸² Código Civil de 2002, artigo 402. “*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*”

⁸³ DINIZ, 2002, p. 63.

O dano moral sempre foi alvo de inúmeras discussões, apesar de o próprio Clóvis Bevilacqua em seu conceito de dano, apresentado acima, já ter feito referência expressa ao mesmo.

Pontes de Miranda atesta o absurdo que seria a não ressarcibilidade do dano moral:

Hemos de afirmar a ressarcibilidade do dano não-patrimonial, a despeito de haver opiniões que reputam repugnantes à razão, ou ao sentimento, ressarcir-se em dinheiro o que consistiu em dano à honra, ou à integridade física. Nada obsta a que se transfira ao lesado, com algum dano não-patrimonial, a propriedade de bem patrimonial, para que se cubra com utilidade econômica o que se lesou na dimensão moral (= não-patrimonial). Se se nega a estimabilidade patrimonial do dano não-patrimonial cai-se no absurdo da não-indenizabilidade do dano não-patrimonial, portanto, deixar-se-ia irressarcível o que precisaria ser indenizado. Mais contra a razão ou o sentimento seria ter-se como irressarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de considerar o interesse moral e intelectual acima do interesse econômico, *porque se trata de ser humano*. A reparação pecuniária é um dos caminhos; se não se tomou esse caminho, pré-elimina-se a tutela dos interesses mais relevantes.⁸⁴

O que se observou, no entanto, durante muito tempo, foi o entendimento de que o dano puramente moral, ou seja, o prejuízo sem qualquer repercussão material, não poderia ser indenizado. Julgava-se imoral discutir os sentimentos íntimos e atribuir-lhes um valor. Ademais, ponderavam os defensores da não indenização do dano moral, que era difícil identificar a existência da lesão, além da indeterminação do número de pessoas ofendidas, da efemeridade do mesmo e do ilimitado poder concedido ao juiz para avaliar o montante compensador do dano moral.⁸⁵ José de Aguiar Dias sintetiza os argumentos contrários a esse tipo de indenização:

Os argumentos dos adversários do ressarcimento do dano moral podem ser metodicamente resumidos a este esquema: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número das pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz.⁸⁶

Essas alegações, entretanto, foram questionadas. Doutrinadores e julgadores defendiam a indenização por danos morais, o que se concretizou, primeiramente, nos casos de

⁸⁴ MIRANDA, op. cit., p. 219-220.

⁸⁵ RODRIGUES, 1993, p. 209.

⁸⁶ DIAS, op. cit., p. 737.

morte de menor de idade. Porém, as decisões judiciais não admitiam, propriamente, a concessão de indenização por danos morais, pois, apesar de se tratar de crianças de tenra idade que, portanto, não exerciam atividade laborativa, fundamentavam-se em uma expectativa futura de ajuda financeira do menor de idade à família, o que caracterizaria uma indenização por dano patrimonial. De qualquer modo, adveio a Súmula nº 491, do Supremo Tribunal Federal que determinou: “*É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado*”.

Destaca-se, ainda, que os defensores do ressarcimento dos danos morais encontravam o fundamento que o justificava no próprio Código Civil de 1916, que enumera diversas hipóteses de prejuízos de caráter extrapatrimonial, como no caso do artigo 1543⁸⁷, que determinava o pagamento do valor de afeição além do preço ordinário no caso de impossibilidade de entrega da coisa esbulhada, e do artigo 1547⁸⁸, que impunha uma reparação em dinheiro no caso de injúria ou calúnia, mesmo que a vítima não tivesse conseguido provar prejuízo patrimonial. E se neste mesmo capítulo dos artigos indicados (Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos) o legislador cuidou “*da reparação de danos patrimoniais e de danos meramente morais, não há razão para se excluir estes últimos da abrangência do art. 1.553, que encerra esse capítulo do Código Civil, e que proclama: ‘Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.’ De modo que se pode concluir que no caso de danos morais, não especificamente mencionados na lei, o juiz ordenará que se deve fixar por arbitramento a indenização.*”⁸⁹

⁸⁷ Código Civil de 1916, artigo 1543: “*Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele.*”

⁸⁸ Código Civil de 1916, artigo 1547: “*A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.*”

⁸⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 219.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, as divergências concernentes à indenização do dano moral e os argumentos contrários a ela foram afastados, pois esta Carta Magna os admitiu expressamente no seu artigo 5º, incisos V⁹⁰ e X⁹¹.

O novo Código Civil ao definir, em seu artigo 186⁹², os atos ilícitos, refere-se expressamente ao dano exclusivamente moral. Entretanto, consoante afirmação de José de Aguiar Dias, o legislador tratou do dano moral em local inadequado, eis que não deveria ter sido apresentado juntamente com o dispositivo que trata do ato ilícito, gerador da responsabilidade civil subjetiva, já que também é possível indenizar-se o dano moral causado por uma atividade geradora de riscos, ou seja, a partir dos fundamentos da responsabilidade objetiva.

Outro defeito de concepção se mostra no art. 186. Levado pelo louvável desejo de assegurar a reparabilidade do dano moral, pondo fim a uma polêmica que cobra forças tão-somente na teimosia, o Projeto introduziu na definição do ato ilícito a referência ao dano extrapatrimonial. Este deve ser reparado por várias razões de direito e até de lógica, bastando que se aponte o absurdo da contradição que resulta do fato de se reparar o dano patrimonial e não o dano moral: para essa teoria, o dano material é mais importante, e mais digno de reparação, que o dano moral, quando este atinge bens muito mais preciosos. Todavia, não é o ato ilícito, eventual produtor do dano, que explica e justifica essa reparação. É a sua repercussão, o seu efeito. O dano está no sacrifício de bens da vida e não admite distinção entre as suas espécies. De qualquer modo, o dano moral deve ser encarado na sua natureza e não na sua origem.⁹³

Esse texto comprova que o Código Civil de 2002, que, além de não ter inovado no referente à reparação dos danos morais, indenização já consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e confirmada no artigo 6º, inciso VI⁹⁴, do Código de

⁹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, artigo 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

⁹¹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁹² Código Civil de 2002, artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁹³ DIAS, op. cit., p. 31.

⁹⁴ Código de Defesa do Consumidor, artigo, 6º, VI: “São direitos básicos do consumidor: [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Defesa do Consumidor, referiu-se à matéria em local equivocado, além de se omitir completamente em relação à determinação do *quantum* indenizatório.

É certo que algumas diretrizes já foram estabelecidas pela doutrina e pela jurisprudência para a compensação dos danos morais, expressão que corresponde melhor à idéia da indenização de prejuízos dessa natureza, pois a efetiva reparação é impossível de ser alcançada. Enquanto não há uma legislação específica que defina parâmetros que quantifiquem o valor correspondente à violação dos direitos da personalidade, desenvolvem-se critérios que vêm sendo apresentados e utilizados nas decisões judiciais, como, por exemplo, a gravidade, extensão, duração e repercussão do fato violador; a intenção do agente, nos casos de responsabilidade subjetiva; a condição econômica do ofensor⁹⁵; que a indenização seja apta a impedir a reincidência, ressaltando-se, no entanto, que a efetiva determinação do valor da indenização fica ao prudente arbítrio do magistrado.^{96 97}

⁹⁵ Importante não se falar em situação financeira do ofendido, pois com isso poder-se-ia estar afirmando que a dor do menos favorecido é menor do que daquele que goza de boa situação econômica. E mesmo que se deva considerar que a indenização por danos morais não deve gerar um enriquecimento indevido à vítima, sugere-se que para se conciliar ambas as afirmações, deve ser atribuído hierarquia aos critérios utilizados para a fixação do *quantum* ressarcitório, sendo que, primeiramente, deve se analisar o fato violador (extensão, duração, repercussão), passando para a intenção do agente (se for o caso), para a condição econômica do ofensor, visando inibir a recidiva, e por fim, com menos influência sobre o valor resultante, o estudo da posição financeira do ofendido e o não enriquecimento deste.

⁹⁶ Ressalta-se que grande fonte de inspiração para o desenvolvimento desses critérios foi a Lei n. 4.117/62, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, que em seu artigo 84 dispôs: “Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa.” E da mesma forma, a Lei 5.250/67, que tratou da liberdade de manifestação do pensamento e de informações, que determinou em seu artigo 53: “No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I- a intensidade do sofrimento, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II – a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na Lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.”

⁹⁷ Alerta-se, ainda, para o trâmite do projeto de lei, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, numerado no Senado Federal por SF PLS 150/1999 e na Câmara dos Deputados por CD PL n° 7124/2002, que dispõe sobre danos morais apresentando valores para a indenização em seu artigo 7°: “Art. 7° Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa. §1° Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis: I- ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais); III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). §2° Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo

2.4.4 Nexos de causalidade

A responsabilidade civil somente se configura quando for possível estabelecer um liame de causalidade entre o fato ou ato lesivo e a ação que o produziu, sendo ela entendida como sua causa. É necessária, portanto, uma relação de causa e efeito.⁹⁸ A aparente simplicidade desta assertiva, no entanto, esconde a complexidade da matéria, observada principalmente na dificuldade de se determinar a causa real ou eficiente do dano quando se está diante de uma cadeia de diferentes eventos, sendo todos, de certa forma, aptos a produzir o prejuízo. A busca de soluções para o tema suscitou o desenvolvimento da teoria da equivalência das condições, da teoria da causalidade adequada, e da teoria da causalidade imediata.

Para a teoria da equivalência das condições, também denominada teoria da *conditio sine qua non*, desenvolvida originariamente pelo jurista alemão Von Buri para o Direito penal e posteriormente adotada pela doutrina civilista⁹⁹, toda e qualquer circunstância que tenha contribuído para produzir o dano é considerada causa, e a sua equivalência significa justamente que suprimir uma delas, implica a não verificação do dano ou o não acontecimento da forma que efetivamente ocorreu.¹⁰⁰

Nesta teoria prevalece a idéia de que *“toda condição que contribui para o resultado constitui causa, de forma que ele não se teria produzido se a condição não houvesse ocorrido (conditio sine qua non). A causa, portanto insere-se em cada uma das condições, já que sem o concurso de todas o resultado não se teria verificado.”*¹⁰¹ Assim, não é preciso que *“o dano seja consequência necessária e imediata do fato que concorreu para sua produção.(...) Pode*

moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso. § 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado. § 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização.”

⁹⁸ GOMES, op. cit., p. 273-274.

⁹⁹ PEREIRA, op. cit., p. 78.

¹⁰⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 385.

¹⁰¹ PEREIRA, op. cit. p. 78.

não ser a causa imediata, mas se for condição sine qua non para a produção do dano, equivale a qualquer outra, mesmo mais próxima, para o efeito de ser considerada causa do dano."¹⁰² É um entendimento, entretanto, que leva muitas vezes a resultados absurdos que valorizam liames de causalidade negativos e irrelevantes (como por exemplo, na hipótese de um homicídio, seriam responsabilizados o fabricante da arma e o comerciante que a vendeu, sob o argumento de que sem a colaboração destes o evento não se produziria). E, como afirma Wilson Melo da Silva: *"a teoria da equivalência das condições pela nenhuma restrição à ampla regra do estabelecimento da relação de causa e efeito entre condições necessariamente dependentes umas das outras, embora lógica, pode conduzir a resultados aberrantes dentro do direito."*¹⁰³

A teoria da causalidade adequada, desenvolvida pela doutrina francesa e inspirada na criação do filósofo alemão Von Kries no final do século XIX¹⁰⁴, extrai dentre os antecedentes do dano qual deles possui regularmente as condições de produzi-lo, eliminando-se os fatos menos relevantes e indiferentes à efetivação do dano, salientando, portanto, *"na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais"*.¹⁰⁵ Esta análise é feita a partir da inevitabilidade e da probabilidade do evento. Assim sendo, se a relação de causa e efeito sempre existe em determinados casos, fazendo com que qualquer pessoa medianamente discreta evite o prejuízo, estará concretizada a causa adequada para a produção do dano. No entanto, se ele somente ocorreu, no caso examinado, por força de uma circunstância acidental, não haverá obrigação reparatória.

Por fim, a teoria da causalidade imediata considera a causa direta e necessária, sem que se possa atribuir o resultado danoso a um outro fato. De acordo com Wilson Melo da Silva:

Aqui é que surge, com particular relevo e mais forte colorido a subteoria da necessariedade da causa que, [...], tem nas expressões "danos imediatos" e

¹⁰² GOMES, op. cit., p. 334.

¹⁰³ SILVA, Wilson Melo da., op. cit., p. 116.

¹⁰⁴ PEREIRA, op. cit. p. 78.

¹⁰⁵ Ibid., p. 79.

“danos diretos”, não expressões de conteúdos vários, mas expressões, por bem dizer, sinônimas e reforçativas, ambas, apenas da idéia de necessidade.¹⁰⁶

A doutrina tem entendido, majoritariamente, como ressalta Orlando Gomes, que o Código Civil de 1916, em seu artigo 1060¹⁰⁷ que corresponde no Código Civil de 2002, ao artigo 403¹⁰⁸, ao tratar das perdas e danos, referindo-se, portanto, à responsabilidade civil negocial, adotou a teoria da causalidade imediata, solução que se estende para a responsabilidade civil em sentido estrito¹⁰⁹, bastando não o examinar com absoluta literalidade¹¹⁰. No entanto, há quem divirja deste posicionamento, como o autor Antunes Varela que afirma ter o Estatuto Civil de 1916, adotado a teoria da causalidade adequada, contra a qual não depõe o fato do artigo 1060 ter limitado os lucros cessantes aos danos provocados por efeito direto e imediato da inexecução, já que com estas expressões o intento do legislador foi o de excluir *“da indenização os lucros (cessantes) apenas hipotéticos e os lucros (cessantes) que o credor poderia obter por outros meios, que não o objeto da prestação inexecutada.”*¹¹¹ E conclui que *“essa idéia geral cabe, evidentemente, dentro do pensamento da causalidade adequada”*¹¹², devendo, portanto, a relação de causalidade ser investigada *“segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.”*¹¹³

Nesse sentido, afirma Caio Mário da Silva Pereira que *“o que em verdade importa, depois desta incursão pelas doutrinas expostas, é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexo causal, ainda que*

¹⁰⁶ SILVA, Wilson Melo da., op. cit., p. 131.

¹⁰⁷ Código Civil de 1916, artigo 1060. *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeitos dela direto e imediato.”*

¹⁰⁸ Código Civil de 2002, artigo 403. *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeitos dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”*

¹⁰⁹ Vide item 2.5.1.

¹¹⁰ GOMES, op. cit., p. 275.

¹¹¹ VARELA, 1977, p. 254.

¹¹² Ibid., p. 254.

¹¹³ Ibid., p. 252.

presumido, entre uma e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir."¹¹⁴

Como visto, trata-se de assunto extremamente complexo, não havendo, de fato, teoria consolidada que possa ser adotada sem reservas, razão pela qual importante tarefa é atribuída aos magistrados que, diante do caso concreto, terão que extrair das provas produzidas a causa real para a produção do dano, identificando o liame de causalidade e, por conseguinte, determinando quem estará obrigado a reparar os prejuízos provocados.

2.4.5 Cabimento no âmbito de proteção da norma

Este pressuposto completa o estudo da composição da responsabilidade civil e, principalmente, diante da complexidade do nexo de causalidade analisado acima, possui fundamental importância. Isto porque, além da antijuridicidade, do nexo de imputação, do dano e do nexo de causalidade é necessário, para que se imponha a obrigação ressarcitória, que o prejuízo *"tenha cabimento no âmbito ou escopo da norma violada"*¹¹⁵, ou seja, *"a ação de reparação deve ser reservada às pessoas que a norma violada visa proteger e deve ter por objeto apenas os danos visados pela norma"*¹¹⁶.

2.5 Classificação

A responsabilidade civil possui, então, o objetivo primordial da reparação dos danos. Para melhor sistematizar tal instituto e, conseqüentemente, atingir suas finalidades com maior plenitude, desenvolveu-se uma classificação, em que se apresentam três grupos, cada um deles subdividido em duas espécies: 1) responsabilidade civil em sentido estrito ou simplesmente

¹¹⁴ PEREIRA, op. cit., p. 82.

¹¹⁵ NORONHA, 1993, p. 22.

¹¹⁶ Ibid., p. 22.

responsabilidade civil e responsabilidade negocial¹¹⁷; 2) responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva; 3) responsabilidade civil direta, por ato próprio e responsabilidade civil indireta, complexa, por ato de terceiro, e pelo fato das coisas e dos animais. Ressalta-se que os grupos são paralelos e se combinam, podendo-se, por exemplo, falar-se em responsabilidade civil subjetiva direta em sentido estrito, responsabilidade civil objetiva negocial indireta, responsabilidade civil subjetiva negocial direta e assim sucessivamente.

A importância do desenvolvimento do presente tópico está no fato de o tema da presente dissertação delimitar-se, justamente, no estudo da responsabilidade civil em sentido estrito objetiva do Estado, fundamentação consolidada após longa construção doutrinária, jurisprudencial e principalmente constitucional, e que será analisada nos capítulos subseqüentes. Dar-se-á ênfase à análise da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, apresentando-se, no que tange aos demais grupos, apenas breves considerações, em razão da importância que possui para o estudo da responsabilidade civil e para a melhor continuidade da pesquisa que ora se propõe.

2.5.1 Responsabilidade civil em sentido estrito ou simplesmente responsabilidade civil e responsabilidade negocial

Primeiramente, faz-se necessário observar que a doutrina de forma majoritária trata dessas espécies como responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual, inobstante a impropriedade das expressões, como bem pondera Orlando Gomes, embora não defenda sua substituição em razão do seu uso estar consagrado:

A responsabilidade por infração de dever oriundo de vínculo obrigacional denomina-se impropriamente responsabilidade contratual. Pelo nome, tem-se a falsa idéia de que refere tão-somente ao inadimplemento culposo de obrigação assumida contratualmente. Compreende, no entanto, todos os casos

¹¹⁷ Ibid., p. 14.

de inexecução voluntária, seja qual for a fonte da obrigação. Configura-se, igualmente, quando a obrigação deriva de declaração unilateral de vontade ou de situações legais que se regulam como se fossem contratuais. (...) Na responsabilidade extracontratual, a obrigação de indenizar surge como conteúdo imediato de obrigação imposta pela lei. É nesse momento que se forma a relação jurídica entre o autor e a vítima do dano.

Não obstante sua impropriedade, a expressão responsabilidade contratual não deve ser substituída, porque consagrada. Explica-se sua circulação por ser o contrato a principal fonte das obrigações. É no exame da inexecução de obrigação proveniente de contrato que, realmente, a matéria desperta maior interesse.¹¹⁸

Pontes de Miranda propõe a utilização das expressões responsabilidade extranegocial e negocial¹¹⁹, o que solucionaria a controvérsia referente à insuficiência do termo contratual. Entretanto, se esta substituição inclui os negócios jurídicos unilaterais até então não mencionados na terminologia da responsabilidade contratual, Fernando Noronha, aponta para outra dificuldade:

Por outro lado, a expressão “responsabilidade extracontratual” poderia sugerir, erradamente, que o inadimplemento desses negócios jurídicos unilaterais se regeria por princípios diversos dos aplicáveis aos negócios jurídicos 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 – e que é diverso do aplicável àquelas obrigações que aqui incluímos na expressão responsabilidade civil, em sentido estrito.¹²⁰

De qualquer maneira, utilizar-se-á a expressão responsabilidade civil em sentido estrito, ou tão somente responsabilidade civil, em referência à obrigação reparatória decorrente da violação do dever geral de não lesar *outrem*, independentemente da existência de prévio negócio jurídico, ou mesmo quando de sua existência, a violação do direito não corresponda a uma violação negocial¹²¹. Para as obrigações reparatórias provenientes da violação de uma

¹¹⁸ GOMES, op. cit., p. 153/154.

¹¹⁹ MIRANDA, op. cit., p.76.

¹²⁰ NORONHA, 1993, p. 14.

¹²¹ Sendo essas expressões propostas na doutrina de Fernando Noronha, prudente reproduzir seu texto na íntegra: “A expressão responsabilidade civil, em sentido estrito, tem vindo a especializar-se, tanto entre nós como noutros países, para designar a segunda categoria de obrigações acima indicadas, ou seja, aquelas que visam a reparação de danos causados a pessoas que não estavam ligadas por negócio jurídico, ou, quando estivessem ligadas, em que os danos também pudessem ser considerados como resultado da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios – não sendo, portanto, concretamente encarados como violação específica daquele negócio jurídico. Numa fórmula concisa, poderíamos dizer que a responsabilidade civil, *stricto sensu*, é a obrigação resultante da violação do dever geral de *neminem leadere* (não lesar ninguém). A sua finalidade, é tutelar o interesse de cada pessoa na preservação da sua esfera jurídica, através da reparação dos danos por

obrigação negocial preexistente, ou seja, proveniente de inadimplemento absoluto ou relativo no cumprimento de um vínculo obrigacional, será utilizada a terminologia responsabilidade negocial. Ressalta-se que essas expressões justificam-se, ainda, pelo fato da responsabilidade negocial seguir basicamente as regras da responsabilidade civil em sentido estrito, excetuando, apenas, em certas peculiaridades. E essas particularidades, em determinados momentos, principalmente nos casos de responsabilidade profissional, mesmo havendo uma relação contratual anterior, não serão aplicadas, pois as regras para uma possível indenização serão as que são utilizadas para a responsabilidade civil em sentido estrito, uma vez que se mostraria, por exemplo, inadmissível a existência de cláusula penal para pré-fixar o valor indenizatório no caso de morte de paciente, mesmo se tratando de uma relação contratual entre médico e paciente, e ainda quando se tratasse de intervenções com finalidade meramente estética.

Desse modo, explica-se a delimitação da presente pesquisa no estudo da responsabilidade civil do Estado, não estando incluído no tema, portanto, o estudo da responsabilidade negocial da Administração Pública.

2.5.2 Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva

Abordar-se-á neste tópico o estudo da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, iniciando-se com o exame da obrigação reparatória fundamentada na noção de culpa.

2.5.2.1 Responsabilidade civil subjetiva

O Código Civil francês de 1804 tornou-se o ordenamento padrão para as codificações novecentistas, sendo a partir dos seus artigos 1382¹²² e 1383¹²³ que se passou a inserir, nas

outrem causados. Entendida assim, a responsabilidade civil apresenta-se como o direito geral da reparação de danos, perante o qual a obrigação de reparar danos oriundos de obrigações negociais é mero direito especial". (NORONHA, 1993, p. 13-14).

¹²² Código Civil Francês, de 1804, artigo 1382: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige à celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

legislações modernas, um princípio genérico fundamentado na teoria da culpa, para a reparação dos danos, enunciados com os quais se consagrou a obrigação ressarcitória de prejuízos resultantes de um ato ilícito.

É importante sublinhar que a responsabilidade civil subjetiva tem como sinônima a expressão responsabilidade aquiliana, fazendo-se quanto a isto, entretanto, necessário uma observação. Esta terminologia, proveniente da Lei Aquília que foi a responsável, seja através de seu texto, seja pela atuação dos seus intérpretes, pela inserção do elemento culpa como requisito para o ressarcimento dos danos, diversas vezes, é apresentada como sinônimo para a responsabilidade civil extracontratual¹²⁴, o que durante longo período estava correto. No entanto, com o desenvolvimento da teoria do risco, a responsabilidade extracontratual passou a reger-se tanto pela doutrina da culpa quanto pela do risco, não mais se limitando a indenizações baseadas na sistemática da responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana também pode ser denominada responsabilidade civil culposa ou por atos ilícitos, justamente porque o fato gerador é um ilícito, ato que, por sua vez, possui a culpa como elemento anímico caracterizador. Haverá, pois, ato ilícito quando se partindo do pressuposto da antijuridicidade, ou seja, de uma violação ao direito de alguém não autorizada pelo ordenamento jurídico, houver culpa como elemento anímico, sendo que para a configuração desta é necessário a caracterização da imputabilidade. Assim, pode-se afirmar que a imputabilidade é elemento da culpa, e esta é o componente subjetivo do ato ilícito, que para se configurar necessita, ainda, da caracterização da antijuridicidade¹²⁵.

Alvino Lima explica a relação entre ato ilícito e culpa:

¹²³ Código Civil Francês, de 1804, artigo 1383: "*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*".

¹²⁴ Assim designada pelas doutrinas clássicas, mas que no presente trabalho é denominada responsabilidade civil em sentido estrito ou apenas responsabilidade civil.

¹²⁵ Todos estes elementos serão melhor explicitados ainda neste item.

O ato ilícito, como denominação genérica, compreendendo o delito e o quase-delito da antiga doutrina, é um todo, do qual a culpa é apenas um dos elementos; o ato ilícito é um fenômeno complexo, fonte geradora de obrigações, que surge, uma vez reunidos os seus elementos constitutivos.¹²⁶

Este mesmo autor afirma, ainda, que “*não é a culpa a causa geradora da obrigação de ressarcir, mas o ato ilícito, que é constituído de vários elementos, entre os quais a culpa*”¹²⁷, assim como dispõe que a culpa, “*como elemento do ato ilícito, não se pode confundir com a violação do direito de outrem, nem com o dano*”^{128 129}

Pontes de Miranda esclarece esta complexa relação:

A culpa consiste na ligação, no nexu causal, psicofísico, entre o fato externo, contrário a direito, ou não, e o sujeito. Supõe-se, como essencial, a *voluntas*, o ter-se querido, ou o ter-se procedido sem o cuidado necessário, para que o fato não se desse. **A contrariedade a direito, o ir contra o conteúdo da regra jurídica, não é elemento da culpa. É elemento da ilicitude do ato: contrariedade a direito *mais culpa igual a ilícito.***¹³⁰ (grifou-se)

Há doutrinadores que inserem o dano como elemento do ato ilícito, conforme afirma

Orlando Gomes:

Outrossim, para que o ilícito civil se caracterize, é mister que do ato resulte prejuízo para alguém. Se de uma ação contrária ao direito não resulta dano, o *deluo civil* não se verifica, consoante o entendimento dos autores que se inspiram no Direito *romano*. Contra essa concepção insurgem-se os partidários da doutrina que expresse determinada conduta, independentemente de qualquer consequência prejudicial a outrem. Por outro lado, ainda que se considere a produção do dano elemento essencial à caracterização do ato ilícito, não se deve confundir *fato ilícito* com *fato danoso*. Há *fatos* que causam prejuízos a outrem, mas não são ilícitos.¹³¹

No entanto, tal assertiva apesar de comum não é correta, pois o prejuízo é pressuposto da responsabilidade civil, sendo possível, conseqüentemente, a prática de um ato ilícito sem que dele se origine uma lesão. Sendo assim, um motorista que dirige em velocidade proibida está praticando um ato ilícito, mesmo que não provoque dano a ninguém.

¹²⁶ LIMA, op. cit., p. 53-54.

¹²⁷ Ibid., p. 54.

¹²⁸ Ibid., p. 55.

¹²⁹ Esta relação do dano como pressuposto do ato ilícito, que Alvino Lima (Ibid., p. 55), adequadamente, afirma não existir de forma obrigatória, será analisada com o cuidado necessário a seguir neste mesmo tópico.

¹³⁰ MIRANDA, op. cit., p. 48.

¹³¹ GOMES, op. cit., p. 256.

José de Aguiar Dias dispõe que o ato ilícito *“pode ou não produzir efeito material, o dano. À responsabilidade civil só esse resultado interessa, vale dizer, só com a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil e entra a funcionar o seu mecanismo.”*¹³² Pontes de Miranda defende o mesmo ponto de vista: *“Não se identifiquem o delito (ato ilícito) e a reparabilidade. Pode haver delito, ou melhor, ato ilícito, sem dano, e pois sem que se possa reclamar a reparação”*¹³³.

Ato ilícito, portanto, une os conceitos de antijuridicidade, culpa e imputabilidade. A antijuridicidade já foi analisada acima¹³⁴. Passa-se, então, ao estudo dos elementos culpa e imputabilidade.

Culpa em sentido amplo abrange o dolo e a culpa em sentido estrito. Configura-se o dolo quando há o pleno conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo¹³⁵, ou seja, ocorre quando o ato é realizado com a finalidade de causar o dano. E a culpa em sentido estrito verifica-se quando o dano causado à vítima é decorrência do comportamento negligente, imprudente ou imperito do agente.

Da culpa em sentido estrito, destaca-se que a negligência relaciona-se com o descuido, o ofensor age com desatenção ou omite-se de certa atividade, causando o dano. A imprudência revela-se quando o lesante age com excesso de confiança, sem cautela ou de forma precipitada provocando o dano sem o ter querido. E a imperícia é a falta de habilidade atrelada principalmente à culpa profissional revelada pela inaptidão à prática de determinado ato.

Negligência se relaciona, principalmente, com desídia; imprudência é conceito ligado, antes que a qualquer outro, ao de temeridade; imperícia é, originariamente, a falta de habilidade.

[...]

É preciso, entretanto, observar que essas espécies se entrelaçam, e daí verificar-se a negligência revestida de imprevisão, a imprudência do desprezo pela diligência e pelas regras de habilidade, a imperícia traçada de negligência.¹³⁶

¹³² DIAS, op. cit., p. 108/109.

¹³³ MIRANDA, op. cit., p. 85.

¹³⁴ Vide item 2.4.1.

¹³⁵ MONTEIRO, 1990, p. 392.

¹³⁶ DIAS, op. cit., p. 120-121.

Não há tratamento diferenciado para as conseqüências do ato ilícito seja ele culposo ou doloso, pois se considerando que a finalidade da responsabilidade civil é a restauração da situação original do bem lesado, a indenização deve corresponder à extensão do dano independentemente da intenção ou não de o causar. O ordenamento civil atende, portanto, ao princípio da unidade da culpa¹³⁷, diversamente do disposto no artigo 18, parágrafo único¹³⁸, do Código Penal, no qual se estabelece o princípio da excepcionalidade do crime culposo, exigindo previsão legal para punir a conduta culposa, evidenciando, portanto, a preocupação em distinguir o dolo da culpa.

E apesar da não interferência no âmbito civil da distinção entre dolo e culpa, a doutrina clássica apresenta a teoria da tripartição da culpa em grave, leve e levíssima. A culpa grave é a falta imprópria ao comum dos homens, é a imprudência, imperícia ou negligência grosseira. Este conceito deu origem ao princípio da *culpa lata dolo aequiparatur*, ou seja, a culpa grave se equipara ao dolo. E nas palavras de Orlando Gomes: “*tão grosseira é a sua negligência, tão inconsiderado seu procedimento, tão insensata sua conduta, que chega a ser equiparada à de quem age com animus injuriandi.*”¹³⁹ A culpa leve é a falta provocada por um homem que tiver atuado com prudência e diligência média. E há culpa levíssima¹⁴⁰ quando é “*mínimo o desvio de comportamento*”¹⁴¹. No que tange à culpa levíssima, com base na crítica efetuada por alguns doutrinadores¹⁴² que julgavam injusta a responsabilidade civil proveniente

¹³⁷ PEREIRA, op. cit., p. 71.

¹³⁸ Código Penal, artigo 18, parágrafo único: “*Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*”

¹³⁹ GOMES, op. cit., p. 267.

¹⁴⁰ Recordar-se que a origem da culpa levíssima encontra-se na Lei Aquília, estando determinado em seu texto, ou, então, possivelmente, resultando da sua interpretação, consolidando, por conseguinte, a máxima *In lege Aquilia et levissima culpa venit*. (Vide item 2.2)

¹⁴¹ GOMES, op. cit., p. 267.

¹⁴² Silvio Rodrigues afirma: “*Tal solução, que é da lei, não me parece justa, principalmente nos casos de culpa extremamente leve. Em tais hipóteses, quando o dano adveio de negligência ou imprudência do agente, portanto de culpa, mas de culpa levíssima, como a em que incorre mesmo a pessoa extremamente prudente e cautelosa, devia o legislador recomendar ao juiz que usasse de benignidade no fixar a indenização. Aliás, tenho para comigo que em muitos casos de culpa levíssima a sentença absolutória se funda na inexistência de culpa, embora seja inegável a existência daquela.*” (RODRIGUES, op. cit., p. 163)

FERNANDO NORONHA analisa o problema e propõe: “*Se a equiparação da culpa grave ao dolo é plenamente justificada, já não parece ser fundada a responsabilidade com base em culpa levíssima. Pelo menos em princípio,*

desse grau de culpa, pois exigiria um cuidado extraordinário do agente, deu-se-lhe novo tratamento no Código Civil de 2002, em seu artigo 944, parágrafo único¹⁴³.

Há, no entanto, exceções à consideração de que na ótica civil não há influência dos graus de culpa pois, por exemplo, nos casos de indenização por danos morais, o juiz deve ater-se ao elemento volitivo do agente, e há situações em que a legislação ou a jurisprudência determinam a restrição da obrigação de reparar à caracterização do dolo ou culpa grave do ofensor¹⁴⁴, como ocorre no caso de denúncia infundada de crime e de responsabilidade decorrente de contrato de transporte aéreo.

Para identificar o erro de conduta e distinguir os diferentes graus de culpa, foram desenvolvidos dois critérios – apreciação da culpa *in concreto* e apreciação da culpa *in abstracto*¹⁴⁵.

No critério da culpa *in concreto*, o reconhecimento da culpa varia de acordo com o exame de cada conduta e das peculiaridades do agente. Considera-se o complexo individual do lesante, ou seja, sua idade, sexo, grau de instrução, situação econômica, e, ainda, outros aspectos da personalidade. Na apreciação da culpa *in abstracto* realiza-se uma comparação ao homem médio, regular, denominado doutrinariamente como *bonus pater familias*, *homo economicus*, homem diligente, ou ainda, homem normal teórico¹⁴⁶, ou seja, abstrai-se as características pessoais do agente, atendendo-se às circunstâncias externas que determinaram o evento danoso.

quem procede com normal diligência não deve ser responsabilizado por danos causados a outrem - a não ser que o caso seja um daqueles que caiba na responsabilidade objetiva, mas então não se justificará falar-se em 'culpa'. Ninguém é obrigado a pautar a sua conduta comum de acordo com excepcionais padrões de diligência, que só pessoas excepcionalmente cuidadosas teriam. Não se justifica atribuir relevância a negligências mínimas, insignificantes, que escapariam a um homem normal, bom cidadão. Por isso, hoje não é verdadeira aquela sentença in lege Aquilia et culpa levissima venit. A culpa só passa a ser relevante no grau que os antigos chamavam de culpa leve -- e que hoje poderemos chamar de mera culpa, ou culpa simples, para distingui-la da culpa grave, equiparada nos efeitos ao dolo." (NORONHA, 1993, p. 25.)

¹⁴³ Código Civil de 2002, artigo 944, parágrafo único: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização."

¹⁴⁴ A gradação da culpa será analisada em outro parágrafo próximo, ainda neste tópico.

¹⁴⁵ LIMA, op. cit., p. 57.

¹⁴⁶ Ibid., p. 63.

Na apreciação da culpa *in abstracto* não se tomam em consideração as disposições especiais da pessoa ou seu grau de compreensão das coisas, seus meios ou possibilidades pessoais, mas compara-se a conduta do autor do ato à do homem abstratamente diligente, prudente e circunspecto, não se tendo em conta, particularmente, a sua educação, instrução ou aptidões pessoais. Mas este tipo abstrato de comparação é o homem normal, que vive entre nós, que age sempre, em determinadas circunstâncias, de um modo uniforme, é o *homo economicus*.¹⁴⁷

O ordenamento jurídico brasileiro rejeita a análise da culpa *in concreto*, salvo exceções legais expressas como é o caso de responsabilidade negocial do comodatário (artigo 582, do Código Civil de 2002¹⁴⁸) e do depositário (artigo 629, do Código Civil¹⁴⁹), o que, entretanto, não implica a total desconsideração de alguns elementos concretos, como por exemplo, usos e costumes de uma determinada região e classe social.

É verdade que a aceitação desse critério [abstrato] não importa no completo desprezo das circunstâncias de tempo, meio, classe social, usos, costumes e hábitos sociais, levando-se em consideração, por conseguinte, alguns elementos concretos. Rigorosamente, porém, a apreciação *in concreto* da culpa deve levar em conta apenas as circunstâncias internas do agente, isto é, do seu estado de espírito, do seu caráter e dos seus hábitos. As de tempo e meio são externas, não entrando, pois, no coeficiente pessoal do agente.¹⁵⁰

A despeito da sua adoção, o critério *in abstracto* não está isento de críticas. Pontes de Miranda, após afirmar que “o critério para verificação da conduta dos indivíduos é assaz abstrato, pois que é do homem normal”¹⁵¹, esclarece:

O homem normal seria o *bom pai de família*. Mas a velha expressão diz bem pouco. O uso comum, a boa diligência, diriam mais. Primeiro, porque é o uso – e não a mentalidade do pai de família (conceito assaz vago) – que realmente decide da culpa. Não é uso deixar-se à porta da casa objeto de luxo. Nem remeter-se dinheiro em carta fechada sem nenhuma declaração. O uso varia. O patrão de hoje não pode tratar os operários como os tratava nos séculos passados. Além de variar com o tempo, o uso varia com as profissões, as classes, os povos.¹⁵²

¹⁴⁷ Ibid., p. 63-64.

¹⁴⁸ Código Civil de 2002, artigo 582: “O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.”

¹⁴⁹ Código Civil de 2002, artigo 629: “O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e a diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exigir o depositante.”

¹⁵⁰ GOMES, op. cit., p. 326.

¹⁵¹ MIRANDA, op. cit., p. 117.

¹⁵² Ibid., p. 118.

Mas, Alvin Lima aponta as razões em favor da adoção do mecanismo:

Em geral, os escritores defendem a apreciação da culpa *in abstracto*. Temos uma obrigação legal de agir com prudência e diligência em todos os atos de nossas atividades; seria impossível fixar os princípios ou regras desta conduta, ou determiná-los para cada indivíduo particularmente, pois um tal sistema subjetivo de responsabilidade, além de insustentável e deficiente, traria dificuldades práticas insuperáveis.¹⁵³

Este mesmo autor assevera, no entanto, posteriormente, que tal princípio não pode ser aplicado de forma absoluta, sendo inevitável a utilização de alguns elementos concretos, “colocando-se o tipo de comparação nas mesmas condições em que se encontra o autor do ato ilícito, ou seja em face de uma realidade concreta”.¹⁵⁴

Tais considerações são importantes, ainda, para a análise do caso em que a conduta culposa é atribuída a alguém que se apresenta para a sociedade como grande profissional de uma determinada área, dizendo possuir elevada capacitação. Neste caso, a ação deste profissional deverá ser examinada também a partir do critério *in abstracto*, porém o parâmetro, no caso, não será mais o *bonus pater familia*, mas sim um novo critério abstrato em que a referência corresponda justamente a um profissional que reúna características semelhantes.¹⁵⁵

Observada tal gradação, segue-se para o estudo relativo à prova da culpa, que com base na doutrina clássica é de responsabilidade da vítima, conforme expressa o brocardo latino: “*onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*”¹⁵⁶. Desta forma, regra geral, a vítima, para obter a reparação do dano que lhe foi causado, deve provar a culpa do lesante.

No intuito de dar maior proteção ao ofendido, porém, a legislação e a jurisprudência desenvolveram presunções de culpa, classificadas em presunção *juris tantum* ou relativa e *juris et de jure* ou absoluta¹⁵⁷, podendo esta ser considerada um grande passo para a consagração da

¹⁵³ LIMA, op. cit., p. 57.

¹⁵⁴ Ibid., p. 60.

¹⁵⁵ NORONHA, 1993, p. 25.

¹⁵⁶ PEREIRA, op.cit., p. 74.

¹⁵⁷ Muitos autores, dentre eles Orlando Gomes (GOMES, op. cit., p.341), entendem as presunções de culpa também como momento da evolução da obrigação reparatória, que teve início pela admissão da existência de culpa mais facilmente, reconhecendo as presunções de culpa, e atingindo, por fim, a substituição da culpa pelo risco na determinação da responsabilidade.

teoria do risco, ou talvez um grande apego à teoria da culpa, em não se querer admitir a existência de uma responsabilidade civil independente de culpa, já que os efeitos da presunção absoluta de culpa são os mesmos da teoria objetiva.

A presunção *juris tantum* cria uma posição privilegiada para vítima que não mais possui o ônus da prova, passando-o para o agente, que deverá demonstrar a ausência de sua culpa no ato lesivo, além de poder demonstrar, obviamente, situações caracterizadas como excludentes de responsabilidade, como a prova da culpa exclusiva da vítima, do caso fortuito ou de força maior¹⁵⁸.

A presunção *juris et de jure* impõe a existência da culpa de forma absoluta, não admitindo a produção de prova em contrário, o que confere à vítima maior vantagem, pois o agente somente se exime de reparar o dano se demonstrar a ausência do nexo causal entre a sua conduta e o prejuízo provocado, ou seja, deve comprovar uma das dirimentes de causalidade¹⁵⁹. Assim, embora se fale em presunção de culpa, trata-se, de fato, da concretização da teoria do risco.

Na verdade, porém, as presunções absolutas de culpa são a consagração da teoria da responsabilidade objetiva, da responsabilidade sem culpa. Dizer o contrário é procurar mascarar com um nome, apenas, aquilo que a realidade desmente. E para comprová-lo basta indagar quais são os efeitos jurídicos de uma responsabilidade sem culpa e de uma responsabilidade fundada na presunção *juris et de jure*. Ambas levam o agente do fato danoso à reparação, sem a prova da causa do evento, sem a discussão possível sobre a ausência de culpa, que poderá até não existir, ou poderá mesmo se achar provado não existir, sem que daí resulte benefício ao autor do ato danoso. A culpa presumida, sem permitir a prova em contrário, é, sem dúvida alguma, uma simples ficção de culpa.¹⁶⁰

E, para finalizar este estudo teórico sobre culpa, e logo, também referente ao ato ilícito, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o elemento imputabilidade, que Orlando Gomes assim define: “A imputabilidade é a idoneidade psíquica do agente para

¹⁵⁸ Vide item 2.6.

¹⁵⁹ Vide item 2.6.1.

¹⁶⁰ LIMA, op. cit., p. 83.

querer e entender a síntese, a capacidade de discernimento. Somente as pessoas nessas condições podem ser consideradas culpadas."¹⁶¹

A imputabilidade e, por conseguinte, a idéia de culpa, correspondem à noção de capacidade, da consciência do ato, de livre arbítrio, de discernimento. Deste modo, um ato ilícito somente pode ser praticado por alguém capaz. Assim, *"não é de considerar-se ato culposo e, por via de consequência, ato ilícito, aquele praticado pelo inimputável. Só o ato imputável a alguém (elemento subjetivo) enseja qualificação de ato ilícito."*¹⁶² Entretanto, essa idéia não permite concluir que o ato praticado pelo incapaz não gera a obrigação de indenizar, pois isto significaria deixar a vítima sem qualquer proteção, e certamente não é esta a finalidade da criação da figura da inimputabilidade. Neste caso, portanto, dependendo do regime adotado, a obrigação recairá sobre o incapaz ou seus responsáveis, de forma solidária ou subsidiária, pois apesar da inimputabilidade, deve indenizar por razões de equidade. O Código Civil de 2002 trouxe nova sistemática a este tema¹⁶³, determinando a responsabilidade subsidiária e mitigada dos incapazes.

Isso não significa, porém, que a lei, considerando injusto o abandono da vítima em certas circunstâncias, nem porque o agente seja inidôneo psicologicamente, deixe de lhe impor a obrigação de reparar o dano que causou. Mas, do fato de estatuir essa obrigação, fundada em razões de equidade, não se pode inferir que haja culpa no fato do agente. Nem sempre o dever de indenizar resulta da prática do ato culposo. Uma coisa é admiti-lo independentemente de culpa, outra, forçar o conceito desta para configurá-lo em casos nos quais o desvio do comportamento normal não pode ser moralmente imputado a quem o cometeu.¹⁶⁴

¹⁶¹ GOMES, op. cit., p. 270.

¹⁶² MONTENEGRO, op. cit., p. 34.

¹⁶³ Código Civil de 2002, artigo 928: *"O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem."*

¹⁶⁴ GOMES, op. cit., p. 270.

Pontes de Miranda alerta para necessidade de precisão da terminologia, já que o dano causado por incapaz é resultado de um ato-fato ilícito¹⁶⁵, e defende a responsabilidade civil dos inimputáveis:

Às vezes, apresentam-se casos em que a incapacidade para responder por atos ilícitos cria situações chocantes; e.g., o louco de muitos haveres quebra a vitrina do droguista pobre, ou o menor, absolutamente incapaz, rico, fere a alguém, que não tem recursos para o tratamento e o sustento, seu e da família, nos dias ou meses em que não trabalha. O direito romano não atendeu ao problema; ao direito prussiano deve-se o primeiro passo. De começo, a técnica legislativa mal conhecia aquilo mesmo que criava, exceto quanto ao princípio inspirador. A reparação ter-se-ia de fundar em razões de equidade.

[...]

Seria ação de reparação sem culpa, ação de equidade, responsabilidade pelo ato-fato ilícito.¹⁶⁶

Deste modo, sintetiza-se:

Ato ilícito = antijuridicidade (violação ao direito de *outrem* contrária ao ordenamento jurídico/elemento objetivo) + culpa (componente anímico/elemento subjetivo, sendo a imputabilidade do agente sua condição necessária).

Apresentadas tais considerações teóricas, entende-se que as mesmas devem ser aplicadas em um estudo específico do ordenamento civil brasileiro¹⁶⁷.

O Código Civil de 1916¹⁶⁸, sob influência do Código Civil francês, acolheu a teoria da culpa como regra para a responsabilidade civil, estando o princípio genérico prescrito em seu

¹⁶⁵ MIRANDA, op. cit., p. 174

¹⁶⁶ Ibid., p. 167.

¹⁶⁷ O legislador brasileiro, tanto no Estatuto Civil de 1916, quanto no regime de 2002, optou por definir o ato ilícito e não a culpa.

¹⁶⁸ Faz-se importante destacar que o Código Civil de 1916 equivocadamente não tratou os atos ilícitos como atos jurídicos, uma vez que em seu artigo 81 dispôs que ato jurídico é *“todo o ato lícito, que tenha por fim imediato, adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”*, não considerando, portanto, os atos jurídicos como todo ato apto a gerar efeitos jurídicos, conforme já recomendava a boa doutrina. Caio Mário da Silva Pereira supera essa dificuldade e apresenta a seguinte classificação: *“Assim, parece melhor classificar os fatos jurídicos da seguinte maneira: de início devem ser separados os fatos jurídicos em sentido estrito, isto é, os fatos que não envolvem qualquer ato humano por advirem de forças alheias ao homem, dos atos humanos, a que se poderia dar o nome de atos jurídicos, ou atos jurígenos, como fazem alguns escritores, para lembrar que se trata de atos capazes de criar relações na órbita do direito. Estes podem ser ilícitos, se desconformes com a lei, ou lícitos, se com ela se afinarem. Dentre os atos lícitos dever-se-ia separar os inspirados num propósito negocial, ou seja na deliberação de alcançar um efeito jurídico – e teríamos o negócio jurídico, dos atos meramente lícitos, onde o efeito jurídico alcançado não é perseguido pelo agente. No sistema do Código Civil é a classificação anteriormente apontada a que prevalece. O legislador distingue o ato ilícito do ato jurídico, tendo em vista o elemento liceidade de que aquele, como seu nome revela, carece. E não distingue, na maneira de os disciplinar, o negócio jurídico do ato meramente lícito.”* (PEREIRA, op. cit., p. 28).

artigo 159¹⁶⁹, Título II que trata dos atos ilícitos, predominando, assim, a responsabilidade subjetiva. Somente em casos específicos previstos na lei ou consolidados pela jurisprudência era possível recorrer à responsabilidade objetiva.

Deste artigo, destaca-se, inicialmente, a expressão “*ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência*”, que pode ser vista sob dois aspectos. Para doutrinadores, como Antônio Lindbergh C. Montenegro¹⁷⁰ e José de Aguiar Dias¹⁷¹, a ação ou omissão voluntária corresponderia ao dolo, enquanto negligência ou imprudência remeteriam à culpa em sentido estrito. Já para Caio Mário da Silva Pereira¹⁷² não se deve confundir voluntariedade com dolo, visto que aquela indica a liberdade do ato. E há, ainda, a posição de Alvino Lima¹⁷³ que distingue a voluntariedade como condição para o ato (liberdade na sua prática) e quanto às conseqüências obtidas.

Ademais o mesmo dispositivo mostra-se inexato quando dispõe “*violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano*” (grifou-se), uma vez que deveria ter registrado que a obrigação reparatória deve ser atribuída a quem violar o direito, referindo-se,

O Código Civil de 2002 concede novo tratamento a essas questões dispondo em seu artigo 185 (“*Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.*”), sobre os atos jurídicos lícitos, e em seu artigo 186 dos atos ilícitos, além de apresentar um título próprio para a matéria pertinente à responsabilidade civil (artigos 927 a 954). Conclui-se, então, que o Estatuto Civil de 2002 apresentou uma divisão dos capítulos mais adequada à classificação dos fatos jurídicos em sentido amplo.

¹⁶⁹ Código Civil de 1916, artigo 159: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.*”

¹⁷⁰ Antônio Lindbergh C. Montenegro afirma: “*A primeira parte da transcrita norma jurídica ‘ação ou omissão voluntária’ denuncia a presença do dolo, ao passo que a culpa propriamente dita, a culpa stricto sensu é representada pela negligência e imprudência.*” (MONTENEGRO, op. cit., p. 33)

¹⁷¹ José de Aguiar Dias: “*Nem mesmo a classificação dos atos ilícitos em dolosos ou culposos apresenta interesse para o civilista brasileiro, que só cogita do gênero ato ilícito, que é o fato, não autorizado pelo direito, causador de dano a outrem, embora se vislumbrem, no texto citado dispositivo, as duas espécies: dolo (ação ou omissão voluntária) e culpa (negligência ou imprudência).*” (DIAS, op. cit., p. 121)

¹⁷² Caio Mário da Silva Pereira: “*A conduta contraveniente pode em termos genéricos, ser voluntária ou involuntária. Cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de ‘voluntariedade’ o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou consciência do procedimento, que se alia à previsibilidade.*” (PEREIRA, op. cit., p. 70)

¹⁷³ Alvino Lima: “*A voluntariedade do ilícito na ação pode ser in re ou in causa; o primeiro caso se verifica quando o agente quer o resultado do seu ato. Ninguém diria que o louco praticaria o ato doloso desejando obter resultado de um ato consciente. Na voluntariedade in causa o agente não quer as conseqüências do seu ato, mas podia ou devia prevê-las; no primeiro caso há o dolo, no segundo a culpa, que é defeito de diligência. A voluntariedade é, pois, e sempre, condição do ato; voluntariedade quanto às conseqüências obtidas, no primeiro caso; voluntariedade quanto ao ato em si mesmo, causador do dano, previsto ou previsível no segundo caso.*” (LIMA, op. cit., p. 66-67)

portanto, ao pressuposto antijuridicidade, e causar prejuízo a *outrem*, pois a responsabilidade civil não se configura na ausência de dano.

Analisando-se ainda o sistema civil de 1916, depreende-se que não se estabeleceu qualquer distinção entre um dano causado com dolo ou um prejuízo decorrente de ação que exigiria do *bonus pater familia* um cuidado extremado, ou seja, conduta marcada pela culpa levíssima. É um ponto de vista que dificilmente encontrava defensores, consoante alerta Pontes de Miranda: “*Não há defender-se o conceito da culpa levíssima, a culpa que existiria mesmo que se observada a diligência de homem normal*”¹⁷⁴, e adverte José de Aguiar Dias: “*Ora, ao homem prudente e diligente, ao bom pai de família, admite-se que erre, porque é condição do homem a fabilidade.*”¹⁷⁵

No Código Civil de 2002, o princípio geral permanece sendo o da responsabilidade civil subjetiva, conforme se observa no disposto no artigo 186¹⁷⁶. Este preceito admite expressamente o dano moral, o que não ocorria, ao menos diretamente, no Código Civil de 1916. No entanto, o novo Código não inova, já que esta matéria já havia sido garantida constitucionalmente em 1988, e o estatuto não traz, como visto¹⁷⁷, critérios para auxiliar a quantificação da indenização por tais prejuízos.

Prosseguindo no estudo do artigo 186 do Código Civil de 2002, ressalta-se, que as observações feitas para a expressão “*ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*” são perfeitamente aplicáveis ao novo sistema civil, restando ponderar sobre a sentença “*e causar dano a outrem*”. O dano não é requisito para a configuração do ato ilícito, mas para a caracterização da responsabilidade civil, vislumbrando-se, desta forma, um equívoco do legislador:

¹⁷⁴ MIRANDA, op. cit., p. 52.

¹⁷⁵ DIAS, op. cit., p. 114.

¹⁷⁶ Código Civil, 2002, artigo 186. “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

¹⁷⁷ Vide item 2.4.3.

Começamos pelo art. 186 que, modificando a razoável redação do artigo 159 do Código atual, estabelece:

‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito’.

O texto se me afigura realmente decepcionante. Se o que se pretendia era tratar separadamente do ato ilícito e da reparação do dano, ao contrário do art. 159, que trata da obrigação de reparar baseada na culpa, houve um visível excesso na definição daquele, em cujos elementos integrantes não figura o dano, requisito, sim, da obrigação de reparar. O ato ilícito pode não causar dano.¹⁷⁸

Entretanto, se por um lado errou o legislador do Código Civil de 2002 no que concerne à definição do ato ilícito, inovou de forma positiva ao tratar, em seu artigo 944¹⁷⁹, da culpa levíssima, permitindo a redução equitativa da indenização quando estiver evidenciada a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano¹⁸⁰.

E ainda no que tange às disposições do Código Civil de 2002, observa-se que apesar da manutenção do sistema de reparação de danos com base na culpa, consignou-se, no parágrafo único do artigo 927¹⁸¹, a responsabilidade objetiva, o que não ocorria no Código de 1916, havendo, ainda, uma ampliação da incidência da teoria do risco, que deverá ser aplicada nos casos especificados em lei (o que já vem ocorrendo há muitos anos, e, portanto, de certa forma, o mérito não pode ser atribuído ao novo Código Civil), e quando a atividade desenvolvida pelo agente do dano criar regularmente riscos para os direitos de *outrem*.¹⁸²

O Código Civil de 2002, também inova quando trata de forma explícita em seu artigo 187¹⁸³ do abuso de direito¹⁸⁴. Todavia, retrocede ao equipará-lo ao ato ilícito. Se, por um lado,

¹⁷⁸ DIAS, op. cit., p. 30.

¹⁷⁹ Código Civil de 2002, artigo 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

¹⁸⁰ Advirta-se que o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 direciona-se, exclusivamente, para tratar das indenizações devidas em razão de danos provocados por culpa levíssima do agente. É uma exceção ao princípio da reparação integral que, no entanto, permanece sendo a regra.

¹⁸¹ Código Civil de 2002, artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁸² Vide item 2.5.2.2.

¹⁸³ Código Civil de 2002, artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

com o citado dispositivo consolidou-se a teoria do abuso de direito, por outro o mesmo foi de encontro à doutrina que o entende como instituto autônomo, aplicável a outros ramos do Direito diversos da responsabilidade civil, e que defende a utilização de um critério objetivo para caracterizá-lo, refutando, portanto, a investigação do elemento anímico do agente.

Dessa maneira, há um reconhecimento do abuso de direito, sendo que o pratica quem exceder os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Entretanto, o preceito legal não afasta a investigação da subjetividade do agente, pois equipara o abuso de direito ao ato ilícito.

Interessante observar os comentários apresentados por Alvino Lima, acerca da matéria no anteprojeto do Código das Obrigações:

Chegaríamos assim à negação do abuso de direito, como conceito ou doutrina autônoma, dentro do sistema do Código Civil brasileiro; entretanto, além do ato doloso ou culposo, o abuso do direito pode surgir no exercício anormal do direito, desviando-se o titular do direito da finalidade ou destinação econômica e social do mesmo direito, sem que tenha agido com dolo ou culpa no sentido clássico, isto é, violação de uma obrigação legal preexistente.

[...]

O anteprojeto do Código das Obrigações, apresentado pelos ilustres juristas, Ministros Philadelpho Azevedo, Orozimbo Nonato e Hahnemann Guimarães, regulou a matéria do abuso do direito, nos arts. 152 e 156, colocados no capítulo da responsabilidade civil.

Antes de tudo é de se louvar atitude assumida pelos ilustres juristas consagrando em *preceitos genéricos e diretos*, a teoria do abuso do direito, segundo o critério finalista, ao invés de se conservarem fiéis à concepção subjetivistas, nos estreitos moldes do ato emulativo.

Julgamos, entretanto, procedente a crítica de Robert Goldschmidt, quanto à colocação dos preceitos no capítulo da responsabilidade civil.

Bastaria a forma genérica dos referidos artigos para que, desde logo, se verificasse não se tratar apenas de fixar responsabilidade; trata-se de dispositivos que abrangem o exercício de todos os direitos em geral; preceitos basilares de uma legislação moderna, que não pode deixar de atender aos princípios da boa-fé e das finalidades econômicas e sociais de cada instituição. Além destas considerações, a colocação dos preceitos referidos no capítulo da responsabilidade parece filiar o sistema do anteprojeto à doutrina dos irmãos Mazeaud e outros, já exposta. Ora, os termos em que são vazados os artigos repelem tal similitude, uma vez que o anteprojeto se filia ao critério finalista da teoria do abuso de direito, ao passo que aquela doutrina reduz o abuso de direito a um simples conceito mais amplo da culpa.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Diante da complexidade do assunto e da indireta relação com o tema da presente dissertação, apresentar-se-á apenas breves considerações sobre o abuso de direito.

¹⁸⁵ LIMA, op. cit., p. 252-253.

Vê-se que o anteprojeto, da mesma maneira que o Código Civil de 2002, incidia no equívoco de tratar do abuso de direito juntamente com a responsabilidade civil, entretanto, mostrou-se mais avançado ao adotar o critério finalístico, dispensando a análise de culpa.

Deste modo, observa-se que o avanço da teoria do abuso de direito poderia ter sido maior se o legislador do estatuto vigente não o tivesse equiparado ao ato ilícito. Embora se tenha utilizado, pelo menos em uma primeira análise, o critério objetivo para caracterizá-lo, estipulando limites para o exercício de um direito, tais como a finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes, o que ocorreu, de fato, foi um retrocesso. O princípio não foi tratado como geral e autônomo, mas sim vinculado ao ato ilícito, o que exige para o configurar, a prova do elemento anímico do agente causador do prejuízo.

Para se concluir o presente estudo, apresenta-se, simplificadamente, os pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva:

Responsabilidade subjetiva = [ato ilícito] + [dano] + [nexo causal] + [cabimento no âmbito de proteção da norma].

Em que:

Ato ilícito = (antijuridicidade) + (nexo de imputação/culpa → imputabilidade)

2.5.2.2 Responsabilidade civil objetiva

A vida moderna, principalmente após a Revolução Industrial, impôs à humanidade uma nova série de fatores de ordem material, social e moral que determinaram a elaboração da doutrina da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria de risco. Na consolidação desse novo sistema foram preponderantes construções doutrinárias e jurisprudenciais que evidenciavam a insuficiência da teoria da culpa, e tinham como foco a proteção da vítima e não mais a avaliação da intenção do agente. Alvino Lima, grande defensor da teoria do risco, afirma:

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.

[...]

O crescente número de vítimas sofrendo as conseqüências das atividades do homem, dia a dia mais intensas, no afã de conquistar proventos; o desequilíbrio flagrante entre os “criadores de risco” poderosos e as suas vítimas; os princípios de equidade que se revoltavam contra esta fatalidade jurídica de se impor à vítima inocente, não criadora do fato, o peso excessivo do dano muitas vezes decorrente da atividade exclusiva do agente, vieram-se unir aos demais fatores, fazendo explodir intenso, demolidor, o movimento das novas idéias, que fundamentam a responsabilidade extracontratual tão-somente na relação de causalidade entre o dano e o fato gerador.¹⁸⁶

A responsabilidade objetiva prescinde da análise da culpa fundamentando-se, basicamente, no entendimento de que aquele que cria um risco deve suportar-lhe as conseqüências. É, pois, suficiente que se observe um nexo de causalidade entre a atividade criadora do risco e o dano, sem que seja necessário investigar se o agente praticou um ato ilícito. O ofensor quando tiver que indenizar com base na responsabilidade objetiva, não poderá alegar ter agido sem culpa, tomado todos os cuidados devidos. E a sua defesa consistirá em provar que o dano inexistente ou em demonstrar o rompimento do nexo causal mediante a comprovação de caso fortuito ou de força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro¹⁸⁷.

No desenvolvimento e consolidação da responsabilidade objetiva, muitas foram as modalidades de teoria do risco construídas para refutar a teoria da culpa, destacando-se as teorias do risco integral, do risco proveito, do risco profissional, e do risco criado.¹⁸⁸

A teoria do risco integral representa a posição mais radical e extremada contra a teoria da culpa, o que, de certo modo, é compreensível ante a necessidade da imposição inicial da

¹⁸⁶ LIMA, op. cit., p. 115-116.

¹⁸⁷ Vide item 2.6.1.

¹⁸⁸ PEREIRA, op. cit., p. 281.

idéia do risco. Ela sustenta ser suficiente verificar a existência do dano, vinculado a qualquer fato, para assegurar à vítima uma indenização, sem se admitir qualquer possibilidade de exclusão da responsabilidade.

No primeiro plano, e forte em concepção filosófica mais ampla, emerge a idéia de que a responsabilidade civil não deve assentar em um conceito positivo. Abolindo a idéia de culpa, proclama-se que qualquer fato, culposo ou não culposo, deve impor ao agente a reparação desde que cause um dano. Trata-se de uma tese puramente negativista. Não cogita de indagar como ou porque ocorreu o dano. É suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização.¹⁸⁹

Na teoria do risco profissional o dever de indenizar surge quando o dano é decorrente do trabalho do lesado, sujeitando, portanto, o empregador a ressarcir os acidentes ocorridos com seus empregados, independentemente de culpa.¹⁹⁰

Como, no entanto, o movimento doutrinário em prol da tese objetiva tinha se inspirado sobretudo na necessidade de se amenizar a triste situação dos operários, as vítimas prediletas dos danos na nova era de industrialização, acreditou-se que, com a lei de 1898, que acolheu a tese da responsabilidade objetiva (Lei dos Acidentes do Trabalho), ter-se-ia levado o resfriamento à fervura do entusiasmo de seus adeptos.

Ledo engano!

Eram de âmbito bem mais alargado as pretensões dos que se batiam pela tese da responsabilidade sem culpa. E, por isso mesmo, com redobrado esforço a disputa continuou.

E agora se afanavam todos aqueles que lutavam pela tese da responsabilidade objetiva em lhe emprestar razoáveis fundamentos doutrinários nesses ou naqueles setores, uma vez que, embora não de maneira tranqüila, já se lograra para ela o fundamento legal dentro do Código.

Para uns tal fundamento doutrinário poderia encontrar-se no risco-proveito.

Ubi emolumentum, ibi onus. Onde as vantagens a contrapartida dos riscos.¹⁹¹

Assim, a teoria do risco proveito pode ser sintetizada pela expressão latina *ubi emolumentum ibi onus*, e possui como suporte doutrinário a idéia de que os criadores do risco, são justamente os que percebem os proveitos da atividade, devendo estes, portanto, suportar os encargos que lhe são inerentes. Entretanto, a dificuldade da aplicação prática desta teoria reside justamente na indeterminação da palavra proveito e, em razão disto, poder-se-ia estar trocando

¹⁸⁹ Ibid., p. 281.

¹⁹⁰ Ibid., p. 281.

¹⁹¹ SILVA, Wilson Melo da., op. cit., p.55.

a necessidade de comprovação da culpa pela do proveito, o que certamente não beneficiaria as vítimas.

A esse respeito, assevera Wilson Melo da Silva:

De maneira ampla, envolvendo toda e qualquer espécie de vantagem ou, de maneira estrita, implicando apenas ganhos de natureza econômica? Que se poderia, afinal, ter por 'proveito', sabido como é que, de uma abstenção ou mesmo de fatos negativamente econômicos em si, pode-se usufruir, não raro, algumas vantagens? E ao demais, ali onde não se pudesse demonstrar o lucro ou o proveito, não se haveria de falar, à luz de tal ensinamento, em obrigação de reparar pelos danos eventuais.¹⁹²

Além disso, pondera Caio Mário da Silva Pereira¹⁹³ que a interpretação da teoria do risco proveito dá margens a entendimentos extremos, tendo em vista que em sentido amplo a palavra significa qualquer atividade, pois dificilmente alguém realiza ato totalmente desinteressado. Em sentido estrito, podem os seus opositores argumentar que somente seriam responsabilizados aqueles que compusessem a classe dos empresários, sendo insuficiente, por exemplo, para responsabilizar os pais pelos atos de seus filhos menores de idade, e o proprietário de veículo que conduzia a vítima de forma gratuita.

Para que essas dificuldades fossem solucionadas, os defensores da responsabilidade objetiva optaram pela supressão do qualificativo "proveito", "*e o fundamento doutrinário da teoria da responsabilidade civil passou do risco-proveito ao do risco simplesmente, ou, com mais generalidade, ao do risco criado.*"¹⁹⁴

Fernando Noronha identifica três subgrupos para esta teoria do risco e ressalva que, mesmo que não incluindo todos os casos existentes, persistem três espécies: risco de empresa, risco administrativo¹⁹⁵ e risco-perigo.

[...] de um lado, estão os fatos praticados e os atos acontecidos no exercício ou por ocasião do exercício de atividades organizadas para a produção e distribuição de bens e serviços; de outro lado, os fatos e os atos relacionados

¹⁹² Ibid., p. 55.

¹⁹³ PEREIRA, op. cit., p. 282.

¹⁹⁴ SILVA, Wilson Melo da., op. cit., p. 56.

¹⁹⁵ O risco administrativo está intrinsecamente relacionada com o tema da presente pesquisa, razão pela qual será retomado no item 3.3.4.

com atividades de administração pública; por último, os fatos e os atos relacionados com o exercício de atividades perigosas.

Cada um desses grupos tem na sua base um risco: risco de empresa, risco administrativo e risco-perigo.¹⁹⁶

Caio Mário da Silva Pereira afirma que adotou a teoria do risco criado ou simplesmente teoria do risco, ao elaborar o Projeto de Código das Obrigações de 1965, no que foi seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975, que em seu art. 929, parágrafo único, “*esposou a doutrina do risco criado, a dizer que independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano ‘quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’*.”¹⁹⁷ ¹⁹⁸E esta é, justamente, a redação do parágrafo único, do artigo 927¹⁹⁹, do Código Civil de 2002.

Conforme já analisado²⁰⁰, o Direito brasileiro, tanto no Código Civil de 1916 quanto no de 2002 contempla a responsabilidade subjetiva como regra, ou seja, fundamentada na culpa. Entretanto, enquanto no regime do Código Civil de 1916, somente era possível a aplicação da responsabilidade objetiva em casos específicos previstos na lei ou por criação jurisprudencial²⁰¹, no novo Código há um princípio geral²⁰² estabelecido no parágrafo único do artigo 927²⁰³, que trata expressamente da teoria do risco²⁰⁴.

¹⁹⁶ NORONHA, 1993, p.30.

¹⁹⁷ PEREIRA, op. cit., p. 284.

¹⁹⁸ Interessante ressaltar que em uma proposta de redação anterior pecava-se ao exigir por um lado atividade geradora de grande risco e por outro admitia-se a possibilidade de defesa através da comprovação do emprego de medidas preventivas adequadas para evitar o dano. Eis a pretendida redação do parágrafo único, do artigo 933, parágrafo único: “*Parágrafo único. Todavia haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas*” Felizmente, o texto que prevaleceu não incidiu em tais erros, consolidando efetivamente a responsabilidade civil objetiva.

¹⁹⁹ Código Civil de 2002, artigo 927, parágrafo único: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*”

²⁰⁰ Vide item 2.5.2.1.

²⁰¹ E que já somavam um número considerável, conforme elenco apresentado por José de Aguiar Dias: “*Indicamos, porém, aqui sumariamente, os dispositivos que consideramos enquadrados no sistema objetivo: Constituição Federal, art. 37, §6º; lei de acidentes do trabalho (Decreto nº 24.637, de 1934, Decreto-Lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944; Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976; arts. 96 e segs. Do Código Brasileiro do Ar; Decreto-Lei nº 483, de 8 de junho de 1938; Decreto-Lei nº 32, de 10 de novembro de 1966, com as alterações do Decreto-Lei nº 234, de 28 de fevereiro de 1967; da Lei nº 5.710, de 7 de outubro de 1971; da Lei nº 6.298, de 15 d*

Fernando Noronha assevera que a responsabilidade objetiva resulta de atos ou fatos meramente antijurídicos e ainda de atos justificados, quando destes originar-se danos a pessoas diversas daquelas que deram origem à intervenção²⁰⁵. Este autor define os atos ou fatos meramente antijurídicos como sendo “*os atos humanos e os fatos da natureza objetivamente ofensivos de direitos alheios, mas sem que se possa censurar ninguém pela sua ocorrência*”²⁰⁶, e os atos justificados como “*as intervenções não autorizadas na esfera alheia, mas lícitas devido à presença de causas de exclusão da ilicitude [...]. Quando destas intervenções resultem danos para outra pessoa, que não seja a causadora da situação que autoriza a intervenção haverá obrigação de repará-los.*”²⁰⁷ Os maiores exemplos de atos justificados são a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal²⁰⁸.

Isso demonstra a presença do pressuposto antijuridicidade na caracterização da responsabilidade objetiva uma vez que, havendo a violação no Direito de alguém não

dezembro de 1975; da Lei nº 6.350, de 7 de julho de 1976; da Lei nº 6.833, de 30 de setembro de 1980; da Lei nº 6.997, de 7 de julho de 1982 e da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986; os arts. 1.519, e 1.520, parágrafo único, e 1.529 do Código Civil; os arts. 16, nº VII, e 34 nº XV, do Código de Minas, hoje substituído pelo Código de mineração, (Decreto-Lei nº 277, de 28 de fevereiro de 1967), Código do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.” (DIAS, op. cit., p. 83).

²⁰² E realmente têm-se a expectativa de que o parágrafo único, como um verdadeiro princípio, corresponda, portanto, a um mandado de otimização (vide nota 204).

²⁰³ Código Civil de 2002, artigo 927, parágrafo único: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*”

²⁰⁴ Da análise do parágrafo único do artigo 927 surgem alguns questionamentos, sendo que as respostas podem indicar, ou não, para uma inovação no Código Civil de 2002. Sendo assim, indaga-se se o magistrado poderá examinar o caso submetido a sua apreciação, decidindo pela aplicação da responsabilidade objetiva quando tiver concluído que a atividade desenvolvida pelo causador do dano é geradora de riscos para os direitos de *outrem*. Com isto, vislumbrar-se-ia a concessão de poder para o julgador decidir, no caso concreto, conforme o seu prudente arbítrio, e identificar-se-ia no citado dispositivo um verdadeiro princípio com todas as características que lhe são inerentes. Ou então, questiona-se se será necessária uma construção jurisprudencial que determinará quais as atividades que regularmente são causadoras de riscos, não se permitindo a aplicação particularizada da reparação com base na teoria do risco. Se o magistrado puder em cada situação específica optar ou não pela teoria do risco, pode-se afirmar que se trata de uma inovação do Código Civil de 2002, que, então, terá consagrado, amplamente, a objetivização da responsabilidade civil. No entanto, se for necessária jurisprudência consolidada que ateste sobre o risco de determinada atividade, o citado Código apenas estará mantendo o que há muito já vem pautando o sistema da responsabilidade objetiva, que já era aplicada nos casos expressos em lei, e para as situações em que a jurisprudência já firmou posicionamento majoritário.

²⁰⁵ NORONHA, 1993, p. 16.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 43.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 43.

²⁰⁸ Vide item 2.6.3.

autorizada pelo ordenamento, ou seja, existindo contrariedade ao Direito nas conseqüências, não será preciso analisar se trata-se de um ato lícito ou de um ato ilícito, para que haja a obrigação de reparar o dano.

Desse modo, quando, por exemplo, atuando-se em legítima defesa lesa-se terceiro, caracterizar-se-á a responsabilidade do causador do prejuízo perante o ofendido. Trata-se de um ato antijurídico, pois as conseqüências dele advindas (os danos) não estão em consonância com o ordenamento jurídico. Assim, quando alguém age em legítima defesa ou em estado de necessidade e provoca prejuízos apenas em quem provocou a atuação, o sistema legislativo determina a licitude da conduta e permite os danos, por serem conseqüências jurídicas da atuação do lesante. Entretanto, quando é na esfera de pessoas diversas daquelas que deram origem à prática do ato justificado que ocorre o prejuízo, observa-se um resultado (dano) antijurídico, gerando a obrigação indenizatória.²⁰⁹

Salienta-se, ainda, que a obrigação reparatória decorrente de atos justificados²¹⁰ não se adequa a regular noção de risco. No entanto, por acarretar a obrigação ressarcitória daquele que, independentemente de culpa, tiver lesado terceiro, classifica-se a responsabilidade civil como sendo objetiva.

²⁰⁹ Código Civil de 1916, artigo 160: “Não constituem atos ilícitos: (...) II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520). 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.”

Código Civil de 1916, artigo 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.”

Código Civil de 1916, artigo 1520: “Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, II, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa”

Código Civil de 2002, artigo 188: “Não constituem atos ilícitos: I – os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

Código Civil de 2002, artigo 929: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

Código Civil de 2002, artigo 930: “No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art.188, inciso I).”

²¹⁰ Vide item 2.6.3.

Por fim, do mesmo modo que se apresentou ao se tratar da responsabilidade fundamentada na teoria da culpa²¹¹, esquematiza-se os pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil objetiva:

Responsabilidade objetiva = (antijuridicidade) + (nexo de imputação/risco e atos justificados que violem direitos de terceiros) + (dano) + (nexo causal) + (cabimento no âmbito de proteção da norma).

2.5.3 Responsabilidade civil direta, por ato próprio e responsabilidade civil indireta, complexa ou por ato de terceiro, por fato das coisas e dos animais

A regra para determinar a obrigação de reparar danos é a responsabilização direta, também denominada responsabilidade por ato próprio tendo em vista que o próprio agente, com base em sua culpa ou nos riscos gerados por sua atividade, deve responder pelos danos que tiver provocado na esfera dos direitos de *outrem*.

Há situações, no entanto, em que o responsável pelo agente direto, ou seja, por quem provocou efetivamente o dano, também deverá assumir a obrigação de indenizar. Trata-se, então, de uma responsabilidade indireta, estando abrangido neste conceito, além da responsabilidade pelo ato de terceiro, a responsabilidade por fato de animais e a responsabilidade pelo fato de coisas inanimadas. Há casos, portanto, em que o obrigado a indenizar não é o ofensor direto, como por exemplo, a responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos menores de idade, a do empregador pelos atos de seus empregados, do tutor e do curador pelos atos de seus pupilos ou curatelados, e dos proprietários de hotéis pelos atos de seus hóspedes e dos donos de estabelecimento de ensino pelas ações de seus educandos²¹². Do

²¹¹ Vide item 2.5.2.1.

²¹² Código Civil de 2002, artigo 932: “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis,

mesmo modo, responde o proprietário de animal pelos danos por este provocado²¹³, e o habitante de prédio em razão de prejuízos decorrentes da queda de coisas provindas de seu edifício²¹⁴.

O Código Civil de 2002 estabelece nova sistemática para a responsabilidade civil por ato de terceiro pondo fim à discussão se em tais situações estar-se-ia diante de uma responsabilidade subjetiva com presunção de culpa ou da responsabilidade objetiva, pois dispõe em seu artigo 933²¹⁵, que a responsabilidade das pessoas indicadas no artigo 932²¹⁶ independe de culpa.²¹⁷

2.6 Excludentes de responsabilidade

Há determinados eventos e situações, denominados excludentes de responsabilidade, que afastam o dever de reparar os danos acontecidos. Inserem-se nesta categoria: as excludentes de causalidade, que são o caso fortuito ou de força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima; a dirimente fundamentada em uma exoneração convencional do dever de reparar o dano que é o caso da cláusula de não indenizar; e as excludentes fundadas em disposição legal que são a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito, e o estrito cumprimento do dever legal, desde que, adiante-se, não ocasionem danos a terceiros.

hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos."

²¹³ Código Civil de 2002, artigo 936: "O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior."

²¹⁴ Código Civil de 2002, artigo 938: "Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido."

²¹⁵ Código Civil de 2002, artigo 933: "As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos."

²¹⁶ Vide nota 212.

²¹⁷ Apesar da importância desta matéria, não cabe estender-se sobre o assunto neste trabalho. De qualquer forma, no decorrer da pesquisa (vide itens 3.3.2 e 4.3) será retomado o estudo da responsabilidade por ato de terceiro, apresentando os possíveis pontos de aproximação e colisão com a obrigação reparatória estatal.

2.6.1 Excludentes de causalidade

As excludentes de causalidade são o caso fortuito ou de força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

2.6.1.1 Caso fortuito ou de força maior

Parte da doutrina esforça-se em estabelecer diferenças entre o caso fortuito e a força maior²¹⁸, no entanto, não foi este o entendimento adotado no Código Civil de 1916, que tratou sobre o assunto em seu artigo 1058, parágrafo único²¹⁹, e também no Código Civil de 2002, que em seu artigo 393, parágrafo único²²⁰, repetiu a redação anterior.

Conceitualmente o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de Huc, é o “accidente produzido por força physica pelas partes”. A segunda é o “facto de terceiro, que creou para a inexecução da obrigação um obstáculo, que a bôa vontade do devedor não pôde vencer.”

[...]

Nesses e em outros casos, é indiferente indagar se a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou de caso fortuito. Por isso, o Código Civil reuniu os dois factos na mesma definição: o caso fortuito ou de força maior é o facto necessario, cujos efeitos, não era possível evitar ou impedir.²²¹

Portanto, mesmo que doutrinariamente se vislumbre a possibilidade de diferenciar a natureza e o conceito do caso fortuito e da força maior, reservando a cada uma das expressões um sentido determinado, no Direito nacional esta distinção inexistente. Ambos têm inclusive o mesmo efeito liberatório da obrigação de indenizar em decorrência da exclusão do nexo de causalidade. Ademais, como se trata separadamente do fato de terceiro²²², a intenção de estabelecer diferenças entre o caso fortuito e a força maior torna-se desnecessária.

²¹⁸ Arnaldo Medeiros da Fonseca, ao refletir sobre a distinção entre as citadas expressões, aponta como seus defensores “Entre nós mesmos, aceitaram-na CLOVIS BEVILAQUA, JOÃO LUIZ ALVES, BENTO DE FARIA E J.X. CARVALHO DE MENDONÇA, posto que estes dois ultimos tambem reconhecessem ser ella puramente nominal e estar a synonymia praticamente estabelecida.” (FONSECA, 1932, p. 50)

²¹⁹ Código Civil de 1916, artigo 1058, parágrafo único: “o caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

²²⁰ Código Civil de 2002, artigo 393, parágrafo único: “o caso fortuito ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

²²¹ BEVILAQUA, op. cit., p.217.

²²² Vide item 2.6.1.2.

Arnoldo Medeiros da Fonseca atesta que, tradicionalmente, o conceito de caso fortuito e força maior determina-se pela imprevisibilidade ou inevitabilidade do evento²²³, formando a partir destas características a corrente objetiva, adotada pelo Código Civil, mas ressalta que há uma corrente subjetiva que repele este conceito clássico e exige a inteira ausência de culpa²²⁴. Ao formular a sua própria definição de caso fortuito e força maior, este autor adota um critério misto resultante da conjunção entre o conceito clássico e o conceito elaborado pela doutrina subjetiva, justamente pela necessidade de co-existência dos elementos objetivos e subjetivos²²⁵.

Da própria noção do caso fortuito decorrem os dois elementos indispensáveis à sua caracterização: – um interno, de ordem objectiva, a que já aludimos – a inevitabilidade, ou impossibilidade de impedir ou resistir ao acontecimento, objectivamente considerado, tendo em vista as possibilidades humanas, attendidas em toda a sua generalidade, sem nenhuma consideração pelas condições pessoais do individuo cuja responsabilidade está em causa; outro externo, de ordem subjetiva – a ausencia de culpa.

O caso fortuito não pôde jamais provir de acto culposo do obrigado, pois a própria natureza inevitável do acontecimento que o caracteriza, exclue essa hypothese. Sómente pode resultar de uma causa extranha à vontade do devedor, irresistível, o que já indica ausencia de culpa. Si o evento decorre de um acto culposo do obrigado não era inevitável; logo, não haverá fortuito.

Poderia assim parecer a ausencia de culpa um requisito já compreendido na exigencia da inevitabilidade do facto e della necessariamente decorrente. Todavia, a verdade é que o obrigado, sem que o caso fortuito provenha de culpa sua (o que seria inadmissível), poderá ter culposamente concorrido para expôr-se aos seus effectos, ou agravar-lhe as consequencias. E si tal succeder, si o devedor si houver exposto culposamente aos effectos do evento irresistível, nesse caso, pela concorrência de culpa de sua parte, o fortuito não é levado em conta, do ponto de vista juridico.

[...]

Para que exista, portanto, caso fortuito, do ponto de vista jurídico, é essencial também a ausência de culpa do obrigado.²²⁶

O posicionamento que aponta para a necessidade dos elementos objetivo e subjetivo a fim de caracterizar o caso fortuito ou a força maior, é aceito por um expressivo número de juristas pátrios, tais como Maria Helena Diniz²²⁷, Carlos Roberto Gonçalves²²⁸ e Rui Stoco²²⁹.

²²³ FONSECA, op.cit., p.92.

²²⁴ Ibid., p. 86.

²²⁵ Ibid., p. 98

²²⁶ Ibid., p. 95-96.

²²⁷ Maria Helena Diniz afirma: “Deveras, o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento.” (DINIZ, op. cit., p. 101)

²²⁸ Carlos Roberto Gonçalves dispõe: “Na lição da doutrina, exige-se, pois, para a configuração do caso fortuito, ou de força maior, a presença dos seguintes requisitos: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa

É imprescindível, entretanto, que se atente para a distinção entre exclusão de culpa e dirimente de causalidade, enquadrando-se o caso fortuito ou de força maior nesta última hipótese. A investigação da culpa é indiferente para os caracterizar já que incidem diretamente sobre o nexos causal, rompendo-o e afastando a responsabilidade. Além disso, somente por se tratar de excludente de causalidade é que se torna possível excluir a obrigação ressarcitória quando se estiver diante de situação regulada pela teoria objetiva. Como lembra Fernando Noronha:

Temos como discutível a afirmação muito corrente, de que a ocorrência de caso fortuito ou de força maior exclui a culpa. É possível demonstrar, no âmbito da responsabilidade subjetiva, a inexistência de culpa, sem apelar para o caso fortuito ou de força maior e, por outro lado, pode haver uma atuação culposa e, não obstante, não haver responsabilidade, por o dano ocorrido ter por causa um caso fortuito ou de força maior, por definição independente daquela atuação.

Há que reconhecer, porém, o peso enorme da tradição que associa a ausência de culpa ao caso fortuito ou de força maior. A vinculação está no próprio Mestre Arnoldo Medeiros da Fonseca, que na sua obra clássica, publicada em 1ª edição no ano de 1932, dizia serem indispensáveis dois elementos para caracterização da noção de caso fortuito ou de força maior, um interno e de ordem objetiva, o outro externo e subjetivo: o primeiro seria a inevitabilidade, ou impossibilidade de impedir ou resistir ao acontecimento, o segundo seria da ausência de culpa.²³⁰

Após este estudo doutrinário examina-se, então as características que identificam o caso fortuito e a força maior. O Código Civil de 2002 preceitua, no artigo 393, parágrafo único²³¹, que o caso fortuito e a força maior acontecem quando se verifica um fato necessário, cujos efeitos são inevitáveis e impossíveis de impedir. Extraí-se deste enunciado, que são características do caso fortuito e da força maior a necessidade, a inevitabilidade, a imprevisibilidade.

do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; e reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa e fortuito, não pode haver culpa, na medida em que um exclui o outro. Como dizem os franceses, culpa e fortuito ce sont des choses qui hurlent de se trouver ensemble; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance humano.” (GONÇALVES, op. cit., p. 523).

²²⁹ Rui Stoco ressalta: “Assim, um fato poderá, ou não, ser classificado como de força maior e isentará, ou não, de responsabilidade, conforme se possa caracterizar, ou não, por força do critério misto, quer dizer, pelo pressuposto da inevitabilidade e da ausência de culpa do agente.” (STOCO, 1994, p. 57).

²³⁰ NORONHA, 1993, p. 45.

²³¹ Código Civil de 2002, artigo 393, parágrafo único: “o caso fortuito ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

A necessidade impõe que o dano seja o único resultado possível de determinado fato ou ato jurídico, “*pois não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, que libera o devedor, porém aquele que leva obrigatoriamente ao ato danoso.*”²³² A inevitabilidade é definida como a impossibilidade de impedir o evento nos seus efeitos²³³.

Já a análise da imprevisibilidade sofre divergências doutrinárias. Caio Mário da Silva Pereira refuta-a como requisito necessário à caracterização do caso fortuito e da força maior, pois afirma que a imprevisibilidade somente deve ser considerada quando determinar a inevitabilidade, uma vez que é possível que o evento, mesmo que previsível, dispare “*como força indomável e irresistível*”²³⁴. No entanto, José de Aguiar Dias admite esta característica, afirmando que, para tanto, não se deve cogitar da imprevisibilidade absoluta, caso em que dificilmente se poderia identificar a ocorrência do caso fortuito, mas sim, deve-se reportar ao curso normal dos acontecimentos, bem como considerar que é da análise da improbabilidade que resulta a imprevisibilidade.²³⁵

Outros aspectos podem ser atribuídos ao caso fortuito e à força maior, como a irresistibilidade²³⁶ e a externidade. A primeira, certamente, aproxima-se das características de necessidade e inevitabilidade, pois é observada nas situações em que não é possível impedir o evento. Já a externidade demanda um estudo mais detalhado.

A externidade foi investigada com profundidade por Agostinho Alvim²³⁷ que ao defender a distinção entre o caso fortuito e a força maior²³⁸ afirma que aquele é um impedimento relacionado com a pessoa do devedor, com a coisa, ou com a sua empresa, enquanto a força maior é um acontecimento externo, que na doutrina inglesa é denominada *act*

²³² PEREIRA, p. cit., p. 304.

²³³ Ibid., p. 304.

²³⁴ Ibid., p. 304.

²³⁵ DIAS, op. cit., p. 691.

²³⁶ GONÇALVES, op. cit., 523.

²³⁷ ALVIM, 1980, p.330.

²³⁸ Ressalta-se que a mesma não foi adotada na presente pesquisa.

*of God*²³⁹. Com esta distinção, o autor estabeleceu diversidade de tratamento ao devedor: se a obrigação indenizatória for baseada na teoria da culpa, o caso fortuito interno ou propriamente dito será suficiente para exonerá-lo. Se fundamentada no risco, no entanto, será necessária a ocorrência da força maior. E, independentemente de se adotar a distinção realizada pelo autor entre caso fortuito interno e caso fortuito externo ou força maior, é inquestionável sua contribuição para o estudo das excludentes de causalidade. Ele desenvolveu estudos relativos à externidade que têm influenciado sobremaneira a jurisprudência dos Tribunais pátrios, uma vez que, predominantemente, eles não admitem como escusa os fatos que tenham relação direta ou indireta com a coisa, com a atividade ou a pessoa do devedor. Isto porque se entende que se o fato ocorrido insere-se na órbita do agente, não é mais possível falar em imprevisibilidade, inevitabilidade, ou mesmo irresistibilidade. Assim, freqüentemente, tem-se decidido que defeitos mecânicos em veículos, como estouro de pneus, rompimento da quebra de direção, e desmaios não afastam a responsabilidade do agente.

Alerta-se, por fim, que o conceito e a caracterização do caso fortuito ou força maior não deve ser inflexível, bem como não se deve taxar determinados acontecimentos como tais, sobressaindo, portanto, a necessidade da análise do contexto em que se deu o evento.

Ao contrario do que se tem por vezes affirmado, não há acontecimentos que possam, a priori, ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de facto em que se verifique o evento. O que hoje é caso fortuito, amanhã deixará de sel-o, em virtude do progresso da sciencia ou da maior previdencia humana. Um mesmo acontecimento, diversamento do que sustentou Exner, poderá constituir ou não caso fortuito, conforme a hypothese a que se applique, variando as condições objectivas do caso.

[...]

Para nós, equivocam-se aquelles que pretendem existir uma categoria de acontecimentos por si mesmos constitutivos de força maior. A concepção que acceitamos recusa-se a admitir esse criterio aprioristico, exigindo, em cada caso, o exame dos factos.²⁴⁰

2.6.1.2. Fato de terceiro

²³⁹ CASTRO, 1997, p. 16.

²⁴⁰ FONSECA, op. cit. p. 98-99.

José de Aguiar Dias define terceiro “*como qualquer pessoa além da vítima e do responsável*”²⁴¹. Não se adequam ao conceito de terceiro, quando se examina as excludentes de responsabilidade, as pessoas que não são estranhas à relação, como filhos, tutelados e prepostos. Desta maneira, quando o dano for resultado da conduta destes, seus responsáveis não estarão isentos de responsabilidade.

O fato de terceiro ou causa estranha, sendo esta a terminologia indicada por José de Aguiar Dias, inspirado no Código Civil francês, como a mais adequada, por entender que é uma impropriedade denominar, por exemplo, a intervenção do animal de fato de terceiro²⁴², será causa de isenção de responsabilidade quando for suprimido por completo, o liame causal entre o prejuízo e a conduta do agente, ou seja, somente se configurará quando o terceiro for o causador exclusivo do dano, e, por conseguinte, a conduta deste for a determinante única do resultado danoso, não tendo contribuído em nada o suposto autor direto do dano. Exemplo típico de fato de terceiro é apresentado por Maria Helena Diniz: “*pedestre atropelado pelo motorista de táxi em razão de caminhão desgovernado, que lança o automóvel sobre o transeunte.*”²⁴³

Tal excludente de responsabilidade somente será admitida quando se revestir dos requisitos do caso fortuito ou de força maior²⁴⁴, devendo, portanto, ser irresistível, inevitável, imprevisível, necessário e externo. Este entendimento é reforçado, conforme explicita, José de Aguiar Dias²⁴⁵, pelo fato de o Código Civil²⁴⁶ não mencionar de forma especial o fato de terceiro, limitando-se a tratar do caso fortuito ou de força maior.

2.6.1.3 Culpa exclusiva da vítima

²⁴¹ DIAS, op. cit., p.680.

²⁴² Ibid., p. 684.

²⁴³ DINIZ, op. cit., p.100.

²⁴⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 189.

²⁴⁵ DIAS, op. cit., p. 680-681.

²⁴⁶ Isto ao analisar o Código Civil de 1916, sendo, no entanto, perfeitamente aplicável ao Estatuto de 2002.

A ocorrência de culpa exclusiva da vítima também implica na extinção da relação de causa e efeito entre o ato do agente e o prejuízo experimentado pelo ofendido, pois o dano é provocado unicamente pelo comportamento do próprio lesado.

Desta forma, quando a vítima, com o intuito de suicidar-se, atira-se contra veículo conduzido por motorista cauteloso e prudente, vindo a sofrer lesões ou a falecer, não há que se falar em reparação de danos. Do mesmo modo, não há obrigação indenizatória quando o ofendido embriagado atravessa, em local impróprio, via de alta velocidade.

2.6.2 Excludente de responsabilidade baseada em exoneração convencional: cláusula de não indenizar

Silvio Rodrigues, após atestar que a cláusula de não indenizar é matéria controvertida, aponta a existência de posições radicais que se extremam entre a proibição total da mesma, para se coibir o estímulo à desídia, à negligência, e à imperícia, e a aceitação ampla fulcrada no princípio da autonomia da vontade²⁴⁷. Este mesmo autor conceitua a cláusula de não indenizar como sendo *“aquela estipulação através da qual uma das partes contratantes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano este que, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante.”*²⁴⁸

Desse conceito depreende-se que a responsabilidade civil, quando existente uma cláusula de não indenizar, é excluída não pela ausência do nexo de causalidade, mas em virtude da própria convenção que exonera o dever de reparar o dano, e que transfere os riscos para a vítima. Para que possa ser utilizada é necessário que atenda às seguintes limitações: ser admitida unicamente no âmbito da responsabilidade negocial; não eximir o devedor de dolo e culpa grave; ser imprescindível a bilateralidade do consentimento; haver uma vantagem

²⁴⁷ RODRIGUES, op. cit., p.197.

²⁴⁸ Ibid., p.197.

correspondente em benefício do outro contratante que não estipulou a cláusula; não deve contrariar a ordem pública, os bons costumes, assim como não deve colidir com preceito cogente de lei.²⁴⁹

Deve-se estar atento, também, para a existência de cláusulas ilícitas, sendo estas, como ressalta José de Aguiar Dias, além das que importem em transferência de obrigações essenciais do contratante e exoneração de responsabilidade pelo dolo ou culpa grave, todas “*as que interesse à proteção da vida, da integridade física e da saúde do contratante.*”²⁵⁰ Faz-se necessário, ainda, observar o artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, que determina a nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos^{251 252}.

2.6.3 Excludentes de responsabilidade fundadas em disposição legal

Classificam-se como dirimentes de responsabilidade fundada em disposição legal, desde que não afetem interesses de terceiros, o estado de necessidade, a legítima defesa real, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal.

2.6.3.1 Estado de necessidade

O estado de necessidade é abordado no Código Civil de 1916, nos artigos 160, inciso II e parágrafo único²⁵³, 1519²⁵⁴ e 1520²⁵⁵. E no Código Civil de 2002, os dispositivos

²⁴⁹ RODRIGUES, op. cit., p.198-200.

²⁵⁰ DIAS, op. cit., p.672.

²⁵¹ Código de Defesa do Consumidor, artigo 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza e serviços que impliquem a renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.”

²⁵² Optou-se por uma breve análise, inobstante a complexidade da matéria, tendo em vista a não aplicação da cláusula de não indenizar aos casos de responsabilidade civil do Estado, tema da presente dissertação.

²⁵³ Código Civil de 1916, artigo 160: “Não constituem atos ilícitos: [...] II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520). 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.”

correspondentes ao estado de necessidade são os artigos 188, inciso II e parágrafo único²⁵⁶, 929²⁵⁷ e 930²⁵⁸. A matéria não sofreu grandes modificações, destacando-se, porém, a extensão do estado de necessidade aos casos em que tiver havido lesão à pessoa, e não mais apenas nos casos de deterioração ou destruição da coisa, conforme estava enunciado, anteriormente, no sistema de 1916. Aliás, este entendimento já vinha sendo adotado pela jurisprudência, independentemente de texto legal expresso.

Diversamente do Código Penal que em seu artigo 23, inciso I²⁵⁹, determina que não há crime quando o autor agir em estado de necessidade, excluindo, conseqüentemente, a responsabilidade penal, o Direito civil não afasta a obrigação reparatória do causador do dano que, mesmo tendo atuado com intuito altruísta deverá indenizar o dono da coisa destruída e a pessoa lesada, restando apenas o direito à ação regressiva contra o terceiro que provocou o perigo e induziu-o a tal conduta.

Dessa forma, quando o motorista, para não atropelar uma criança que está atravessando a via, atira o veículo contra um muro, derrubando-o, deverá responder pela totalidade do dano causado a terceiro, podendo posteriormente exercer o seu direito de aforar ação regressiva contra o responsável pelo menor de idade, ou ainda, se para salvar alguém de um incêndio provoca danos à propriedade de *outrem*, deverá também ser responsabilizado pelos prejuízos ocasionados.

²⁵⁴ Código Civil de 1916, artigo 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.”

²⁵⁵ Código Civil de 1916, artigo 1520: “Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, II, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa”

²⁵⁶ Código Civil de 2002, artigo 188: “Não constituem atos ilícitos: [...] II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

²⁵⁷ Código Civil de 2002, artigo 929: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

²⁵⁸ Código Civil de 2002, artigo 930: “No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único.”

²⁵⁹ Código Penal, artigo 23, I: “Não há crime quando o agente pratica o ato: I – em estado de necessidade.”

Carlos Roberto Gonçalves afirma que o tratamento legal dado ao estado de necessidade é injusto, podendo, inclusive, desencorajar pessoas a adotarem medidas necessárias à remoção do perigo iminente, e conclui que deveria ser permitido ao juiz estabelecer uma indenização moderada, não correspondendo, necessariamente, ao valor total do prejuízo sofrido.²⁶⁰

Conclui-se, portanto, que o estado de necessidade representará uma excludente de responsabilidade quando não tiver atingido interesses de terceiros, pois se isto tiver ocorrido, a obrigação reparatória persistirá, gerando tão-somente o direito à ação regressiva contra quem provocou o perigo iminente. Isto porque mesmo que impulsionado pela tentativa de proteger o seu bem, a sua vida, de evitar um mal maior, ou mesmo conduzido por um espírito altruísta de salvar outra pessoa, o mesmo será o autor do dano, resultante de uma violação antijurídica (não permitida pelo ordenamento jurídico), devendo reparar o prejuízo causado.

2.6.3.2. *Legítima defesa real*

O Código Civil de 1916, em seu artigo 160,²⁶¹ e o Estatuto Civil de 2002, que no artigo 188,²⁶² manteve a mesma redação, dispõem que os atos praticados em legítima defesa não constituem atos ilícitos.

O conceito de legítima defesa no Direito civil, indicador dos pressupostos para sua caracterização, coincide com o utilizado no Direito Penal, expresso no artigo 25 do Código Penal²⁶³. Deste modo, somente se configura a legítima defesa real quando o dano provocado tiver origem em uma agressão ou ameaça por parte de *outrem*, não podendo partir do agente a

²⁶⁰ GONÇALVES, op. cit., p.499.

²⁶¹ Código Civil de 1916, artigo 160: “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

²⁶² Código Civil de 2002, artigo 188: “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

²⁶³ Código Penal, artigo 25: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

provocação; quando a agressão e a ameaça da lesão for atual ou iminente; e ainda, quando os meios utilizados para a defesa e a reação não forem desproporcionais à agressão.²⁶⁴

Entretanto, a isenção do agente que pratica o fato danoso em legítima defesa, somente se consolida quando for a própria vítima a provocadora da repulsa, pois, quando o terceiro for prejudicado por erro de execução²⁶⁵ (*aberratio ictus*), previsto no Código Penal no seu artigo 73²⁶⁶, ou pela legítima defesa putativa²⁶⁷ fundada em erro do pseudo-agredido, terá pleno direito à reparação.

2.6.3.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal

A escusativa de responsabilidade civil daquele que age no exercício regular de direito e em estrito cumprimento de dever legal tem fundamento no princípio de que quem usa o seu direito não causa prejuízo a *outrem*. É essencial que o agente tenha praticado o fato no âmbito da razoabilidade, nos limites do seu direito, uma vez que fora dele a conduta gera a obrigação de reparar. Da mesma maneira, se o dano tiver ocorrido na esfera de terceiro, assim como ocorre no estado de necessidade e na legítima defesa, o mesmo terá direito à reparação.

No estrito cumprimento de dever legal o agente geralmente é um servidor público²⁶⁸, conseqüentemente, a vítima deve buscar o ressarcimento de seus danos, balizando-se na

²⁶⁴ PEREIRA, op. cit., p.296.

²⁶⁵ Damásio Evangelista de Jesus conceitua o erro na execução: “*Aberratio ictus significa aberração no ataque ou desvio do golpe. Ocorre quando o sujeito, pretendendo atingir uma pessoa, vem a ofender a outra. Há disparidade entre a relação de causalidade prevista pelo agente e o nexo causal realmente produzido. Ele pretende que em conseqüência de seu comportamento se produza um resultado contra Antônio; realiza a conduta e causa o evento contra Pedro. Tratando-se de erro acidental, a aberratio ictus não exclui a tipicidade do fato.*” (JESUS, 1994, p. 276)

²⁶⁶ Código Penal, artigo 73: “*Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º, do art. 20. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código*”,

²⁶⁷ Damásio Evangelista de Jesus afirma: “*Há legítima defesa putativa quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta (arts. 20, §1º, 1ª parte, e 21). Na legítima defesa putativa, o agente supõe a existência da agressão ou sua injustiça (respectivamente, erro sobre a situação de fato ou sobre a injustiça da agressão, i. e., sobre a antijuridicidade).*” (JESUS, op. cit., p. 344).

²⁶⁸ Vide item 4.6.

responsabilidade objetiva do Estado, disposta no artigo 37, § 6º²⁶⁹, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com isto, o agente direto somente poderá ser obrigado a reparar o dano regressivamente quando tiver agido com dolo ou culpa, o que certamente não ocorrerá quando o mesmo tiver agido no estrito cumprimento do seu dever legal. São exemplos desta excludente de responsabilidade a direção de viatura policial em velocidade superior a permitida quando empreendida em razão de perseguição a detentos fugitivos e a prisão em flagrante realizada por policial.²⁷⁰

E, são exemplos típicos de exercício regular de direito a prisão em flagrante realizada por um particular, o direito de retenção permitido pelo Código Civil, as intervenções médicas e cirúrgicas, a prática esportiva violenta da qual resultam lesões corporais como no caso do boxe, desde que efetivamente respeitadas as regras determinadas.²⁷¹

Sendo assim, após o desenvolvimento das considerações que se entendeu necessárias para a apresentação da teoria geral da responsabilidade civil e, portanto, para a melhor compreensão dos assuntos a serem tratados nos próximos capítulos, prossegue-se com o estudo específico da obrigação de reparar os danos causados a terceiros provenientes das atividades da Administração Pública.

²⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público e as de direito privado prestadoras de serviço 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.”

²⁷⁰ STOCO, op. cit., p. 61.

²⁷¹ JESUS, op. cit., p. 347.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: fundamentos e evolução histórica

3.1 Delimitação do tema e terminologia

Ao se iniciar o presente capítulo, reafirma-se a delimitação da presente pesquisa no estudo da responsabilidade civil do Estado²⁷² que, em suma, concerne à obrigação do Poder Público de reparar os danos ocasionados antijuridicamente a terceiros em decorrência da sua atividade administrativa.

Importante salientar que, inobstante a referência expressa à responsabilidade civil do Estado, a pesquisa é realizada no âmbito específico da Administração Pública, não alcançando, portanto, reflexões pertinentes à obrigação de ressarcir os prejuízos ocasionados pelas funções legislativa e jurisdicional.^{273 274}

²⁷² Recordar-se que, conforme item 2.5.1, a expressão responsabilidade civil utilizada sem qualificativo refere-se a responsabilidade civil em sentido estrito, não compreendendo, portanto, a responsabilidade negocial.

²⁷³ Ademais, não se acata o entendimento de que seria incorreto falar em responsabilidade “civil” do Estado, em virtude de este termo supostamente “induzir a idéia de uma relação jurídica fundada no direito privado” (OLIVEIRA, José Carlos de., 1995, p. 18), eis que, conforme já defendido desde o início do desenvolvimento do presente trabalho (vide item 2.1), as especificidades da obrigação reparatória estatal não repelem o conhecimento produzido pela teoria geral da responsabilidade civil.

²⁷⁴ Do mesmo modo, e atendo-se ao conceito de responsabilidade civil do Estado apresentado, atenta-se para o disposto por Celso Antônio Bandeira de Mello: “O problema da responsabilidade do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial. A desapropriação é o exemplo típico desta situação.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 607) Isto porque, esclareça-se que, por não se tratar de uma violação antijurídica, não há pressuposto necessário para caracterizar a responsabilidade civil (vide itens 2.4.1 e 4.4).

3.2 Fundamentos da responsabilidade civil do Estado

Entende-se que o estudo dos principais fundamentos para a construção e aprimoramento da obrigação reparatória estatal, apesar da forte interligação, difere da análise da evolução histórica²⁷⁵ e dos pressupostos específicos para a caracterização da responsabilidade civil da Administração Pública²⁷⁶.

Desse modo, reserva-se o presente item para a investigação dos fundamentos da obrigação reparatória estatal, ressaltando-se, para tanto, as idéias de Estado de Direito²⁷⁷, direitos fundamentais e teoria organicista, não se podendo, ainda, deixar de salientar determinadas peculiaridades de tais assuntos, como os princípios da separação de poderes, da igualdade e da legalidade.

Inicia-se, então, com o exame das noções de Estado de Direito e direitos fundamentais, situando-se a sua origem, predominantemente, nos séculos XVIII e XIX, juntamente com a consolidação de outras teorias políticas, que nortearam as revoluções burguesas, com destaque para a Revolução Francesa de 1789, e que representaram a passagem da fase da irresponsabilidade para a da responsabilidade estatal²⁷⁸, marcando a luta contra o regime absolutista e determinando a concepção de um Estado sujeito de direitos e obrigações.

O regime absolutista balizava-se na noção de que a fonte do Direito estaria centrada na pessoa do monarca, o qual se reputava legítimo por ser o representante de Deus perante os

²⁷⁵ Vide item 3.3.

²⁷⁶ Vide item 4.4.

²⁷⁷ Não se prioriza no presente trabalho o estudo de uma teoria geral do Estado, visto que a complexidade da matéria em muito ultrapassaria a atual pretensão, que é a de delimitar o Estado como agente passivo de uma obrigação reparatória. Além disso, para a análise dos fundamentos da responsabilidade civil estatal, parte-se da abordagem de Estado de Direito, pois antes desta concepção vigia a idéia de irresponsabilidade do Ente Público (vide item 3.3.1). De qualquer forma, é necessário estabelecer o conceito de Estado a ser adotado nesta dissertação e, para tanto, apresenta-se a formulação de Dalmo de Abreu Dallari: "*ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*" (DALLARI, op. cit., p. 100-101). E, este autor detalha a sua definição: "*Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.*" (Ibid., p. 101).

²⁷⁸ Vide item 3.3.1.

seus súditos. As teorias que combatiam este sistema refutavam a imposição de uma representação divina e postulavam que a fonte do ordenamento jurídico deveria corresponder à vontade geral, o que, no entanto, ainda não seria suficiente para pôr fim às arbitrariedades do despotismo absolutista, pois além da alternância da origem do Direito do monarca para o povo, seria também necessário que sua vontade fosse guiada pela filosofia iluminista, base teórica para as movimentações políticas deste período, expressando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

É o que dispõem Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

[...] tudo isso está em serviço de uma idéia substancial de Direito, que não é a de pretender *la gloire de l'État*, ou a realização de uma "ordem moral" e transpessoal, senão a de assegurar *la liberté du citoyen*, a liberdade de quem até esse momento estava situado como simples súdito passivo, com um respeito a um ente alheio e transcendente.²⁷⁹

Assim, observa-se que a definição de Estado de Direito, que ora se pretende estabelecer, possui um sentido específico, próprio do momento histórico em que se consolida, ligando-se a concepções que não se coadunam com Estados totalitários e absolutos.

Neste sentido, Odete Medauar:

A expressão *Estado de direito* pode levar a entender que a mera existência de uma Constituição e de um conjunto de normas, de conteúdo qualquer, permite qualificar um Estado como de "de direito". Na verdade, hoje, a concepção de Estado de direito liga-se a um contexto de valores e à idéia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social.²⁸⁰

Dessa maneira, uma organização política, que embora atue conforme determinada concepção de Direito por ela mesma criada, pode não se enquadrar na noção apresentada de Estado de Direito.

Hans Kelsen possui pensamento peculiar referente ao Estado de Direito, justamente porque identifica Estado e Direito:

²⁷⁹ ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 367.

²⁸⁰ MEDAUAR, 2001, p. 23/24.

Então, a tentativa de legitimar o Estado como Estado “de Direito” revela-se inteiramente infrutífera, porque – como já foi acentuado – todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica. Isto, no entanto, não envolve qualquer espécie de juízo de valor político. A limitação já referida do conceito de Estado de Direito a um Estado que corresponda às exigências da democracia e da segurança jurídica, implica a idéia de que apenas uma ordem coercitiva assim configurada pode ser tida como “verdadeira” ordem jurídica. Uma tal suposição, porém, é um preconceito jusnaturalista. Também uma ordem coerciva relativamente centralizada que tenha caráter autocrático e, em virtude da sua flexibilidade ilimitada, não ofereça qualquer espécie de segurança jurídica, é uma ordem jurídica e a comunidade por ela constituída – na medida em que se distinga entre ordem e comunidade – é um positivismo jurídico coerente, o Direito precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coerciva de conduta humana – com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito – nada mais, nada menos. Esta superação metodológica-crítica do dualismo Estado-Direito é, ao mesmo tempo, a aniquilação impiedosa de uma das mais eficientes ideologias da legitimidade. Daí a resistência apaixonada que a teoria tradicional do Estado e do Direito opõe à tese da identidade dos dois, fundamentada pela Teoria Pura do Direito.²⁸¹

A despeito dessas críticas, ratifica-se que a expressão “Estado de Direito” deve representar exclusivamente a organização política que repugna a arbitrariedade e atua através da separação das funções estatais que, por sua vez, devem estar comprometidas com a garantia constitucional dos direitos fundamentais, sendo, então, a reunião destas teorias o fator primordial para a consolidação da responsabilidade civil estatal.

Jürgen Habermas, no desenvolvimento da sua teoria da razão comunicativa, baseada, essencialmente, na criação legítima do Direito, resultante de uma política legislativa desenvolvida mediante um processo de negociações e formas de argumentação, ao unir democracia e ordenamento jurídico afirma que “*o modo de operar de um sistema político, constituído pelo Estado de direito, não pode ser descrito adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito.*”²⁸²

²⁸¹ KELSEN, 1991, p.333-334.

²⁸² HABERMAS, 1997, p. 9.

Então, tornando-se o Estado sujeito de direitos e obrigações não mais poderia resistir a idéia de irresponsabilidade estatal. Seria prudente, porém, ponderar que o Estado de Direito representa o termo inicial de um processo histórico gradual²⁸³.

De qualquer forma, já adiantando a extensão e amplitude da fase de transição da irresponsabilidade para a responsabilidade, e os mitos que tiveram que ser derrubados para, finalmente, proteger-se os administrados dos prejuízos ocasionados pelas atividades estatais, cita-se José Joaquim Gomes Canotilho:

A exclusão da responsabilidade do Estado depois do advento dos regimes constitucionais dominou ainda durante quase todo o século XIX. Desde o carácter ético-jurídico do Estado e da sua função criadora do direito até à natureza publicística da personalidade estadual, passando pelo dogma indiscutível da soberania, tudo servia de argumento contra a aceitação de um dever de ressarcimento dos entes públicos pelos danos ocasionados no desenvolvimento da sua actividade.²⁸⁴

Já ficou estabelecida a importância dos direitos fundamentais para a composição de um Estado de Direito, que no momento de sua consolidação limitava-se aos direitos fundamentais ditos de primeira geração ou dimensão, denominação esta que os caracteriza como cumulativos e não substitutivos. E, apesar de a presente pesquisa não comporte um estudo aprofundado acerca de tais interesses, entende-se necessário tecer considerações sobre o assunto, tendo em vista a importância que representam para a ciência do Direito e diante da complexidade do tema que avançou muito além dos direitos fundamentais restritos a uma ótica individualista.

Há divergências doutrinárias quanto à terminologia dos direitos da pessoa humana, podendo-se, no entanto, destacar três conceitos, justamente com a intenção de definir os direitos fundamentais. Desta forma, direitos do homem são os "*direitos naturais não, ou ainda não positivados*"²⁸⁵; direitos humanos são os que guardam "*relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se*

²⁸³ Vide item 3.3.

²⁸⁴ CANOTILHO, 1974, p. 39.

²⁸⁵ SARLET, 2001, p. 34.

*reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)*²⁸⁶; e direitos fundamentais são os “*direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.*”²⁸⁷

Pode-se, ainda, afirmar que direito fundamental é a denominação preferida pelos publicistas alemães, e direitos do homem e direitos humanos são empregados mais freqüentemente pelos autores anglo-americanos e latinos.^{288 289}

Partindo-se da análise das categorias de positivação, constitucionalização e fundamentalização (formal e material), apresentadas por José Joaquim Gomes Canotilho²⁹⁰, o autor Ingo Wolfgang Sarlet conceitua direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não assento na Constituição formal.²⁹¹

A evolução histórica dos direitos fundamentais geralmente é tratada a partir da *Virginia Bill of Rights*, de 12/06/1776 e da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 26/08/1789, sendo tais documentos, de fato, os grandes representantes iniciais da

²⁸⁶ Ibid., p. 33.

²⁸⁷ Ibid., p. 33.

²⁸⁸ BONAVIDES, 2001, p. 514.

²⁸⁹ Esta diversidade semântica é observada na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que utiliza em seu corpo diversos termos, como por exemplo, no art. 4º, II: “*A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)II- prevalência dos direitos humanos*”; na epígrafe do Título II, e artigo 5º, § 1º: “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”; no artigo 5º, LXXI: “*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”; e no artigo 60, § 4º, IV: “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais*”. Ressalta-se, porém, que independentemente do legislador constituinte ter tratado por direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e liberdades constitucionais e direitos e garantias individuais, a abrangência de tais expressões corresponde ao conceito de direitos fundamentais apresentado no texto acima.

²⁹⁰ CANOTILHO, 2000, p.371-374.

²⁹¹ SARLET, op. cit., p. 82.

constitucionalização ou positivação dos direitos dos homens, não se podendo omitir, no entanto, que a idéia de direitos humanos não surgiu repentinamente.^{292 293}

A seqüência histórica dos direitos fundamentais é representada através de quatro gerações ou dimensões cumulativas, sucessivas e indicadoras de um processo evolutivo.

Os direitos de primeira geração, cuja origem está no século XIX, conectam-se à liberdade e correspondem aos direitos de resistência, civis e políticos, sendo titular o indivíduo que se opõe ao Estado. Os de segunda geração referem-se aos direitos sociais, culturais e econômicos e aos direitos coletivos, tendo sido introduzidos no constitucionalismo através da concepção de Estado social, delineado primordialmente através da Constituição de Weimar de 1919. Tais direitos sofreram o problema inicial de eficácia, tendo sido relegados à esfera da programaticidade, o que foi, posteriormente, afastado pelo preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Os direitos de terceira geração possuem como destinatário o gênero humano e compreendem o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, e à comunicação. E, os direitos fundamentais da quarta geração ou dimensão pressupõem uma desvinculação da ideologia neoliberal e correspondem à democracia direta, à informação e ao pluralismo.²⁹⁴ Ressalta-se que pode haver uma interligação na especificação dos direitos de terceira e quarta gerações como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, apontado por Paulo Bonavides como sendo de terceira geração²⁹⁵ e por José Rubens Morato Leite como

²⁹² CANOTILHO, 2000, p. 376.

²⁹³ Conforme dispõe José Joaquim Gomes Canotilho, inobstante Platão e Aristóteles, na antiguidade clássica, considerarem a idéia de escravidão como algo natural, já eram identificadas as teses de igualdade e humanidade, principalmente através do pensamento sofista. E, prosseguindo, o citado autor aponta as cartas de franquias medievais concedidas pelos reis aos vassallos, com destaque para a Magna Carta de 1215 que, inicialmente, limitou-se à consolidação dos direitos da aristocracia, mas posteriormente teve a sua destinação ampliada para outras classes sociais, sendo, então, a partir das idéias dos contratualistas e da construção do individualismo, que se desenvolveu a teoria liberal dos direitos fundamentais, fulcrada no direito de defesa do cidadão perante o Estado. (CANOTILHO, 2000, p. 376-378).

²⁹⁴ BONAVIDES, op. cit. p. 514-517.

²⁹⁵ BONAVIDES, op. cit. p. 523.

sendo de quarta geração²⁹⁶. E já José Joaquim Gomes Canotilho unifica os direitos de terceira e quarta dimensão, dispondo que estes representam os direitos dos povos, assim apontados a partir da década de 60 do século XX, e que se referem ao: “*direito à autodeterminação, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à comunicação, direito à paz e direito ao desenvolvimento*”.^{297 298} Interessante observar que juntamente com a evolução dos direitos fundamentais, ocorreram determinadas alterações na estrutura do Estado, sendo correspondente aos interesses individuais o liberal Estado de Direito, aos interesses da segunda dimensão o Estado social, enquanto os direitos de terceira e quarta gerações visam a construção de um Estado democrático de Direito.

Dentro da amplitude dos direitos fundamentais, os princípios da legalidade e da igualdade destacam-se na fundamentação da responsabilidade estatal, eis que o primeiro implica a sujeição de todos, inclusive do próprio Estado, ao ordenamento, e o segundo conduz ao entendimento de que o administrado lesado pela atividade administrativa, realizada em benefício de toda a coletividade, deve ter seus prejuízos reparados. É o que assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, ao salientar “*que os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda a*

²⁹⁶ LEITE, 2000, p. 96.

²⁹⁷ CANOTILHO, 2000, p. 380.

²⁹⁸ O estudo dos direitos fundamentais requer uma análise realista de sua afirmação e respeito, o que Norberto Bobbio desenvolve com grande propriedade: “*Já a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. O que dizer dos direitos de terceira e de quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de ‘direitos’ serve unicamente para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontram (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. [...] Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados)*”. (BOBBIO, 1992, p. 9-10). Portanto, a constitucionalização dos direitos fundamentais, inobstante já ser muito representativa, não é, como visto, suficiente para o efetivo exercício dos mesmos, mesmo porque isto não é apenas uma tarefa das leis e das constituições, mas sim de renovações e de mudanças dos objetivos, das prioridades, e da consciência de todos.

*sociedade, não sendo equânime, portanto, que apenas alguns arquem com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos.*²⁹⁹

Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández estabelecem a relação entre a Administração Pública e o princípio da legalidade:

A Administração, é uma criação abstrata do Direito e não uma emanção pessoal de um soberano e atua submetida necessariamente à legalidade, a qual, por sua vez, é uma legalidade objetiva, que se sobrepõe à Administração e não um simples instrumento ocasional e relativo da mesma, e por isso também tal legalidade pode ser invocada pelos particulares mediante um sistema de ações, expressão do princípio de liberdade que a Revolução instaura, e que revela como tal legalidade chega a descompor-se em verdadeiros direitos subjectivos. Tal é o sentido geral do princípio de legalidade administrativa.³⁰⁰

No que se refere ao princípio da igualdade e a responsabilidade civil do Estado, destaca-se o disposto por Amaro Cavalcanti:

[...] assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos, é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos da sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, - a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa: "*Quod omnes tangit, ab omnibus debet supportari*".³⁰¹

José Joaquim Gomes Canotilho faz uma análise ainda mais abrangente e atual da relação entre o princípio da igualdade e a responsabilidade civil do Ente Público:

Pela compreensão e extensão e por andar indissolúvelmente ligado à própria história da responsabilidade do Estado, há que referir, em primeiro lugar, o princípio da igualdade [...].

Considerado inicialmente como fundamento unitário e exclusivo de toda a responsabilidade estadual, ao mesmo tempo que, por imposição do legalismo dominante, se lhe negava carácter de direito positivo reduzindo-o à máxima aristotélica da justiça distributiva ou, pelo menos, só se lhe reconhecia relevância positiva nas fases constituintes, como elemento infraestrutural indeterminado nas respectivas aplicações concretas, passou, nos tempos mais próximos, a considerar-se como princípio limitativo orientador da actuação estadual e directamente constitutivo de um direito subjectivo do cidadão.

[...]

Além de vinculante para os três poderes, o princípio da igualdade constitui um verdadeiro direito subjectivo, autonomamente invocável em juízo. Neste sentido, a exigência de uma igualdade material deixará de ser um reflexo da

²⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1978, p. 43.

³⁰⁰ ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 369.

³⁰¹ CAVALCANTI, op. cit., p. XV.

ordem jurídica beneficiador do particular: é um poder jurídico conferido no seu interesse em face dos poderes públicos.

Não se trata agora, de encontrar o fundamento jurídico da responsabilidade por actos ilícitos num princípio da igualdade perante encargos públicos; visa-se, sim, reconhecer ao cidadão um direito de exigir que iguais situações obtenham um tratamento igual e que as desigualdades motivadas pelo interesse público sejam compensadas mediante reintegração patrimonial. Nem sequer se julga imprescindível a especificação deste princípio noutras disposições constitucionais, sob pena de se negar a sua própria autonomia, o que não exclui o seu reforço ou explicitação noutras disposições em íntima conexão com a garantia de outros direitos fundamentais.³⁰²

Ademais, conforme ainda dispõe o citado autor, a própria responsabilidade estatal deixou de representar apenas uma reparação patrimonial, tornando-se *“um instrumento fundamental no sistema das garantias constitucionais”*³⁰³, e constituindo-se *“uma autêntica garantia com o mesmo valor e natureza idêntica ao de outras constitucionalmente consagradas, não admirando que ela apareça positivamente plasmada em recentes diplomas fundamentais.”*³⁰⁴ Ilustrando este pensamento destaca-se o artigo 37, § 6º³⁰⁵, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a afirmação de José Luis Moreira da Silva, ao examinar a Constituição Portuguesa de 1976:

“Da análise constitucional ressaltam quatro princípios conformadores da responsabilidade da Administração Pública, a saber:

- a) A responsabilidade da Administração Pública como forma de protecção jurídica dos direitos fundamentais;
- b) O respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos;
- c) O respeito pelos princípios da legalidade, da justiça, da imparcialidade, da proporcionalidade, da necessidade e da igualdade;
- d) A responsabilidade da Administração Pública como princípio estruturante do Estado de Direito.”³⁰⁶

Ao se prosseguir no estudo acerca do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, há que se aludir, ainda, ao princípio da separação de poderes³⁰⁷.

³⁰² CANOTILHO, 1974, p. 135-137.

³⁰³ Ibid., p. 132.

³⁰⁴ Ibid., p. 132.

³⁰⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 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.”*

³⁰⁶ SILVA, José Luis Moreira da., 1995, p. 154.

O processo de derrocada do Estado absolutista e de eclosão do Estado de Direito implicou a necessidade de se dividir as funções estatais, o que se passou a designar comumente pela expressão separação de poderes, a qual, apesar da notoriedade, estaria equivocada, tendo em vista a unidade do poder soberano, conforme ressaltou Rousseau, na obra “Do Contrato Social”, de 1757, que apesar de admitir³⁰⁸ e dar a função superior ao soberano, que era a lei, condenava a confusão existente na consideração de que tal “separação” representariam “partes” da soberania³⁰⁹.

De qualquer forma, consagrou-se a denominação “separação de poderes”, o que se deve especialmente a Montesquieu, através da obra “O Espírito das Leis”, de 1748, cuja teoria, contudo, ressalta-se já havia sido alvo de estudos anteriores, com destaque para Aristóteles, que viveu entre 387 a. C. e 322 a. C.³¹⁰, o que pode ser abstraído da “Política”³¹¹, e sobretudo por John Locke, na obra “Segundo Tratado sobre o Governo”³¹², de 1690.

Portanto, não há impedimentos em se utilizar o termo separação de poderes, desde que se tenha consciência de se estar tratando, na verdade, de especialização das funções estatais, e não de repartição do poder soberano. Além disso, pode-se justificar a consolidação da citada designação, pela correspondência que a mesma possui com a luta de rompimento do poder centralizado e absoluto, destacando-se com isto os objetivos das idéias liberais.

Sendo assim, a atuação do Estado dá-se mediante o exercício de funções estatais, denominadas por função legislativa, administrativa e jurisdicional, cujos atos são materializados através de órgãos, que compõem os “Poderes” Legislativo, Executivo e Judiciário.

³⁰⁷ O que se entende necessário não apenas pela conexão entre Estado de Direito, direitos fundamentais e separação de poderes, mas também em virtude de se ter delimitado a presente pesquisa ao estudo da responsabilidade civil da Administração Pública.

³⁰⁸ ROUSSEAU, 1999, p. 135-137.

³⁰⁹ Ibid., p. 87-88.

³¹⁰ ARISTÓTELES, 1988, p. 29.

³¹¹ Ibid., p. 232.

³¹² LOCKE, 1973, p. 73-76.

Cada um dos poderes é responsável pelo desenvolvimento precípua de uma das funções estatais. Deste modo, o Poder Legislativo possui como função principal a legislativa, que se refere a elaboração de normas gerais e abstratas, que inovam a ordem jurídica; o Poder Executivo a função administrativa que concerne à prática de *“atos concretos para a realização de fins estatais e para a satisfação de necessidades coletivas, através de decretos, regulamentos e atos administrativos típicos”*³¹³; e o Poder Judiciário a função jurisdicional, que *“visa o controle da ordem jurídica, caracterizando as duas atividades do julgador: a de afirmar a vontade da lei e a de executar-lhe o comando.”*³¹⁴

Além dessas funções primordiais de cada um dos poderes, há o exercício de funções atípicas, justamente para que possam ser independentes e harmônicos entre si, uma vez que desta forma podem ser auto-suficientes e, ainda, manter um controle recíproco através de interferências previstas constitucionalmente, e que caracterizam o sistema de freios e contrapesos. Com isto, por exemplo, conforme previsão da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Poder Executivo participa do processo legislativo através de iniciativa de projetos de lei, da sanção e do veto, assim como também exerce atividade legislativa, quando edita medidas provisórias e leis delegadas; por outro lado o Poder Legislativo possui a prerrogativa de emendar ou rejeitar os projetos de lei e derrubar o veto do Chefe do Poder Executivo; o Poder Judiciário, por sua vez, realiza o controle de constitucionalidade das leis; e o Poder Executivo nomeia os Ministros dos tribunais superiores, o que depende da aprovação prévia do Senado Federal.

José Afonso da Silva:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da

³¹³ CARLIN, 2001, p. 34.

³¹⁴ Ibid., p. 34.

coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.³¹⁵

Não obstante o exercício da função administrativa estar concentrada no Poder Executivo, a Administração Pública, que é a expressão adequada para se referir à estrutura e às atividades estatais³¹⁶, não se restringe a este Poder, mesmo porque, como visto acima, a função administrativa insere-se no contexto dos três poderes.³¹⁷

José dos Santos Carvalho Filho esclarece que a Administração Pública não deve ser confundida com um dos Poderes estruturais do Estado, alertando para o equívoco comum de limitar os princípios que a regem ao âmbito do Poder Executivo:

Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em relevo a função administrativa em si, e não o Poder em que é ela exercida. Embora seja o Poder Executivo o administrador por excelência, nos Poderes Legislativo e Judiciário há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, como é o caso, por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e dos seus servidores. Desse modo, todos os órgãos e agentes que, em qualquer desses Poderes, estejam exercendo função administrativa serão integrantes da Administração Pública.³¹⁸

No mesmo sentido, Volnei Ivo Carlin, ao delimitar o objeto do Direito Administrativo, afirma:

O Direito Administrativo ocupa-se da Administração Pública em funcionamento, exteriorizada, em regra, pelo direito positivo vigente, que merece conhecimento de todo juspublicista, numa denominada articulação do normativo com o real e na investigação empírica. Abrange, ao mesmo tempo, sua organização e sua atividade, reduzidas às matérias de natureza jurídica.

O objeto do Direito Administrativo é, então, a atividade ou a função administrativa desenvolvidas pelos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.³¹⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou adequadamente da Administração Pública em capítulo diverso do título da organização dos poderes, além de ter

³¹⁵ SILVA, José Afonso da., 2002, p. 110.

³¹⁶ Conforme conceito de Paulo Márcio Cruz, a Administração Pública é o "*corpo permanente e técnico de servidores públicos, especializados e selecionados, na grande maioria dos países desenvolvidos e até em alguns em desenvolvimento, de acordo com critérios de mérito e capacidade*" (CRUZ, op.cit., p. 110)

³¹⁷ Deste modo, salienta-se que mesmo quando a função administrativa é exercida pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo a sistemática para se determinar a responsabilidade civil equivalerá à que se aborda na presente pesquisa. E, reafirma-se que o estudo das especificidades da obrigação reparatória por danos provocados pela atividade jurisdicional e legislativa não está compreendido na presente pesquisa.

³¹⁸ CARVALHO FILHO, 1999, p. 7.

³¹⁹ CARLIN, op. cit., p. 49.

fixado no artigo 37, *caput*³²⁰, a sujeição da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ou seja, não apresentou uma análise restrita da Administração Pública à órbita do Poder Executivo.

Feita a relação do princípio da separação de poderes com a Administração Pública, e aprofundando-se o estudo desta, destaca-se que a mesma pode ser examinada através de dois ângulos: o funcional e o organizacional. O primeiro refere-se às atividades estatais, que correspondem à função administrativa do Estado e visam a realização das finalidades públicas, mediante a prestação de serviços, bens e utilidades para a coletividade.³²¹ E no sentido organizacional³²² representa a estrutura e o aparelhamento de órgãos e entes estatais, para que sejam prestadas as apontadas atividades.³²³ Ademais, ante a dificuldade em se definir a abrangências das atividades administrativas há ainda a possibilidade de se recorrer a um critério de exclusão, determinando-se que se compreende, neste conceito, toda atividade não adequada às funções jurisdicional e legislativa.

Observa-se, ainda, que ao se tratar da Administração o termo governo vem à tona, não sendo tarefa simples estabelecer a distinção entre ambos. É comum afirmar que o governo possui função política, sendo responsável por estabelecer as diretrizes que regem a vida da Sociedade, enquanto à Administração caberia a prática das linhas adotadas por aquele. Entretanto, diante da importância atual da Administração Pública, esta não pode mais ser analisada sob a ótica simplista de dependência da atuação governamental, tornando-se cada vez mais difícil abstrair diferenças entre os dois. É o que especifica Odete Medauar:

Mas, em geral, mostra-se difícil a fixação de fronteiras rígidas entre governo e Administração. Na época contemporânea aumentou a importância da

³²⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

³²¹ MEDAUAR, op. cit., p. 43.

³²² Vide item 4.2.1

³²³ CARLIN, op. cit., p. 64.

atividade administrativa na dinâmica do Estado e uma das consequências disso é a participação de servidores (isto é, da chamada burocracia) em atividades que seriam típicas de governo, tais como: fixação do conteúdo de projetos de lei, fixação do teor de regulamentos e decretos, apresentação de propostas que se transformam em realização concreta ou ato normativo. Além do mais, no Brasil coexistem, no vértice do Poder Executivo, funções governamentais e funções administrativas, o que dificulta também a nítida separação de ambas. Na prática da atuação do Executivo ocorre, em geral, um emaranhado de governo e Administração, o que, segundo alguns, permite evitar um governo puramente político e uma Administração puramente burocrática.³²⁴

Finalizando-se o estudo dos fundamentos que sustentam a responsabilidade civil do Estado, imprescindível apresentar breves noções acerca da teoria organicista, que foi o fator determinante da concepção de obrigação reparatória direta do Poder Público.

A teoria organicista ou teoria do órgão foi elaborada por Otto Gierke e representou a solução às teorias do mandato e da representação que ligadas a princípios civilistas, não atendiam às peculiaridades estatais.

A teoria do órgão veio substituir as superadas *teorias do mandato e da representação*, pelas quais se pretendeu explicar como se atribuiriam ao Estado e às demais pessoas jurídicas públicas os atos das pessoas humanas que agissem em seu nome. Pela *teoria do mandato* considerava-se o agente (pessoa física) como mandatário da pessoa jurídica, mas esta teoria ruiu diante da só indagação de quem outorgaria o mandato. Pela teoria da *representação* considerava-se o agente como *representante* da pessoa, à semelhança do tutor e do curador dos incapazes.

[...]

Diante da imprestabilidade dessas duas concepções doutrinárias, Gierke formulou a teoria do órgão, segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna.³²⁵

Criou-se, portanto, a noção de órgão público, e partindo-se da idéia de que no corpo humano o órgão representaria partes de um corpo vivo, também no Estado ter-se-ia unidades específicas para a realização de atividades, cuja realização se daria através de agentes.

³²⁴ MEDAUAR, op. cit., p. 47.

³²⁵ MEIRELLES, 2001, p. 63.

Hely Lopes Meirelles conceitua órgão como sendo “*todo centro de competência, para desempenho de funções, através de um ou vários agentes, cuja atuação é sempre imputada a pessoa a que pertence.*”³²⁶ Odete Medauar afirma:

Órgãos públicos ou órgãos administrativos são unidades de atuação, que englobam um conjunto de pessoas e meios materiais ordenados para realizar uma atribuição predeterminada.

[...]

O órgão público caracteriza-se, então, por ser parte de um todo, quer tenha dimensões amplas (um Ministério) ou pequenas dimensões (seção pessoal de um Ministério).

Em virtude da divisão das atividades, cada órgão é dotado de atribuições específicas que não se confundem com as atribuições de outros órgãos e que, em princípio, somente por ele podem ser exercidas. Competência significa a aptidão legal conferida a um órgão ou autoridade para realizar determinadas atividades.

No desempenho das atividades inerentes a sua competência o órgão atua em nome da pessoa jurídica de que faz parte. Ele próprio não é dotado de personalidade jurídica, portanto, perante o ordenamento jurídico, não se apresenta como sujeito de direitos e obrigações por si próprio; a atividade do órgão e seus efeitos no mundo jurídico são imputados à pessoa jurídica da qual faz parte.³²⁷

Cada órgão é dotado de funções, cargos e agentes, que não se confundem com os mesmos, razão pela qual quando esses elementos são modificados, substituídos ou ficam vagos, não há extinção ou alteração da unidade orgânica.³²⁸

José Joaquim Gomes Canotilho estabelece a relação entre a teoria organicista e a responsabilidade direta do Estado:

A ideia de um funcionário responsável pelos actos ilícitos cometidos no desempenho das funções aparece como reminiscência anacrónica para as teorias organicistas progressivamente prevaescentes no âmbito da problemática relacionada com a estrutura e natureza das pessoas colectivas. O funcionário não é, nem deve ser, um *Privatman*, nem as suas faltas de serviço podem ser privatizadas; os seus actos constituem actos da própria pessoa colectiva pública e, conseqüentemente, é esta a autora dos danos infligidos a terceiros. As doutrinas organicistas e a sua noção de órgão fornecem portanto o apoio para mais um passo na evolução: a transição de uma responsabilidade indirecta para uma responsabilidade directa.³²⁹

³²⁶ Ibid., p. 63.

³²⁷ MEDAUAR, op. cit., p. 55.

³²⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 62.

³²⁹ CANOTILHO, 1974, p. 47-48.

Desta forma, independentemente de se considerar que as atividades administrativas sejam operacionalizadas pelos agentes públicos, o processo de responsabilização do Estado deve ser distinto do regime utilizado para o ressarcimento de danos efetuado pelos patrões pelos atos de seus empregados³³⁰. E foi, portanto, com o desenvolvimento da teoria organicista que se afastou a idéia da responsabilidade por ato de terceiro, obtendo-se a real dimensão da natureza jurídica estatal, e atribuindo-se diretamente ao Poder Público os resultados, benefícios, encargos e prejuízos de suas atividades.

3.3 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado

3.3.1. Teoria da irresponsabilidade do Estado

A teoria da irresponsabilidade estatal, também denominada regalista, regaliana³³¹ “(de regalis, e, adj. de rex, regis, rei)”³³² ou feudal³³³, norteada pelos postulados “*The King can do no wrong*” (o rei não erra)^{334 335}, “*quod principi placuit, legis habet vigorem*”³³⁶ (o que agradou o príncipe tem força de lei), e a equivalente expressão francesa “*Le roi ne peut mal faire*”³³⁷, prevaleceu desde o Direito romano³³⁸, atravessando o período feudal e atingindo o auge no momento histórico marcado pelos Estados despóticos e absolutistas.

Amaro Cavalcanti é quem trata com profundidade da não-responsabilidade estatal em Roma e durante a Idade Média:

No Estado Romano, a despeito do aperfeiçoamento a que atingiram as suas letras jurídicas, parecia repugnante com os princípios do direito comum

³³⁰ Vide itens 2.5.3, 3.3.2 e 4.3.

³³¹ OLIVEIRA, José Carlos de., op.cit., p. 30.

³³² CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 61.

³³³ CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 84.

³³⁴ CAHALI, 1995, p. 19.

³³⁵ José de Aguiar Dias alerta: “Na realidade, a expressão ‘the King’, no princípio citado, não se refere tão-somente ao rei, mas a todos os altos funcionários (servants of the crown), principalmente aos diretamente dependentes do soberano.” (DIAS, op. cit., p. 556)

³³⁶ CAVALCANTI, op. cit., p. 371.

³³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1978, p. 44

³³⁸ CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 85.

dominante que ao indivíduo coubesse “*jure proprio*” o poder de *acionar* o Estado ou a administração pública, em virtude da lesão de um direito seu, próprio. Aceita a regra, “*quod principi placuit, legis labet vigorem*”, - e sendo de considerar na pessoa do príncipe a pessoa do Estado ou o poder público personificado, fôra lógico admitir igualmente que, pelos atos do seu funcionário ou representante, jamais lhe pudesse ser imputada *injúria* ou obrigação conseqüente. Eram, sob êste aspecto, atos sempre legítimos, feitos na suposição do bem comum, no qual se incluía justamente o dos indivíduos, a quem tais atos pudessem, porventura, *parecer* lesivos;

[...]

No Estado medieval, no qual as noções dos direitos individuais, como que desaparecidas ou apagadas, foram substituídas pelas *idéias feudais de soberano e vassalo*, seria impossível cogitar igualmente da existência de uma obrigação jurídica do Estado (ou do soberano) para com o indivíduo; quando, ao contrário, se sabe que a liberdade, os bens e quaisquer outros interêsses legítimos do mesmo, singularmente considerado, não passavam de *coisas*, das quais o *soberano do feudo* podia dispor, como lhe aprouvesse, não só em nome do bem comum, mas ainda, em nome dos interêsses da sua família ou do simples capricho pessoal...³³⁹

Muitos argumentos sustentavam essa teoria, destacando-se dentre eles: a infalibilidade e a intangibilidade do monarca³⁴⁰; a impossibilidade de se reconhecer a responsabilidade estatal perante um indivíduo³⁴¹, pois ao se igualar as condições de súditos e soberanos estar-se-ia promovendo um atentado contra a soberania³⁴²; a incapacidade de possuir vontade própria, o que seria condição para o ato lhe ser imputável, exime o Estado de responsabilidade³⁴³; a violação da lei não é ato do Poder Público, mas de seus servidores³⁴⁴, uma vez que, agindo contra o Direito, deixam de ser representantes do Estado e o fazem em nome próprio, sendo absurdo imaginar que o soberano teria instituído mandatário para a prática de danos³⁴⁵; o ente estatal, por ser o real criador e tutor do Direito, não viola a ordem jurídica que foi por ele mesmo desenvolvida³⁴⁶; a atividade estatal visa atender ao interesse de todos, não podendo, assim, de sua atuação, provir-lhe responsabilidade³⁴⁷, sob pena de inibir a

³³⁹ CAVALCANTI, op. cit., p. 372-373.

³⁴⁰ ALVES, 2001, p. 69

³⁴¹ MEDAUAR, op. cit., p. 429.

³⁴² ALVES, op. cit., p. 69.

³⁴³ CAVALCANTI, op. cit., p. 149.

³⁴⁴ ALVES, op. cit., p. 69.

³⁴⁵ Neste período ainda não havia sido desenvolvida a teoria organicista, e, portanto, entendia-se que a relação entre Estado e agente público dava-se mediante mandato.

³⁴⁶ ALVES, op. cit., p. 69.

³⁴⁷ MEDAUAR, op. cit., p. 429.

prestação de serviços públicos; e por fim, a violação ao princípio da separação dos poderes, visto que o Poder Judiciário estaria interferindo na atuação estatal³⁴⁸.

Amaro Cavalcanti após analisar a doutrina de autores que defendem a teoria da irresponsabilidade estatal, como Richelmann, Bluntschili, Gabba, Mantellini e Saredo³⁴⁹, afirma:

Não há mister continuar com a citação de autores, que sustentam a doutrina da *irresponsabilidade*; não só, porque já se fez menção dos principais, como também, porque as razões invocadas por eles são quase sempre as mesmas, e já por demais conhecidas.

Todavia, antes de encerrar o presente capítulo, precisamos referir-nos ainda a determinados pontos, sobre os quais mais se apóiam os fautores dessa doutrina. Um dos argumentos fundamentais apresentados pelos que negam a responsabilidade do Estado, é tirado do próprio conceito da pessoa jurídica do mesmo, e se resume no seguinte: Partindo da noção errônea de que o Estado, como toda pessoa jurídica, é uma *ficção legal*, e por isto incapaz de ter vontade própria, pretendem os partidários da irresponsabilidade que o Estado não pode jamais ser chamado a responder por ato algum lesivo do alheio direito, uma vez que a *existência efetiva da vontade*, condição essencial da imputabilidade do ato, falece sabidamente ao Estado. E prosseguindo no desenvolvimento desta tese, acrescentam: que a pessoa jurídica, como *criação artificial da lei*, não passa de um conjunto de direito e obrigações, que são *realmente* exercitados pelos seus representantes legais; mas não seria de razão supor que, nos poderes *dessa representação*, se inclua juntamente o de cometer atos ilícitos, isto é, ofensivos do alheio direito; conseqüentemente, concluem, - que, se os *representantes* da pessoa jurídica do Estado assim o fizerem, eles, e somente eles, devem ser os responsáveis do dano causado, excluída, por completo, a responsabilidade do Estado.³⁵⁰

E, Yussef Said Cahali sintetiza as principais alegações em defesa da teoria da irresponsabilidade:

Em síntese, tais argumentos assim se enunciam: a) quando o Estado exige a obediência de seus súditos, não o faz para fins próprios, mas, justamente, para os bem dos mesmos; logo, de semelhante ato não lhe pode advir qualquer responsabilidade; b) não se justifica a ficção de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do Estado e que, em conseqüência, os atos destes devam ser tidos como atos do Estado; este só é representado pelo chefe do governo; c) as relações jurídicas do mandato não podem ser aplicados por analogia aos servidores do Estado, como se tem pretendido; d) a obrigação de indenizar tira, em regra, a sua razão de ser de uma culpa; ora, da escolha do funcionário só pode caber culpa ao Estado quando a pessoa nomeada for, sabidamente, indigna ou incapaz; semelhante culpa não pode ser absolutamente derivada do caráter representativo que tem o funcionário

³⁴⁸ CANOTILHO, 1974, p. 49/50.

³⁴⁹ CAVALCANTI, op. cit., p. 147-159.

³⁵⁰ Ibid., p. 159-160.

em relação ao Estado; Estado e funcionário são sujeitos diferentes, e por isso a culpa do funcionário não é culpa do Estado; e) o funcionário, seja agindo fora dos limites de seus poderes, ou sem a forma legal imposta à sua ação, ou mesmo abusando dela, não obriga o seu ato o Estado, porque não o representa; f) o Estado não pode prestar contra a sua própria autoridade.³⁵¹

Diversamente do que era defendido pelos partidários da teoria da irresponsabilidade estatal que, como visto, entendiam estabelecida a antinomia entre responsabilidade e soberania, o que ocorria, de fato, não era uma negação desta e muito menos uma identificação integral do Estado ao Direito, mas sim uma imposição do poderio estatal que, atuando acima da própria ordem jurídica e violando-a por diversas vezes, fazia com que os administrados suportassem os injustos danos oriundos de seus atos.

Como afirma Amaro Cavalcanti no prefácio de sua obra datada de 1904, mas que não perdeu a atualidade, “*tanto pode, com efeito, a força do dogma tradicional de Estado-criador do direito!*”³⁵², atestando, a seguir, sua indignação “*não compreendemos o Estado com direitos anteriores aos dos próprios indivíduos que o compõem*”³⁵³. Este mesmo autor conclui, posteriormente, quando em capítulo específico critica tal sistema:

Ao Estado, cuja missão institucional é declarar a lei, executá-la e aplicá-la, pelos seus órgãos distintos – não seria lícito pôr-se de fora do alcance dos princípios gerais do direito comum, aliás, por ele próprio estabelecidos para o fim de regular os atos e fatos da ordem jurídica, e como condição, para que nela predomine a regra de justiça. Pois é manifesto que se a ele próprio não pudessem ser igualmente aplicáveis os princípios desse direito, também impossível seria a efetividade constante da justiça.³⁵⁴

Essas idéias começaram a ser superadas com a consolidação do Estado de Direito, conforme já explanado acima³⁵⁵, embora a teoria da irresponsabilidade tenha permanecido nos Estados Unidos da América e na Inglaterra até o advento, respectivamente, do *Federal Tort Claims Act*, de 1946, e do *Crown Proceeding Act*, de 1947³⁵⁶.

³⁵¹ CAHALI, op. cit., p. 18.

³⁵² CAVALCANTI, op. cit., p. XVIII.

³⁵³ Ibid., p. XVIII.

³⁵⁴ Ibid., p. 268.

³⁵⁵ Vide item 3.2.

³⁵⁶ CAHALI, op. cit., p. 19.

3.3.2 Teoria civilista ou teoria da responsabilidade com culpa

Da fase da irresponsabilidade estatal seguiu-se à fase civilista ou teoria da responsabilidade com culpa, diretamente conectada, portanto, aos ditames da responsabilidade civil subjetiva. Superados os impedimentos da possibilidade de uma obrigação reparatória estatal, a disciplina jurídica que se adotou, inicialmente, não poderia deixar de ser a que já era utilizada pela doutrina civilista. Então, em um primeiro momento, essa concepção limitava-se a determinar a responsabilidade do agente público que, no exercício da função, produzisse danos a terceiros mediante dolo ou culpa, devendo o elemento anímico ser comprovado pelo ofendido que tinha, como garantia, tão-somente o patrimônio do servidor.

Com efeito, o que se observa são fortes influências do período anterior, uma vez que não havia ainda uma verdadeira e direta responsabilização estatal, mas tão-somente uma obrigação pessoal do agente público de reparar os prejuízos por ele provocados. Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho assevera que *“se uma responsabilidade do Estado constitui uma verdadeira contradictio in adjectu, dado o carácter antitético das idéias de soberania e responsabilidade, isso não implicava uma irresponsabilidade do funcionário.”*³⁵⁷

Em decorrência da dificuldade de individualizar o causador do dano, de provar sua culpabilidade, como da grande probabilidade de insolvência do funcionário público, a vítima, na maioria das vezes, optava por não promover a demanda judicial, não obtendo, por conseguinte, a reparação dos seus prejuízos, o que auxiliava na perpetuação do sistema da irresponsabilidade civil do Estado. Weida Zancaner Brunini sustenta que *“o lesado, desestimulado com a necessidade de provar a culpabilidade do agente público e sabendo que o patrimônio deste era, o mais das vezes, insuficiente para reparar o dano, abstinha-se de impetrar as ações ressarcitórias a que tinha direito”*³⁵⁸.

³⁵⁷ CANOTILHO, 1974, p. 41.

³⁵⁸ BRUNINI, 1981, p. 21.

No final do século XVIII³⁵⁹ ocorrem avanços, embora insuficientes para proteger os administrados, sendo deste período a distinção dos atos administrativos³⁶⁰ em atos de gestão e em atos de império. Essa classificação passou a influenciar fortemente a configuração da responsabilidade estatal, pois somente dos atos de gestão, equivalentes às condutas dos particulares na gerência e administração de seu patrimônio, é que poderia advir o dever de responder pelos danos provocados por suas atividades, permanecendo, então, a orientação da irresponsabilidade quanto aos atos de império, que são os dotados de caráter político e vinculados à noção de soberania.^{361 362}

³⁵⁹ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 67.

³⁶⁰ Inobstante estar-se denominando “ato administrativo”, esta terminologia contextualiza-se apenas no século XX, como observa Volnei Ivo Carlin: “A expressão ato administrativo passou a ser empregada a partir do início do século XX. A idéia nasceu do ato jurídico e foi extraída dos civilistas franceses e italianos do final do século XIX, que muito refletiram acerca do ato administrativo como manifestação da vontade administrativa.” (CARLIN, op. cit., p. 79)

³⁶¹ ALVES, op. cit., p. 70.

³⁶² A doutrina ainda trava divergências sobre a classificação dos atos administrativos em atos de gestão e de império. Há quem defenda a sua atualidade, como Hely Lopes Meirelles, obviamente que sobre um outro enfoque, destacando o absurdo da utilização da mesma para se determinar a responsabilidade estatal: “Atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento. É o que ocorre nas desapropriações, nas interdições de atividade, nas ordens estatutárias. Tais atos podem ser gerais ou individuais, internos ou externos, mas sempre unilaterais, expressando a vontade onipotente do Estado e seu poder de coerção. São, normalmente, atos revogáveis e modificáveis a critério da Administração que os expediu. Com essa conceituação não se revive a vetusta e abandonada teoria da dupla personalidade do Estado, que ora atuaria como pessoa pública, expedindo atos de império, ora agiria como pessoa privada, praticando atos de gestão. Absolutamente, não. O Estado [...] só atua com personalidade de Direito Público, mas, se em certos atos se impõe sua autoridade, tornando-os coativos para seus destinatários, noutros seus efeitos são facultativos ou dependentes de solicitação do interessado, ou não vinculantes para a Administração e administrados. [...] Atos de gestão são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados. Esses atos serão sempre de administração, mas nem sempre administrativos típicos, principalmente quando bilaterais, de alienação, oneração ou aquisição de bens, que se igualam aos do Direito privado, apenas antecedidos de formalidades administrativas para sua realização (autorização legislativa, licitação, avaliação, etc.). Tais atos, desde que praticados regularmente, tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza.” (MEIRELLES, op. cit., p. 157-158). Já Celso Antônio Bandeira de Mello entende que essa classificação foi superada, e ao tratar das espécies de atos administrativos, utilizando-se do critério quanto à posição jurídica da Administração, afirma: “Costumava-se mencionar, no passado, a distinção entre (1) Atos de império – os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade. Exemplo: a ordem de interdição de um estabelecimento. (2) Atos de gestão – os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes. Exemplo: venda de um bem; os relativos à gestão de um serviço público. Esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por ser imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos). De acordo com a antiga concepção, só os primeiros seriam verdadeiramente atos administrativos. Tal distinção foi aqui mencionada apenas porque, às vezes, anacronicamente e – é claro – com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que têm personalidade de Direito Privado. Hoje com certa similaridade, porém maior precisão, fala-se em atos de Direito Privado praticados pela Administração e atos

José Cretella Júnior explica que *imperium* e *gestio* eram vocábulos tradicionais “no campo do direito, empregando-se a primeira no direito público, e a segunda no campo do direito privado”³⁶³, porém a sua utilização como critério para determinar a responsabilidade estatal surgiu no período pós revolução francesa, como artifício jurídico para que o país, que já se encontrava em situação econômica insatisfatória, não tivesse que indenizar os danos provocados aos particulares durante os levantes populares, considerados resultantes de atos de império, que, portanto, não ensejavam reparação³⁶⁴.

Sendo assim, o ente estatal somente podia ser responsabilizado quando os danos fossem provenientes do exercício dos atos *jure gestionis*, com a justificativa de que através deles o Estado identificava-se ao particular, eis que não estaria exercendo funções necessárias e que corresponderiam, tão-somente, a uma gestão dos interesses coletivos, ao contrário dos atos *jure imperii*, que por expressarem a soberania estatal não podiam submeter-se a uma obrigação reparatória. E, além da caracterização de um ato de gestão, para que configurada a responsabilidade do Poder Público, fazia-se necessária a comprovação da culpa do agente público, causador direto do dano.³⁶⁵

É o que afirma Yussef Said Cahali:

Todavia, na prática de atos *jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido

regidos pelo Direito Público. É lógico, todavia, que não se atribuem as conseqüências dantes cogitadas quanto à exclusão de responsabilidade estatal.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 264). E, neste mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho: “A distinção entre essas categorias de atos é antiga, originando-se do direito francês. A despeito de freqüentemente criticada, tem sido sempre trazida à tona pela doutrina. Atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (*ius imperii*) não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo, os atos de polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação, etc. O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública (*ius gestionis*). Nessa hipótese, pratica atos de gestão, intervindo freqüentemente a vontade dos particulares. Exemplo: os negócios contratuais (aquisição ou alienação de bens). Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na maioria das vezes soluções negociadas, não dispendo o Estado de garantia da unilateralidade que caracteriza sua atuação.” (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 86).

³⁶³ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 67.

³⁶⁴ CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 203/205.

³⁶⁵ CAHALI, op. cit., p. 22.

ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano.

Conquanto tenha tido o mérito de representar uma fenda no princípio da irresponsabilidade, a teoria civilista acabou sendo descartada em razão da insuficiência de seus enunciados.³⁶⁶

E, mesmo que a teoria civilista, baseada na distinção entre atos de gestão e de império, tenha representado mais um passo na evolução da obrigação reparatória estatal, inúmeras são as críticas a ela desferidas.

A primeira delas, alcançando diretamente a sua estrutura, ou seja, a própria divisão entre atos de gestão e de império, é atestada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ao afirmar que *“a responsabilidade da Administração Pública, no Estado de Direito, deve ser completa por todos os atos dos agentes públicos que causem danos a terceiros, na consecução das suas atividades, e, destarte, se evitaria a contradição de indenização em certas hipóteses e a negativa em outras”*³⁶⁷.

Na mesma linha, o pensamento de Amaro Cavalcanti:

A impugnação que se lhe faz, consiste em afirmar que, não sendo *sempre* possível fazer a preconizada distinção entre os atos do Estado, ela não pode servir de base a um sistema, nem tão pouco, fornecer o critério necessário para, segundo o mesmo, se dizer quais os atos que são e quais os que não são suscetíveis de criar uma responsabilidade civil para o Estado.

É preciso insistir não há no Estado duas pessoas distintas, como se tem dito, uma civil e outra política. O Estado é uno; exerce, apenas, como sucede com os indivíduos, funções de naturezas diversas.³⁶⁸

Do mesmo modo, José Cretella Junior:

Com efeito, além de admitir que era preciso estar presente o elemento culpa, por parte do agente, culpa essa consistente em imprudência, imperícia ou negligência na prática do ato omissivo ou comissivo, a teoria civilista era calcada numa cerebrina distinção entre os atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*.

Não há motivo para indenizar o dano proveniente do denominado *ato de gestão* e deixar ao desabrigo da proteção judicial o dano proveniente do ato de império, porque a quem experimenta o dano pouco importa a natureza do ato. O que interessa é o prejuízo real sofrido e se o dano é proveniente do Estado, cabe a este a indenização.³⁶⁹

³⁶⁶ CAHALI, op. cit., p. 20.

³⁶⁷ Ibid., p. 479-480.

³⁶⁸ CAVALCANTI, op. cit., p. 393.

³⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 87.

Censura-se, ainda, a teoria da responsabilidade estatal fulcrada na distinção entre atos de império e de gestão em virtude da desfavorável condição na qual se manteve a vítima, pois além da proteção do ofendido estar vinculada a uma classificação incerta, variável e instável, que apesar de ser apontada como simples, na verdade, tem alta complexidade, o que fica demonstrado pela necessidade de elaboração por parte do legislador, de uma lista exemplificativa para os atos de império, como ocorreu na França³⁷⁰, dificilmente o reclamo do lesado era acolhido pelos magistrados. E, assim, a reparação do dano raramente ocorria.

Weida Zancaner Brunini atesta a dificuldade em se definir o limite entre um ato de gestão e de um ato de império, e afirma não ser incomum, neste período, que a um administrado que tivesse ingressado em juízo na intenção de reparar dano provocado por evidente ato de gestão na vida prática, restava o desamparo por ter sido a conduta entendida pelos tribunais como ato de império³⁷¹.

Depreende-se que, juntamente com o artifício da criação dos atos de império e de gestão, originou-se na França a divisão entre as instâncias judiciária e administrativa, estabelecendo-se o contencioso administrativo, cuja competência era para decidir as controvérsias referentes aos atos de império.^{372 373}

Ainda inserida nos limites da teoria civilista admitiu-se, posteriormente, a aplicação dos princípios reguladores da responsabilidade civil por ato de terceiro³⁷⁴, especificamente da responsabilidade do patrão pelos danos provocados por seu empregado.³⁷⁵

³⁷⁰ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 68.

³⁷¹ BRUNINI, op. cit., p. 22.

³⁷² CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 68.

³⁷³ Vide item 3.3.2.1.

³⁷⁴ Vide item 2.5.3.

³⁷⁵ No capítulo seguinte (vide item 4.3.1) serão apresentados as principais diferenças entre a responsabilidade civil do patrão por ato de seu empregado e a responsabilidade civil do Estado, embora atualmente ambos sejam regidos pela doutrina objetiva, conforme se deduz do Código Civil de 2002, artigo 932, III (“São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.”) e 933 (“As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que na haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”), e da Constituição Federal de 1988, artigo 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

Então, para determinar a responsabilidade civil do Estado eram invocados os dispositivos do Código Civil francês, exigindo-se, conseqüentemente, a caracterização da culpa do servidor através da prova de sua imprudência, negligência e imperícia, assim como da culpa *in vigilando* ou *in eligendo* da Administração.

A equiparação entre Estado e empregador particular, que responde pelos danos causados pelo seu preposto, recebeu grande oposição, baseada, principalmente, na especificidade da relação Estado/servidor e na defesa do entendimento, que já vinha se delineando neste momento, de que a responsabilidade civil estatal deve ser guiada por fundamentos próprios. Outrossim, à vítima permanecia-se impondo um pesado ônus, o que via de regra continuava a representar a resistência em obrigar o Poder Público a reparar os danos por ele provocados.

A doutrina civilista muito contribuiu à evolução da responsabilidade do Estado; todavia a necessidade da ocorrência de culpa, bem como a necessidade da individualização do agente culpado, tornava frágil o direito do lesado, sendo que, muitas vezes, a ação deste era virtualmente impossível, pois, uma vez não dispondo de meios para localizar o agente culpado, tinha sua pretensão denegada pelos tribunais, não recebendo portanto guarida, em muitos casos, a justa pretensão ressarcitória do lesado, que se via privado de remédio legal que sanasse suas perdas.³⁷⁶

José de Aguiar Dias assim se expressa:

Longe está esta doutrina, porém, de constituir solução satisfatória. Como o mau funcionamento do serviço público nem sempre se identifica com a falta de determinado funcionário, a aplicação de tal doutrina resulta em negação de responsabilidade, sempre que não seja possível estabelecer a culpa do funcionário, muito embora se defronte caso autêntico de defeito do serviço.

[...]

O Estado, na verdade, não está para o funcionário assim como o preponente está para o preposto, o patrão para o empregado. Não seria acertado

casos de dolo ou culpa.”). De qualquer forma, já se adianta que o sistema do Estatuto Civil, apesar de estabelecer a responsabilidade objetiva do patrão, exige que o empregado tenha praticado um ato ilícito, cuja prova fica a cargo da vítima, o que não ocorre na obrigação reparatória fundamentada no regime constitucional, pois mesmo que o dano seja proveniente de um ato lícito do agente haverá a obrigação de indenizar o lesado, tendo importância a caracterização do elemento anímico do servidor apenas para que se defina a possibilidade de ação regressiva do Poder Público contra ele. Além disso, afirma-se que a responsabilidade estatal não é caso de responsabilidade indireta, sendo utilizada a disciplina do Código Civil tão-somente para os casos de danos provocados por empregados das pessoas jurídicas de direito privado que explorem atividade econômica.

³⁷⁶ BRUNINI, op. cit., p. 25.

compreender as relações do funcionário com o Estado como contratuais, e hoje ninguém mais incorre em tal equívoco.³⁷⁷

Esses impedimentos abrem espaço para uma nova fase que não mais exige a individualização do agente e tem como fundamento o defeito do serviço, dando origem ao que se designou teoria da culpa administrativa, também denominada, da culpa do serviço, da culpa anônima, da culpa publicística ou da falta do serviço. Entretanto, antes de se estudar esta teoria, reputa-se necessário o exame da relação entre a jurisdição administrativa francesa e a responsabilidade estatal.

3.3.2.1 – A jurisdição administrativa francesa e a responsabilidade civil estatal^{378 379 380}

Um primeiro aspecto a ser examinado ao se tratar da origem dos órgãos de jurisdição administrativa³⁸¹ é o princípio da separação de poderes, pois se por um lado era necessário

³⁷⁷ DIAS, op. cit., p. 564-565.

³⁷⁸ A abordagem deste tema como um subitem da teoria em exame, dá-se em razão do grande destaque concedido ao caso Blanco, que representa, justamente, o ponto de transição entre a fase civilista e o período subsequente, da teoria da culpa administrativa, da culpa do serviço, da culpa anônima, da culpa publicística ou da falta do serviço.

³⁷⁹ Importante ressaltar que não há a pretensão de se apresentar estudo aprofundado referente ao contencioso administrativo francês, tendo-se apenas a intenção de se relacionar jurisdição administrativa francesa e responsabilidade civil estatal, destacando-se, para tanto, principalmente o trabalho jurisprudencial do Conselho de Estado francês que foi determinante para os grandes avanços na matéria ora em estudo.

³⁸⁰ Somente a título de ilustração, destaca-se os ensinamentos de José Cretella Júnior acerca do regime jurídico-administrativo, no sistema do "Common Law": "Na realidade, o regime jurídico-administrativo, no sistema do 'common law', caracteriza-se por alguns traços que o contrapõem aos sistemas de base romanística, a saber: base mais jurisprudencial do que doutrinária; menos doutrina; relação de emprego público equivalente à do direito do trabalho ou do direito comum; prevalectimento do princípio da execução titulada, repelindo-se o princípio da auto-executoriedade, apenas admitido por exceção (summary power); irresponsabilidade do Estado, consubstanciada no brocardo 'o Rei não pode errar'; responsabilidade do agente público equiparada ao empregado do direito privado." (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 104/105).

³⁸¹ Amaro Cavalcanti trata a experiência do contencioso administrativo no Brasil durante o Império: "O Governo do Império, convencido da necessidade de subtrair, ao conhecimento do poder judiciário, 'pela inconveniência, segundo se dizia, que daí podia resultar aos interesses de ordem pública e particular', pretendeu criar e organizar um Contencioso Administrativo, ao qual competisse processar e julgar as questões aludidas. Não chegou, porém, jamais à realização desse desideratum: o que tivemos no Império (e em parte, embora mínima, ainda subsiste da República) com o título de "Contencioso Administrativo" nunca passou de simples ensaio... Nem mesmo pelo que diz respeito aos serviços peculiares da Fazenda Pública Nacional sobre a qual foram adotadas disposições especiais, mais ou menos detalhadas, acerca das reclamações contenciosas, não se conseguira estabelecer uma organização, digna de seu objeto e fins. - O nosso Contencioso Administrativo em geral, confessaram os mais competentes no assunto, não oferecia garantias; o seu processo era por demais deficiente e perfunctório; tendo, apenas, alguns vislumbres de desenvolvimento e de regularidade no tocante aos negócios da Fazenda. Basta dizer que a sua instituição não foi resultante de nenhuma lei orgânica, que lhe

vencer o período da irresponsabilidade estatal, de outro havia forte resistência em se admitir o controle judicial das atividades administrativas e que, por conseguinte, a obrigação estatal reparatória fosse determinada pelo Poder Judiciário. A solução então encontrada foi a criação, no século XIX, da jurisdição administrativa, que realizaria um controle sem que a autonomia da Administração Pública restasse prejudicada.³⁸²

Este primeiro momento da jurisdição administrativa é contemporâneo da divisão dos atos administrativos em atos de gestão e atos de império, ficando estes sob a sua competência.

Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández dispõem:

Esta distinção aparece já nas primeiras resoluções do Conselho de Estado francês criado por Napoleão e a ela se atribuem os seguintes efeitos: os atos de autoridade, isto é, aqueles atos nos quais o Estado atua como Poder Público, não podem ser julgados pelos tribunais ordinários, senão somente por uma categoria especial de tribunais, os contencioso-administrativos, situados no próprio complexo orgânico da Administração; entretanto, os atos de gestão, isto é, os que o Estado adota sem alarde algum de poder, como um simples particular, sim poderão ser sindicados ante os tribunais ordinários.³⁸³

Recordando-se o que já foi exposto³⁸⁴, após a Revolução Francesa inúmeras foram as demandas indenizatórias propostas por civis contra o Estado, por prejuízos causados pelos levantes populares. Estes danos foram tratados como decorrentes de atos de império,

houvesse lançado as bases convenientes; fôra formado, por assim dizer, aos pedaços, pelos regulamentos e instruções que o Poder Executivo ia expedindo para a execução de certas leis, valendo-se das autorizações implícitas que nas mesmas se continham. Daí as arguições constantes que se faziam contra o Contencioso Administrativo: falta de princípios assentados nos seus arestos; incerteza das matérias que deviam legitimamente caber à sua jurisdição; e outros graves defeitos que ninguém ignorava... [..] Fosse, porém, como fosse, o Contencioso Administrativo existira durante todo o tempo do Império, sendo exercido pelos ministros de Estado, pelos presidentes de província e pelos outros chefes dos vários serviços da administração, - guardadas as hierarquias ou instâncias estabelecidas nos regulamentos com recurso final para o Conselho de Estado. (...) Atualmente, isto é, na república, não há mais nenhum Contencioso Administrativo organizado, com jurisdição própria, capaz de subtrair o conhecimento de dados feitos aos juízos ou tribunais da justiça comum. O que subsiste e nem podia deixar de subsistir, é o processo e despacho ordinário dos atos administrativos pelos respectivos funcionários ou autoridades, admitindo-se recurso das suas decisões, de umas para outras, segundo a hierarquia delas, estabelecida nas leis. (CAVALCANTI, op. cit., p. 607-610). E Hely Lopes Meirelles atualiza estas informações: "O Brasil adotou, desde a instauração de sua primeira República (1891), o sistema da jurisdição única, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça Comum. [...] As Constituições posteriores (1934, 1937, 1946 e 1969) afastaram sempre a idéia de uma Justiça administrativa coexistente com a Justiça ordinária, trilhando aliás, uma tendência já manifestada pelos mais avançados estadistas do Império, que se insurgiam contra o incipiente contencioso administrativo da época. A EC 7/77 estabeleceu a possibilidade da criação de dois contenciosos administrativos (arts. 11 e 203), que não chegaram a ser instalados e que, agora, com a Constituição de 1988, ficaram definitivamente afastados." (MEIRELLES, Op.cit., p. 51-52)

³⁸² CANOTILHO, 1974, p. 50.

³⁸³ ENTERRIA; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 305.

³⁸⁴ Vide item 3.2.

representativos da soberania estatal, garantindo-se, portanto, sua irreparabilidade, conforme os ditames da teoria civilista. E ao se criar a jurisdição administrativa, impediu-se o Poder Judiciário de tomar conhecimento de tais processos.

Originária da França, logo após o movimento revolucionário de fins do século XVIII, que pôs fim à realeza e instituiu o *novo regime* naquele país, a célebre classificação imediatamente se propagou a outros países, dando nascimento a riquíssima literatura jurídica especializada, com defensores e críticos, onde quer que se divulgasse.

Com efeito, implantado o novo estado de coisas, inúmeras foram as ações de indenização propostas perante os tribunais judiciários franceses pelos particulares, responsabilizando o Estado, detentor do *poder de polícia*, pelos danos sofridos por estes últimos em suas propriedades, como consequência dos distúrbios, na cidade e no campo.

Residências, palácios, templos, parques e jardins, fazendas, mobiliário, danificados pela ira popular incontida, ascendiam a milhares e o Tesouro francês, exaurido pelos desmandos da realeza e pela natural desorientação econômica que acompanha as revoluções em geral, de maneira alguma poderia ressarcir os danos dos prejudicados, caso o Judiciário lhes desse ganho de causa, acolhendo-lhes as pretensões.

Nessa difícil conjuntura econômico-político-jurídica, auxiliado pelos doutrinadores, o Legislativo elaborou, como remédio de equilíbrio social, em caráter de urgência, um preceito legal, de construção puramente cerebrina, feito sob medida para o caso, por meio do qual era vedado ao Judiciário tomar conhecimento dessas demandas, visto faltar-lhe competência *ratione materiae*. Tais questões, pois, subtraídas da órbita do Judiciário, a quem faleceria competência para apreciá-las, deveriam ser submetidas à apreciação do Executivo, da Administração, decorrências que eram do poder de mando do Estado, e, pois ato *jure imperii*.

Desse modo, e contrariando o brocardo *nemo iudex in sua causa potest*, a Administração, parte e juiz na contenda, passou a decidir como lhe convinha, não reconhecendo o direito dos prejudicados e julgando conforme o interesse do Estado francês.

Ora, os atos impugnados, incluídos na classe dos atos de império, deixavam a salvo a responsabilidade estatal.

Quanto aos atos *jure gestionis*, em que o Estado procede como o particular, na gerência dos próprios negócios, ficariam sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, competente para julgá-los.³⁸⁵

Interessante observar que, apesar de a jurisdição administrativa surgir “*com base na separação de poderes, no princípio da legalidade e na desconfiança em relação aos juízes do regime anterior à Revolução Francesa*”³⁸⁶, expressando, portanto, a indignação referente “*a ingerência judiciária nos negócios do Estado*”³⁸⁷, paradoxalmente, no que pertine ao tema da

³⁸⁵ CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 203-205.

³⁸⁶ CARLIN, op. cit., p. 20.

³⁸⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 47.

responsabilidade estatal, diante da proteção concedida ao Poder Público, inicialmente³⁸⁸, a dualidade de jurisdições representou um obstáculo aos administrados, que raramente tinham os seus danos reparados.

Deste modo, se de uma análise ampla identificam-se os benefícios da jurisdição administrativa afastada da influência dos juízes do regime anterior, ao se tratar especificamente da obrigação reparatória estatal, os administrados lesionados mantiveram-se desprotegidos quando do julgamento das ações indenizatórias pelo contencioso administrativo.

Eis, então, os motivos da censura da divisão dos atos administrativos em atos de império e de gestão e, em um primeiro momento, também a cisão das jurisdições, segundo José Joaquim Gomes Canotilho:

As ideias liberais viam, porém, no sistema de jurisdição única a tutela mais eficaz dos cidadãos perante os poderes: o regime dualista de tribunais era uma manifestação da prepotência do executivo. O ideal doutrinário liberal levará mesmo, em alguns países, à supressão do contencioso administrativo e ao triunfo da jurisdição unitária.³⁸⁹

Contudo, apesar dessas críticas iniciais, a jurisdição administrativa francesa teve papel fundamental na efetiva evolução e consolidação da responsabilidade civil do Estado. Com o trabalho jurisprudencial do contencioso administrativo, a França obteve grande destaque no cenário internacional.

Para demonstrar a importância do sistema francês, relata-se que a Bélgica, que adotou o sistema de jurisdição unitária somente em 1920, reconheceu a obrigação reparatória da Administração nos moldes ocorrido na França, que já em 1873 instituiu verdadeiro marco para o Direito Administrativo e para a responsabilidade estatal que é a decisão do caso Blanco, cujo estudo será apresentado a seguir, sendo que o atraso belga curiosamente ocorreu

³⁸⁸ O empecilho mostra-se apenas neste momento inicial, já que o trabalho da jurisdição administração francesa foi um dos principais fatores para a evolução da responsabilidade civil do Estado, consoante se explanará logo a seguir.

³⁸⁹ CANOTILHO, 1974, p. 50-51.

pelo mesmo fundamento que levou a França adotar a jurisdição administrativa, qual seja a não violação da separação de poderes.³⁹⁰

Na França, a jurisdição administrativa ou contencioso administrativo tinha³⁹¹ como órgão máximo o Conselho de Estado, enquanto o grau hierárquico superior da jurisdição comum era ocupado pela Corte de Cassação. As divergências referentes à competência de cada um dos tribunais eram solucionadas pelo Tribunal de Conflitos cujos juízes, em alguns momentos, alcançaram grande destaque, justamente por não se limitarem a definir a competência, mas por desenvolverem famosas teses, como a apresentada no aresto Blanco.³⁹²

A construção das teorias que versavam sobre a competência do contencioso administrativo e da jurisdição comum foi fundamental para a evolução da responsabilidade civil do Estado. A principal demonstração desta relação foi dada, então, pelo Tribunal de Conflitos, que prolatou, em 08/02/1873, a célebre decisão do caso Blanco, que marca a autonomia do Direito Administrativo e promove o grande impulso para o desenvolvimento da doutrina moderna da obrigação reparatória estatal. Como afirma Volnei Ivo Carlin *“foi com o célebre acórdão Blanco (Agnès Blanco), em 1873, que o Direito Administrativo despertou como ciência, passando a ter objeto (administração), método (caminho para atingir o objeto), institutos, princípios (critérios públicos que abandonaram o Direito Civil) e regime*

³⁹⁰ Ibid., p. 55.

³⁹¹ Hely Lopes Meirelles descreve a estrutura atual do sistema do contencioso administrativo francês: *“Na organização atual do contencioso administrativo francês, o Conselho de Estado, no ápice da pirâmide da jurisdição especial, revê o mérito das decisões, como corte de apelação dos Tribunais Administrativos (denominação atual dos antigos Conselhos de Prefeitura) e dos Conselhos do Contencioso Administrativo das Colônias; e, como instância de cassação, controla a legalidade das decisões do Tribunal de Contas, do Conselho Superior da Educação Nacional e da Corte de Disciplina Orçamentária (Lei de 25.9.48). [...] Como a delimitação da competência das duas Justiças está a cargo da jurisprudência, freqüentes são os conflitos de jurisdição, os quais são solucionados pelo Tribunal de Conflitos, integrado por dois ministros de Estado (Garde des Sceaux et Ministre de la Justice), por três conselheiros de Estado e por três membros da Corte de Cassação. As atribuições do Conselho de Estado são de ordem administrativa e contenciosa, servindo ao governo na expedição de avisos e no pronunciamento sobre matéria de sua competência consultiva e atuando como órgão jurisdicional nos litígios em que é interessada a Administração, ou seus agentes. A composição e funcionamento do Conselho de Estado são complexos, bastando recordar que atualmente é integrado por cerca de duzentos membros, recrutados entre funcionários de carreira (indicados pela Escola Nacional de Administração), auditores, juristas e conselheiros, e sua atividade se distribui entre as seções administrativas e contenciosa, subdividindo-se esta em nove subseções.”* (MEIRELLES, op. cit., p. 48).

³⁹² CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 93.

jurídico próprios".³⁹³ Em razão da sua importância histórica, segue-se ao estudo desta notória decisão.

Uma criança, chamada Agnès Blanco, foi atropelada ao atravessar os trilhos na cidade francesa de Bordeaux, pelos quais transitava a vagonete da Companhia Nacional da Manufatura de Fumo transportando carga de um prédio para outro. O acidente acarretou lesões graves à menina, implicando a amputação de suas pernas. O genitor de Agnès, então, propôs ação indenizatória contra o Prefeito do Departamento da Gironda, perante a jurisdição civil, fundamentando-a, basicamente, na teoria civilista sob o enfoque da responsabilidade civil por ato de terceiro, invocando, portanto, as disposições legais previstas no ordenamento civil.³⁹⁴ ³⁹⁵ A competência da jurisdição civil, no entanto, foi contestada e coube, conseqüentemente, ao Tribunal de Conflitos decidir se caberia ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação julgar o caso.

O Tribunal de Conflitos, no entanto, não se limitou a atribuir a competência ao Conselho de Estado, tendo em sua decisão de 08/02/1873³⁹⁶, desenvolvido, mediante o voto de seu Conselheiro David, tese que se tornou famosa justamente por se afastar dos parâmetros civilistas até então utilizados e, por determinar a utilização de preceitos publicísticos. O resultado foi a consideração de que não se tratava de julgar individualmente o servidor por um ato praticado no exercício de sua função, mas de apreciar uma obrigação indenizatória estatal proveniente do mau funcionamento da atividade administrativa. Amaro Cavalcanti cita trecho da decisão:

Eis aqui as próprias palavras do *Tribunal dos Conflitos* sôbre êste ponto em particular, proferidas, aliás, em um caso que, pela sua natureza, parecia competir à autoridade judiciária: - "Considerando que a ação intentada por Mr. Blanco tem por objeto fazer declarar o Estado civilmente responsável, pela aplicação dos artigos 1382, 1383 e 1384 do Código Civil, do dano resultante do ferimento que a sua filha sofrera por culpa dos operários

³⁹³ CARLIN, op. cit., p. 21.

³⁹⁴ CAVALCANTI, op. cit., p. 430

³⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 29.

³⁹⁶ Ibid., p. 29.

empregados na *administração dos tabacos*; que a responsabilidade, que pode recair sobre o estado pelos danos causados aos particulares em razão de fatos das pessoas empregadas no serviço público, não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos no Código civil para as relações de particular a particular; que esta responsabilidade não é, nem geral, nem absoluta; que ela tem as suas regras especiais, que variam segundo as exigências do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do estado com os direitos privados; que isto posto, e nos termos das leis acima indicadas (*leis de 16 e 24 de agosto de 1790 e 16 fructidor ano III*), a autoridade administrativa é a única competente para conhecer da espécie”. – Trib. dos Confl. 8 de fevereiro 1873, *Caso Blanco*.³⁹⁷

E como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello “*ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado ‘não é geral nem absoluta’ e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei.*”³⁹⁸

Essa fórmula já vinha sendo esboçada desde a decisão do caso Rothschild, de 06/12/1855^{399 400}. Diante da sistematização apresentada no caso Blanco, todavia, ele é que se firmou como marco histórico tanto para o Direito Administrativo quanto para a responsabilidade civil estatal, consagrando a competência administrativa para decidir as ações de responsabilidade propostas contra a Administração e a idéia de uma efetiva obrigação reparatória estatal a ser apurada de forma diversa do que ocorria na relação privatística patrão/empregado, prevista no Código Napoleônico. A decisão da inaplicabilidade das normas de Direito privado aos casos de indenização aos danos provocados pelo Poder Público refletiu na produção jurisprudencial do Conselho de Estado que prosseguiu desenvolvendo

³⁹⁷ CAVALCANTI, op. cit., p. 430-431.

³⁹⁸ CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 614.

³⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 30.

⁴⁰⁰ O caso Rothschild, também conhecido como o caso do “Estado devedor”, já tratava da necessidade de se afastar o fundamento da decisão de ações de responsabilidade estatal das disposições privatísticas. Amaro Cavalcanti assevera: “*A doutrina do Caso Blanco não era, aliás, uma novidade; dela se encontrava exemplo em decisões anteriores, mesmo de data relativamente remota (Caso Rothschild de 1855); mas grande divergência subsistira sempre entre a Corte de Cassação e o Conselho de Estado: aquela, sustentando nas suas decisões que o art. 1.384 do Cód. civil, que declara os patrões e comitentes responsáveis pelo dano de seus empregados (doméstiques) e prepostos no exercício das funções que lhes são confiadas, não comportava exceção em favor do Estado (C. C. 11 agosto 1848; 19 dezembro 1854); éste, ao contrário, repelindo sempre e enérgicamente a aplicação do citado artigo aos atos da administração pública, e afirmando ao mesmo tempo não só que o poder judiciário era incompetente para conhecer da responsabilidade do Estado na sua qualidade de poder público, como também, que semelhante responsabilidade devia ser apreciada por outros princípios que não os do Código Civil*” (CAVALCANTI, op. cit., p. 431-432)

teses que viriam representar grande parte da evolução e especialização da matéria, uma vez que ainda não havia dispositivos legais especiais de Direito público para tratar da responsabilidade estatal, exigindo soluções originais da jurisdição administrativa.

Nada havendo de paralelo, no direito administrativo, ao instituto do direito civil da responsabilidade, o Conselho de Estado ficou perplexo, tanto mais que era obrigado a manifestar-se, inclusive na ausência de texto legislativo.⁴⁰¹

Outro exemplo que confirma a complexidade em se determinar a competência para tratar da responsabilidade estatal, cujas discussões acabaram por contribuir com avanços para o tema, pode ser visualizado, durante o predomínio da teoria civilista, quando se entendia que a responsabilização pessoal dos funcionários por atos relativos a suas funções era do Tribunal Judiciário, mas que em decorrência do artigo 75 da Constituição do Ano VIII, que dotava os servidores do sistema da garantia administrativa, subordinava o exercício da ação de responsabilidade a uma prévia autorização concedida pelo Conselho de Estado. Esta licença apenas deveria ser utilizada em casos excepcionais, mas na verdade representava a irresponsabilidade do servidor, tendo em vista que era raramente concedida.⁴⁰² Este sistema, alvo de grande represália por parte dos liberais, foi abolido pelo Dec. de 18/09/1870 logo após a queda de Napoleão III, sendo um dos primeiros atos do governo provisório⁴⁰³, conforme descreve Celso Antônio Bandeira de Mello:

A norma francesa de garantia dos funcionários viria a cair em 1870, por via de um decreto-lei de 18 de setembro, época em que já não mais estava em vigor a Constituição do Ano VIII e a disposição protetora era sobrevivente apenas com força de lei.⁴⁰⁴

Os benefícios com o término da autorização concedida pelo Conselho de Estado foram evidentes, já que se pôs fim ao impedimento da propositura direta de ação ressarcitória. Mas, surgiram novos problemas, pois se temia que, ao ser decidida pela jurisdição civil e de acordo tão-somente com os dispositivos do Código Civil francês, a responsabilidade pessoal

⁴⁰¹ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 34.

⁴⁰² Ibid., p. 30.

⁴⁰³ Ibid., p. 30.

⁴⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1978, p. 45.

do agente se manteria restrita a uma ótica individualista e alheia à atividade administrativa, contrariando pensamento que já estava sendo delineado e que correspondia ao desenvolvimento de uma sistemática específica para a responsabilidade estatal.⁴⁰⁵

Elaborou-se, então, a classificação das faltas pessoais e faltas funcionais que, posteriormente, viria a interferir na competência dos tribunais. A primeira refere-se aos erros desconectados das funções normais desenvolvidas pelo servidor, devendo a responsabilidade neste caso ser apurada nos termos da lei civil e perante o tribunal judiciário, enquanto as funcionais, relacionadas com as faltas praticadas em virtude da estreita relação com o serviço, poderiam gerar uma responsabilidade estatal, a ser determinada pelo tribunal administrativo.⁴⁰⁶

José Joaquim Gomes Canotilho:

Entra, neste momento, em jogo, a complexa distinção entre “*faute de service*” e “*faute personnelle*”, com as conseqüentes subdistinções entre “*fautes*” destacáveis do serviço e “*fautes*” inseparáveis do exercício das funções. Quando se tratar de uma falta pessoal exterior ao serviço, a competência é exclusivamente judiciária; se estamos em presença de uma falta pessoal do agente, cometida no serviço ou por ocasião do serviço, há uma dupla responsabilidade: a do funcionário, accionável perante a jurisdição civil, e a do serviço efectivada perante a jurisdição administrativa.⁴⁰⁷

E para Caio Tácito:

A distinção entre essas duas formas de responsabilidade repousa na oposição fundamental entre a falta de serviço e a falta pessoal. A primeira decorre do funcionamento dos serviços públicos, sendo imputável à administração, que por ela responde. A segunda é ato autônomo do funcionário, que se destaca do exercício de suas funções (*faute détachable*), incidindo o ônus da reparação do dano sobre o patrimônio pessoal do servidor público.⁴⁰⁸

A consolidação desse posicionamento só ocorreu, no entanto, em 30/07/1873⁴⁰⁹ com a decisão do Tribunal de Conflitos, no caso Pelletier, na qual se afirmou que “*se o decreto abrogou o art. 75, não modificou o princípio da separação dos poderes, o qual, no entanto,*

⁴⁰⁵ Ibid., p. 31.

⁴⁰⁶ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 31.

⁴⁰⁷ CANOTILHO, 1974, p. 52.

⁴⁰⁸ TÁCITO, 1959, p. 266.

⁴⁰⁹ Posterior, portanto, à decisão do caso Blanco, de 08/02/1873.

teria sido violado se os prejuízos administrativos fossem uniformemente imputados aos funcionários e reparados pelos tribunais judiciários, levados assim a imiscuir-se no funcionamento da Administração”⁴¹⁰ Trata-se de um processo movido pelo editor de um jornal contra o General Louis de Ladmiraull e contra o prefeito de Oise requerendo ressarcimento de perdas e danos, em razão da apreensão do primeiro número de um jornal, editado pelo jornalista Pelletier. A ação foi proposta perante a jurisdição civil, uma vez que tinha a intenção de responsabilizar pessoalmente os agentes citados. No julgamento explicitou-se de forma efetiva a diferença entre a falta pessoal e a falta do serviço, “*caracterizada a primeira por sua independência em relação ao serviço público, matizada a segunda por sua estreita conexão com o serviço, não obstante ficasse claro o comportamento faltoso do funcionário.*”⁴¹¹ A partir de então firmou-se a possibilidade de análise combinada das duas situações, o que dificilmente ocorria porque se acreditava serem excludentes a responsabilidade do Estado e do agente⁴¹², devendo as faltas pessoais serem examinadas nos termos do direito privado e perante os tribunais judiciais, e as faltas do serviço, consideradas como responsabilidade da Administração, serem julgadas pelo juiz administrativo, dando-se ao ofendido a opção de acionar o servidor ou a Administração.⁴¹³

De acordo com Jacira Nunes Mourão:

A decisão dada pelo Tribunal de Conflitos no caso “Pelletier” no dia 30.7.1873, ofereceu os elementos necessários, ao distinguir entre os feitos considerados danosos que constituem faltas de seus autores e podem ser apreciados fora do exame da Administração, separadas do exercício normal de suas funções, comprometendo uma responsabilidade, devendo ser julgado nos termos do Direito Privado perante os Tribunais Judiciais.

Quanto aos atos considerados danosos, não separados como constituindo falta do serviço, acarretarão a responsabilidade das pessoas jurídicas perante os Tribunais Administrativos.

Este caso diferenciou as faltas imputadas aos agentes da Administração em duas categorias: à falta do pessoal, que não era vinculada ao serviço e pela qual o funcionário deveria responder perante os Tribunais Judiciais, e a falta do serviço, de atuação defeituosa, porém não separada do serviço, pela qual

⁴¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 31.

⁴¹¹ Ibid., p. 95.

⁴¹² Ibid., p. 95.

⁴¹³ MOURÃO, 1978, p. 69.

a administração pode ser considerada responsável perante o juiz administrativo.

A responsabilidade, segundo a natureza da falta, ou seja pessoal ou de serviço, que cause danos a terceiros, fixou nesse período a teoria da acumulação de responsabilidades, que dá ao prejudicado a opção de agir contra o funcionário ou contra a Administração.⁴¹⁴

Essas são demonstrações da importância da criação pretoriana da jurisdição administrativa que, progressivamente, determinou a consolidação de teorias envolvendo a responsabilidade civil do Estado.

Deste modo, consoante já examinado, superando-se as teorias da irresponsabilidade e civilista, esta apresentada em três modalidades, - responsabilidade pessoal do servidor; divisão entre atos de gestão e atos de império, que determinava a obrigação reparatória estatal somente quando verificada a primeira espécie de ato e, ainda, quando os danos fossem provenientes da culpa de servidor; e responsabilidade do Estado em decorrência de ato ilícito de seu agente, aplicando-se, neste caso o tratamento legal previsto no ordenamento civil francês para a responsabilidade dos patrões pelos atos de seus empregados, ocorreram novos progressos e delineou-se a responsabilização direta do Estado, embora ainda não estivesse superada a subjetividade da obrigação reparatória. O marco teórico para esta nova fase é justamente o caso Blanco, que fornece os primeiros subsídios para delimitar a teoria da culpa administrativa (ou culpa do serviço, culpa anônima, culpa publicista ou ainda teoria da falta do serviço). E este é o estudo que será exposto a seguir.

3.3.3 Teoria da culpa administrativa, da culpa do serviço, da culpa anônima, da culpa publicista ou da falta do serviço⁴¹⁵

⁴¹⁴ Ibid., p. 69.

⁴¹⁵ Advirta-se que esta teoria, por representar uma fase de transição entre a responsabilidade subjetiva clássica, em que se fazia necessária a difícil comprovação, pelo ofendido, da culpa do agente, e a responsabilidade objetiva, para alguns autores, como o caso de Odete Medauar (MEDAUAR, op. cit., p. 429), José Cretella Junior (CRETELLA JUNIOR, 1980, p. 70), tal teoria ainda enquadra-se na concepção civilística, entretanto, para outros doutrinadores, como Yussef Said Cahali (CAHALI, op. cit., p. 22), e José de Aguiar Dias (DIAS, op. cit., p. 564-565), Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, op. cit., p. 610), a teoria da falta do serviço/culpa da Administração já se insere na concepção publicística.

Já se examinou a importância do caso Blanco para o desenvolvimento desta teoria. Há, no entanto, outro julgado que se tornou conhecido como caso Anguet, decisão de 03/02/1911 que, do mesmo modo, representa a fase de transição entre a teoria civilista e a teoria da falta do serviço.

O Sr. Anguet estava no interior de uma agência postal, na França, quando o estabelecimento fechou antes do horário previsto. Como não podia mais utilizar a porta de entrada da agência, foi orientado a deixar o prédio por uma saída nos fundos. Dois carteiros estranharam sua presença e o retiraram do recinto, fazendo isto, porém, com tamanha violência, que o Sr. Anguet acabou por ter a sua perna fraturada. Este cidadão propôs, então, ação indenizatória perante o Tribunal Administrativo. O Estado, contudo, argumentou que, por se tratar de falta pessoal dos servidores, o processo deveria ser discutido na jurisdição comum. Apesar da alegação, o Conselho de Estado, mesmo admitindo a caracterização da culpa dos agentes, estabeleceu outra fundamentação para a decisão, que corresponde ao núcleo da teoria da culpa anônima, qual seja o mau funcionamento do serviço público, caracterizado pelo fato de o local ter fechado antes do horário regulamentar, bem como pelo desnível na porta de saída que também teria acarretado a queda do postulante da indenização.^{416 417}

José de Aguiar Dias comenta os fundamentos da decisão e a sua importância para a teoria ora apreciada:

De acordo com o critério civilista, sendo manifesta a culpa dos carteiros (aliás condenados penalmente pelas lesões infligidas ao autor), o juiz teria baseado a responsabilidade do estado nesse fato de seus agentes. Não foi o que fez o Conselho de Estado: estabeleceu a existência da falta do serviço público, demonstrando o seu mau funcionamento e apontando as faltas anônimas que o revelavam. Verificou-se que alguém, para apressar a hora do fechamento, adiantou o relógio da repartição, coisa que não poderia suceder em serviço bem organizado. Assinalou a existência de um ressalto na porta, causa imediata do acidente. Ora, numa agência materialmente bem aparelhada, tal defeito não deveria apresentar-se. Portanto, havia falta do

⁴¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 79.

⁴¹⁷ DIAS, op. cit., p. 566.

serviço, em indagar quem teria adiantado o relógio, quem ordenara o estabelecimento do ressalto ou quem o tolerava. 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.⁴¹⁸

Sendo assim, a teoria da culpa administrativa, da culpa anônima ou da falta do serviço representa o fim da necessidade de se provar individualmente a culpa do agente público, passando a obrigação indenizatória a relacionar-se diretamente à falha do serviço em curso, “quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.”⁴¹⁹ A prova do não funcionamento, porém, permanecia sendo ônus da vítima/administrado.⁴²⁰

Hely Lopes Meirelles:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a *falta do serviço* para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio *falta do serviço/culpa da Administração*. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*. Esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter a indenização.⁴²¹

Inobstante a desnecessidade de se provar a culpa individual do servidor, razão pela qual esta teoria também pode ser designada como culpa anônima já que a falha do serviço independe da falta do agente⁴²² a dificuldade de se obter a reparação dos prejuízos causados pela atividade estatal ainda não satisfazia e protegia devidamente os lesados pela atividade administrativa, visto que se fazia necessário um parâmetro de funcionamento para que ficasse caracterizada a falta do serviço, o que dificilmente existia⁴²³. Além disso, pode-se atribuir a

⁴¹⁸ DIAS, op. cit., p. 565-566.

⁴¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1978, p. 45.

⁴²⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 367.

⁴²¹ MEIRELLES, op. cit., p. 611.

⁴²² DIAS, op. cit., p. 566.

⁴²³ MEDAUAR, op. cit., p. 429-430.

difícil caracterização da responsabilidade estatal ao fato de a teoria permanecer no campo da responsabilidade subjetiva, pois se trata ainda da falta e não do fato do serviço⁴²⁴.

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto.⁴²⁵

O que deixou de se exigir foi a prova do dolo, da imprudência, da negligência ou da imperícia de um servidor individualizado, permanecendo, portanto, a noção de culpa, agora a ser identificada no próprio serviço. A abstração da idéia de culpa e a construção da teoria da responsabilidade objetiva estatal, com base, portanto, na teoria do risco somente ocorre na fase subsequente.

3.3.4. Teoria da responsabilidade objetiva

Por fim, do mesmo modo, que na teoria geral da responsabilidade civil, ao se estudar especificamente a obrigação reparatória estatal também se vislumbra uma evolução da culpa ao risco.

Assim, com o desenvolvimento da responsabilidade objetiva estatal, o ressarcimento dos danos aos administrados passou a ser imposto à Administração independentemente da análise da culpa, seja do agente ou, de forma anônima, do próprio Poder Público, como ocorria, respectivamente na teoria civilista e na fase da culpa administrativa, bastando, portanto, a existência de um dano sofrido pela vítima e o nexo de causalidade existente entre este e a atuação estatal.⁴²⁶ Como já explanado⁴²⁷, o princípio da igualdade é um dos principais fundamentos da responsabilidade estatal, e com a responsabilidade objetiva a sua

⁴²⁴ A necessidade da configuração tão-somente de um fato administrativo que causasse danos aos administrados situa-se no âmbito da teoria do risco administrado, que será examinada no item 3.3.4.

⁴²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 615.

⁴²⁶ Advirta-se que aqui se apresenta a generalização da teoria do risco, entretanto, os pressupostos específicos para a caracterização da responsabilidade objetiva estatal, com base na sistemática brasileira atual, serão apresentados no item 4.4.

⁴²⁷ Vide item 3.2.

incidência tornou-se ainda mais evidente, pois mesmo que não haja qualquer comportamento censurável, haverá o dever de partilha dos encargos e dos ônus das atividades administrativas, pois o lesado não deve suportar os prejuízos decorrentes de um benefício dirigido a toda a coletividade.

Funcionando bem, ainda assim o Estado poderia causar dano a outrem, e por isso é equivocado afirmar-se que se condiciona a responsabilidade civil do Estado a alguma falha ou a algum mau funcionamento do serviço público se repartem entre todos, também os prejuízos devem-no ser. É o que a doutrina sintetiza como Princípio da Repartição Equitativa dos Ônus e Encargos Públicos.⁴²⁸

Ademais a prestação de serviços públicos, mesmo que desenvolvida para a promoção do bem comum possui riscos inerentes, que devem, portanto, ser assumidos pela Administração, o que vem a determinar, por conseguinte, sua obrigação indenizatória.

Partindo-se destas considerações assevera-se que, na construção da responsabilidade civil objetiva da Administração, surgiram teorias com o objetivo de caracterizar o risco gerado pelas atividades estatais, destacando-se, então, as teorias do risco integral e do risco administrativo. Para a primeira basta a verificação do dano para a responsabilização do Ente Público, não se admitindo, por conseguinte, excludentes de responsabilidade. Já para a teoria do risco administrativo, o Estado não fica obrigado a reparar o dano quando existirem excludentes.

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.⁴²⁹

Portanto, com a consagração da responsabilidade objetiva, na modalidade da teoria do risco administrativo, não há mais espaço para se falar em falta do serviço, mas tão-somente em fato do serviço.

⁴²⁸ ALVES, op. cit., p. 73.

⁴²⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 612.

3.4 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no Brasil

O histórico da responsabilidade civil do Estado na ordem internacional, impulsionado, principalmente, pela produção teórica e jurisprudencial francesa⁴³⁰, reflete no Direito brasileiro, sendo que as especificidades do sistema nacional, passam a ser examinadas neste momento.

Durante o período do Brasil-Colônia prevaleceu a doutrina da irresponsabilidade, predominante em Portugal, que adotava neste período o regime monárquico absoluto, fazendo valer, portanto, a identidade do soberano, Estado e Direito e justificando qualquer dano pela supremacia e pela presunção absoluta da inexistência de erro estatal.⁴³¹

Após a Proclamação da Independência, em 07/09/1822, e iniciando o Brasil a construção de seu próprio ordenamento jurídico desatrelado, portanto, das disposições da Coroa, não mais se admitiu a não obrigatoriedade indenizatória estatal nos termos absolutos da teoria da irresponsabilidade, sendo que “*constitucionalmente, no Brasil sempre houve essa previsão da responsabilidade civil*”⁴³².

Mas, muito embora sujeitas ao conhecimento do Contencioso Administrativo as questões diversas, de que acima se fez menção, uma coisa se pode, todavia, assegurar com inteira verdade: é que no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a *irresponsabilidade* do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes. – Se não havia, nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da *responsabilidade civil* do Estado; nem por isso é menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e a julgar do teor das suas disposições consagradas e dos numerosos julgados dos tribunais de justiça, e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir, - que a teoria, aceita no país, tem sido *sempre* a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para freqüentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado represente e tem por missão realizar em nome do bem comum.⁴³³

⁴³⁰ Vide item 3.3.2.1.

⁴³¹ OLIVEIRA, José Carlos de., op. cit., p. 21.

⁴³² ALVES, op. cit., p. 82.

⁴³³ CAVALCANTI, op. cit., p. 611.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25/03/1824, em seu artigo 179, nº 29⁴³⁴, tratava expressamente da responsabilidade pessoal do servidor. A redação demonstra que a responsabilização ocorria sobre “os empregados públicos”⁴³⁵, porém, tal dispositivo não foi interpretado como uma excludente da obrigação reparatória estatal, pois se entendia “*haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes*”⁴³⁶.

Em seu artigo 82⁴³⁷, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891, apresentou dispositivo equivalente ao da Carta de 1824, só que agora não mais se referindo a empregado público, mas sim a funcionário público⁴³⁸.

A Lei Federal nº 221, de 1894, em seu artigo 13, § 10, “*estabelecia a competência do Poder Judiciário para julgar as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenizações de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo governo da União contra particulares e vice-versa*”.⁴³⁹

Ao lado de tais preceitos, Amaro Cavalcanti cita dispositivos específicos, que delineavam a responsabilidade civil do Estado, já que de fato não existia ainda uma norma geral que estabelecesse efetivamente a obrigação reparatória da Administração Pública. Destacavam-se, então, os seguintes: Decreto n. 1930, de 26 de abril de 1857, Código

⁴³⁴ Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, art. 179, nº 29: “*Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subordinados*”.

⁴³⁵ Para Vilson Rodrigues Alves: “*aludia-se, por um lado, ‘a empregados públicos’, mas por outro trazia-se a caracterização deles como pessoas com ‘exercício de funções’, evidentemente públicas. [...] O ‘empregado público’ entendia-se quem exercia função pública, e nesse sentido tinha-se coextensividade entre exercício de função pública e empregado público. Esse ‘empregado’ não era, então, o que hoje é o ‘funcionário’, uma vez que pode haver ao lado do funcionário público o que, não no sendo, seja empregado contratado para o exercício da função pública. O discrimine operava-se com o exercer, ou não, essa função com uma parcela de autoridade.*” (ALVES, op. cit., p. 83)

⁴³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1978, p. 50.

⁴³⁷ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, artigo 82: “*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. Parágrafo único. O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres.*”

⁴³⁸ E novamente para Vilson Rodrigues Alves: “*‘Funcionário Público’, aí já se considerava não apenas o ‘funcionário público’ stricto sensu, mas todo aquele que praticasse o ato ou não se abstinisse do não-ato no exercício de função pública. O pressuposto mínimo a indenizabilidade, por eles, era a conduta positiva abusiva, ou negativa culposa, assim como o comportamento indulgente ou negligente na responsabilização do causador imediato do dano a outrem; a fortiori, se à base estivesse o dolo.*” (ALVES, op. cit., p. 84)

⁴³⁹ OLIVEIRA, José Carlos de., op. cit., p. 22.

Comercial, nos artigos 99 e seguintes, Decreto n. 9417, de 25 de abril de 1885, todos estes referentes aos danos provocados em estradas de ferro; Decreto n. 1663, de 30 de janeiro de 1894, no artigo 552 e Decreto n. 4053, de 24 de junho de 1901, artigo 538, relativos aos danos provocados em propriedades particulares pela instalação de linhas telegráficas; Decreto n. 1692 A, de 10 de abril de 1894, artigo 8º e Decreto n 2230, de 10 de fevereiro de 1896, art. 6º, concernentes à responsabilidade da União quanto ao serviço especial dos Correios; Consolidação das leis das alfândegas e mesas de rendas, artigos 246 a 250, relacionados aos prejuízos causados pelo serviço aduaneiro, dentre outros dispositivos.⁴⁴⁰

Pelo seu valor histórico e por demonstrar a relação entre a evolução das teorias que tratam da responsabilidade estatal, já examinada acima⁴⁴¹, e seu progresso no cenário brasileiro, interessante investigar o trâmite dos trabalhos do projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua, uma vez que, dentre as redações sugeridas, chegou-se a defender a teoria por atos de gestão e de império, assim como a teoria da falta pessoal do agente.

Originariamente o texto do preceito que tratava da obrigação indenizatória do Estado estava assim disposto, de acordo com Amaro Cavalcanti⁴⁴²:

No Projeto primitivo, elaborado por CLÓVIS BEVILAQUA, a responsabilidade civil estava expressamente articulada nestes termos: As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos causados por seus representantes: 1º Quando êstes obrarem no exercício da porção de poder público que lhes é confiado, se a lei não tiver determinado, para o caso, a simples responsabilidade do funcionário; 2º Quando, em nome delas praticarem atos de direito privado, dentro dos limites de suas atribuições (Proj. cit., art. 42). E consoantemente, no título das *obrigações resultantes dos atos ilícitos*, se dizia: A responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, a que se refere o art. 42, nº I, pode provir da omissão do funcionário no cumprimento dos deveres, que lhe incumbem, ou do mau uso da porção de poder público que lhe é confiado (art. 1647). Mais ainda: “Todo aquêle que responde pelo dano causado do autor o que houver pago por ele, salvo se êste for seu descendente. Esta disposição aproveita à União, aos Estados e aos Municípios, quando repararem danos causados por seus funcionários” (art. 1648).⁴⁴³

⁴⁴⁰ CAVALCANTI, op. cit., p. 614-621.

⁴⁴¹ Vide item 3.3.

⁴⁴² A obra de Amaro Cavalcanti teve a sua primeira edição em 1905, ou seja, antes da entrada em vigor do Código Civil de Clóvis Beviláqua, não sendo apresentado na mesma, portanto, o desfecho das discussões para os preceitos da responsabilidade civil do Estado no Estatuto Civil de 1916.

⁴⁴³ CAVALCANTI, op. cit., p. 618-619.

Abstrai-se do texto do projeto a presença da noção de falta pessoal do servidor, quando se afirma no artigo 42, 1º, a possibilidade de a lei prever a simples responsabilidade do funcionário; da teoria civilista baseada nos atos de gestão (42, 2º), obrigando as pessoas jurídicas de direito público a responderem pelos danos quando o servidor tiver praticado em seu nome atos de direito privado; bem como da teoria civilista sob a modalidade da responsabilidade civil por ato de terceiro, no artigo 1647. Ressalta-se que pela interpretação conjunta dos preceitos dispostos na redação original do projeto, principalmente a do artigo 1647, não havia uma limitação da responsabilidade estatal aos casos de danos provenientes de atos de gestão, sendo esta apenas uma das hipóteses.

A Comissão do Governo ficou responsável pela revisão do Projeto, alterando a redação do artigo 42, nº 1 e eliminando o artigo 1647:

No Projeto, revisto pela *Comissão do Govêrno*, foi conservado o art. 42, assim redigido: As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos causados por seus representantes: 1º Quando êstes agirem no exercício de suas funções, exceto se praticarem abusos ou omissões, pelos quais serão os únicos responsáveis; 2º Quando em nome delas praticarem os atos de direito privado, dentro dos limites das suas atribuições. Ao tratar, porém, das *obrigações resultantes de atos ilícitos*, a Comissão suprimiu o disposto no art. 1.647 do Projeto-Bevilaqua, conservando, apenas, o do art. 1.654, posto agora sob o número de art. 1.826.⁴⁴⁴

Constata-se que a nova disposição limitou consideravelmente a responsabilidade estatal, principalmente pela supressão do artigo 1647, restando a hipótese da falta pessoal do funcionário que, aliás, foi disposta com maior ênfase ao se dispor no artigo 42, nº 1 “*pelos quais serão os únicos responsáveis*”, e da responsabilidade resultante dos atos de gestão.

Ao ser aprovado pela Câmara o projeto restringiu ainda mais a obrigação reparatória estatal. A redação do artigo 42 foi alterada e excluiu-se os demais, ficando evidente a limitação da responsabilidade aos casos de danos advindos dos atos em que o Estado atuasse como um particular na gerência de seu patrimônio, ou seja, reduzindo a obrigação reparatória aos atos de gestão. É o que afirma Amaro Cavalcanti:

⁴⁴⁴ Ibid., p. 619.

No Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, a única disposição adotada sobre a matéria é a seguinte: As pessoas jurídicas de direito público só responderão pelos danos causados por seus representantes, quando êstes, em nome delas, praticarem atos de direito privado dentro dos limites das suas atribuições (art. 15). No título das *obrigações resultantes de atos ilícitos* não se faz mais nenhuma referência às pessoas de direito público. E', como se vê, uma disposição assaz restritiva, incompleta, e cuja redação obedecera evidentemente à idéia de implantar no Código Civil a teoria conhecida da distinção dos atos públicos, em atos de *império* e atos da *gestão*, tornando o Estado somente responsável pelos danos provenientes dos últimos; doutrina, que certamente não satisfaz aos interesses da justiça [...]. Evidentemente, a disposição do Projeto-Bevilaqua assentava em fundamentos mais sólidos de razão e justiça. Emendou-se para pior.⁴⁴⁵

A abordagem deste tema no Código Civil foi ainda alvo de outras discussões, que resultaram na redação expressa no artigo 15⁴⁴⁶, do Código Civil de 1916. Felizmente, foram superadas as restrições aventadas durante a votação do projeto, sendo a mais grave, indubitavelmente, a que limitava a responsabilidade estatal aos danos causados pelos atos de gestão. A articulação final do dispositivo, entretanto, não isentou a matéria de interpretações divergentes, havendo defensores tanto para a doutrina civilista com fundamento na noção da responsabilidade civil por ato de terceiro, quanto para a teoria da falta do serviço, e até entendimentos híbridos, com formulações específicas.

José de Aguiar Dias, por exemplo, explana, com peculiaridade, que a responsabilidade estatal nos termos do Código Civil de 1916, estava baseada na culpa do servidor, mas não do Estado, ou seja, não segue o entendimento clássico da responsabilidade por ato de terceiro, que então exigia um ato ilícito do preposto e também a atuação culposa do preponente.

A artificiosidade da teoria da culpa como fundamento único da responsabilidade civil se mostra também aqui, quando não seja possível falar em culpa do Estado. Demos como positivada, em caso exemplar do direito do particular, a culpa do funcionário autor do dano: automaticamente, o Estado responde, isto é, fica estabelecido o seu dever de reparar. Isso sem indagar se agiu levemente na escolha ou se não exerceu a necessária vigilância sobre o agente.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Ibid., p. 620.

⁴⁴⁶ Código Civil, 1916, artigo 15: "*As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por ato dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.*"

⁴⁴⁷ DIAS, op. cit., p. 560.

Já para Vilson Rodrigues Alves, o artigo 15 do Código Civil de 1916 teria adotado a teoria da falta do serviço, mas também não a trata de forma tradicional, já que como visto acima⁴⁴⁸, tal teoria não exigia a atuação culposa individualizada do agente, o que, no entanto, observa-se na interpretação desenvolvida pelo autor que se recusava a combinar a aplicação do artigo 15 às regras da responsabilidade civil do patrão por ato de seu empregado, dispostas no artigo 1521, inciso III e 1523, justificando este posicionamento pelo fato de o assunto ter sido tratado em dispositivos distintos e específicos:

[...] o pressuposto a que o Código Civil se reporta nesse art. 15 é claro, e refere-se a terem os “representantes” agido positiva ou negativamente *de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*; portanto, hipóteses em que o serviço público funcionou, mas mal ou tardiamente, ou em que o serviço público não funcionou, com a configuração da *culpa in committendo, da culpa in procrastinando, da culpa in omittendo*. Então, aí também, *no plano regrado no Código Civil*, a responsabilidade do Poder Público se assenta na culpa de seus agentes, porque não se verificando como *minimum* essa contrariedade a dever jurídico preexistente, responsabilidade civil estatal não existiria.⁴⁴⁹

E, a posição doutrinária majoritária identifica no artigo a teoria civilista, baseada no dolo ou culpa do agente público. É o que fazem Odete Medauar⁴⁵⁰, José Cretella Júnior⁴⁵¹, José Carlos de Oliveira⁴⁵², José dos Santos Carvalho Filho, que afirma que “*os pressupostos aí consignados – o procedimento contrário ao direito e a falta a dever prescrito por lei – revela que a responsabilidade estatal não se configuraria diante de fatos lícitos, mas, ao contrário, só diante de atos culposos*”⁴⁵³. Estes autores, todavia, silenciam acerca da posição do Estado e, portanto, se entenderem não ser necessário o comportamento culposo do Ente Público, posicionam-se ao lado de José de Aguiar Dias, não acatando a idéia da clássica teoria civilista baseada na responsabilidade por ato de terceiro, que exigia o ato ilícito do empregado e também a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do empregador para fins ressarcitórios. A leitura

⁴⁴⁸ Vide item 3.3.3.

⁴⁴⁹ ALVES, op. cit., p. 80.

⁴⁵⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 431.

⁴⁵¹ CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 89.

⁴⁵² OLIVEIRA, José Carlos de., op. cit., p. 22-23.

⁴⁵³ CARVALHO FILHO, op. cit., p.367-368.

dos doutrinadores mencionados indica que interpretam o artigo 15 do Código Civil de forma similar ao disposto por José de Aguiar Dias, e entendendo que, de forma sutil, o ordenamento civil de 1916 já teria estabelecido tratamento diferenciado para a responsabilidade civil estatal e para a obrigação reparatória de danos causados por ato de terceiro no âmbito, portanto, das relações privadas.

Em 1934, o Decreto nº 24.216, de 09/05/1934, em seu artigo 1º⁴⁵⁴ tentou limitar a responsabilidade civil do Estado ao excluí-la na situação em que o agente administrativo tivesse incidido em um tipo penal, o que não prevaleceria se após a ciência do ato o servidor fosse mantido no cargo.⁴⁵⁵ Novamente, destacava-se a idéia da atuação do servidor desconectada da atividade administrativa.

Essa norma, todavia, teve curta duração, pois em 16/07/1934 já foi promulgada a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que estabeleceu em seu artigo 171⁴⁵⁶ a responsabilidade solidária da Fazenda Pública e dos funcionários⁴⁵⁷, por quaisquer danos provenientes “*de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos*”.

Assim, havida a lesão a outrem causada por ele, nada importando se no exercício da função pública se houvesse conduzido com negligência, omissão, abuso ou, *a fortiori*, dolo, o sistema era então o da responsabilidade civil solidária.

Por isso mesmo, embora a solidariedade passiva, no plano do direito material, não implique na esfera do direito processual litisconsórcio passivo necessário, mas unitário, estabelecia o art. 171, § 1º, que “na ação proposta

⁴⁵⁴ Decreto n. 24.216, de 09/05/1934, artigo 1º: “A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos dos seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho dos seus serviços, salvo se neles forem mantidos após sua verificação.

⁴⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1978, p. 51

⁴⁵⁶ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, artigo 171. “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer 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 funcionários, este será sempre citado como litisconsorte.

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

⁴⁵⁷ ALVES, op. cit., p. 85: “Do mesmo modo que sob o direito constitucional anterior, aqui também ‘funcionário público’ era todo aquele que praticasse ato ou incorresse em omissão no exercício de uma função pública, sem se dever entrar, sequer, na apuração da legalidade ou ilegalidade da investidura.”

contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte”; portanto, *necessário*.

A sistemática era, então, a de nulidade, acaso não-operada essa citação, até porque estatuiu o art. 171, § 2º, a extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda Pública, quando dizia que “executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.”

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10/11/1937, repetiu em seu artigo 158⁴⁵⁸ o dispositivo 171 da Carta anterior, excluindo apenas os parágrafos que tratavam da citação do funcionário como litisconsorte e da execução contra o funcionário culpado.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18/09/1946, inova ao estabelecer a responsabilidade objetiva em seu artigo 194⁴⁵⁹. Inobstante pareça evidente a acolhida da teoria do risco, tendo diversos autores, como Odete Medauar⁴⁶⁰, José Cretella Júnior⁴⁶¹, Hely Lopes Meirelles⁴⁶², José dos Santos Carvalho Filho⁴⁶³, José Carlos de Oliveira⁴⁶⁴, Vilson Rodrigues Alves⁴⁶⁵, Yussef Said Cahali⁴⁶⁶ e José de Aguiar Dias⁴⁶⁷ adotado este entendimento, quando da promulgação da citada Carta Magna, inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais se manifestaram.

Weida Zancaner Brunini atesta o dissenso estabelecido:

Face à letra da lei, muitos doutrinadores afirmavam haver o legislador constituinte escolhido a teoria objetiva, com o fito de, através desta teoria e somente desta, imputar à Administração Pública os danos que seus órgãos ou agentes causassem a terceiros.

Entretanto, não houve consenso, pois um número ponderável de doutrinadores rechaçou, de pronto, tal posição, estabelecendo mesmo um entendimento que expressava não haver a Constituição de 1946 derogado a teoria subjetiva, chegando-se a dizer que o art. 194 havia fincado, de forma

⁴⁵⁸ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, artigo 158: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.”

⁴⁵⁹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, art. 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

⁴⁶⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 431.

⁴⁶¹ CRETELLA JUNIOR, 2000, p. 90.

⁴⁶² MEIRELLES, op. cit., p. 614.

⁴⁶³ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 368.

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, José Carlos., op. cit., p. 22.

⁴⁶⁵ ALVES, op. cit., p. 90.

⁴⁶⁶ CAHALI, op. cit., p. 30.

⁴⁶⁷ DIAS, op. cit., p. 578.

ainda mais decisiva o subjetivismo, para, através dele, responsabilizar a Administração Pública.

A argumentação que reconhece a teoria do risco administrativo no artigo 194 da Constituição de 1946 é de certa forma homogênea e baseia-se, principalmente, no fato de a caracterização da culpa somente ser requerida para a propositura da ação regressiva das pessoas jurídicas de direito público interno contra o funcionário causador do dano, conforme disposto no parágrafo único do citado dispositivo, concluindo-se que esse elemento volitivo, por não ser invocado no *caput*, não é exigido para a configuração da responsabilidade estatal. Deste modo, mesmo que o agente não tivesse atuado com culpa ou não fosse identificado, a Administração teria que indenizar os danos causados a terceiro, cabendo investigação sobre a subjetividade da conduta do funcionário tão-somente para o Estado ressarcir-se regressivamente do valor pago a título de indenização, orientação que teria, então, afastado a teoria da responsabilidade subjetiva prevista no art. 15 do Código Civil de 1916.

Mas, apesar de atualmente estar consagrado o mérito da Constituição de 1946 por ter inovado ao estabelecer a responsabilidade civil estatal objetiva, muitas foram as alegações em sentido contrário. Veja-se.

Alfredo de Almeida Paiva critica⁴⁶⁸ o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível nº 58.698) julgado em 30/05/1952 que, ao decidir sobre indenização requerida pela viúva e filho de José da Silva, falecido ao viajar ao lado da entrevista de um bonde da *The City of Santos Improvements Co. Ltda* e ser apanhado por um caminhão da Prefeitura Municipal de Santos, acolheu a tese da responsabilidade objetiva do Estado. O aresto restou assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- A responsabilidade civil do Estado, em face do preceito constitucional, é puramente objetiva e independe da prova de culpa.
- O conceito de funcionário, para esse efeito, é amplo e abrange todos quantos exerçam função pública, ainda que ilegalmente nela investidos.

⁴⁶⁸ PAIVA, 1953, p. 90.

- Interpretação do art. 194 da Constituição.⁴⁶⁹

Para o comentarista da decisão, o artigo 15 do Código Civil permaneceu em pleno vigor, mesmo após a Constituição de 1946, expressando-se da seguinte maneira:

Ao fixar o princípio da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, o legislador constituinte não se inclinou para nenhuma das correntes que disputam, entre si, a solução da controvérsia adotando qualquer das teorias existentes a respeito. Assim agiu a nosso ver, não só por pretender incluir no dispositivo constitucional todos os casos de responsabilidade, como, também, porque entende mais acertado reservar ao legislador ordinário a faculdade de adotar no futuro, a teoria que lhe parecesse mais acertada e aconselhável, mantendo ou alterando o sistema vigente.

A interpretação a *contrario sensu*, do parágrafo único do art. 194, não se reveste do sentido e extensão que se lhe pretende emprestar, de molde a autorizar a conclusão de que o referido dispositivo constitucional houvesse consagrado a teoria do risco.⁴⁷⁰

E, conclui:

Não nos parece, portanto, acertada e digna de ser seguida a conclusão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão ora comentado, ao afirmar que, em face do art. 194 da Constituição de 1946, e puramente objetiva e independente de prova de culpa, a responsabilidade civil do Estado.

Enquanto não fôr revogado ou modificado pelo legislador ordinário o art. 15 do Código Civil, que continua em pleno vigor, não é possível adotar-se, como regra geral, a teoria do risco, não obstante a defendam juristas da categoria de Amaro Cavalcanti, Filadelfo Azevedo e Aguiar Dias.⁴⁷¹

O acórdão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 20.372 de 25/04/1958⁴⁷², que manteve a condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento de indenização à Empresa Cine Teatro Santa Helena em decorrência de danos causados por multidão não contida pela polícia, representa a discordância dos julgadores sobre o tema. Os Ministros Orosimbo Nonato e Ribeiro da Costa filiam-se à corrente objetiva; o Ministro A. Villas-Boas adota a teoria da falha do serviço; enquanto o Ministro Nelson Hungria afirma que *“nessa matéria de responsabilidade civil, sou fiel ao Código Civil e romanista até à raiz*

⁴⁶⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 58.698. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 53, jul./set. 1953, p. 84.

⁴⁷⁰ PAIVA, op. cit., p.87.

⁴⁷¹ Ibid., p. 91.

⁴⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 20.372, de Minas Gerais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 53, p. 84-91, jul./set. 1953.

dos cabelos”⁴⁷³ e que “a chamada teoria do risco ou da responsabilidade sem culpa não é um progresso, mas um regresso a épocas primitivas”⁴⁷⁴. Por fim, a ementa do aresto reflete a discussão, uma vez que se coloca em uma ótica publicística, sem, portanto, especificar a acolhida da teoria do risco ou da falta do serviço.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CULPA ADMINISTRATIVA – RISCO

- Responde o Estado pelos danos decorrentes da negligência ou do mau aparelhamento do serviço público.⁴⁷⁵

Caio Tácito, ao examinar a decisão acima apresentada, conclui que ela se ateve aos princípios da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa, no entanto, diversa daquela imputada ao particular.

É certo que a noção de culpa civil cedeu passo à de culpa administrativa, acolhendo-se, sob fórmulas várias, o princípio da falta anônima de serviço, ou seja, a compreensão de que o mau funcionamento do serviço público, ou a inércia da administração geram a obrigação de indenizar o dano.

A teoria do risco, não obstante a valia de seus ilustres prosélitos, não conquistou, ainda, a chancela dos pretórios, nem a unanimidade da doutrina.

[...]

A noção da culpa administrativa, fundada na falta impessoal de serviço [...] é a fórmula transaccional entre os deveres de boa administração e a estabilidade do patrimônio jurídico individual.

A sua adoção como fundamento de direito comum da responsabilidade administrativa encontra ressonância, entre nós, na jurisprudência mais progressista, reservando-se o princípio do risco aos casos excepcionais consagrados em lei.^{476 477}

A despeito de toda a divergência em torno do artigo em questão, acredita-se não haver dúvidas quanto à adoção da responsabilidade objetiva pela Constituição de 1946, na modalidade do risco administrativo, entendendo-se que a conflituosidade na interpretação do dispositivo é própria do momento de transição que se apresentava.

⁴⁷³ Ibid., p. 272-273.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 272-273.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 261.

⁴⁷⁶ TÁCITO, op. cit., 270-272.

⁴⁷⁷ Neste mesmo artigo, Caio Tácito exemplifica situações em que a lei francesa teria consagrado a responsabilidade objetiva: “A teoria do risco se apresenta, complementarmente, como fundamento da reparação em regimes especiais de responsabilidade, instituídos em lei, ou pela jurisprudência: o risco profissional pela invalidez em serviços militares ou civis, ou o risco social na indenização por danos de guerra (lei de 30 de outubro de 1946) ou em virtude de movimentos multitudinários ou de comoções intestinas (Lei de 5 de abril de 1884, modificada pela lei de 16 de abril de 1914). (TÁCITO, op. cit., 269).

A plausibilidade dessa conclusão pode ser extraída da manutenção da teoria do risco administrativo no artigo 105⁴⁷⁸ da Constituição do Brasil de 1967, de 24/01/1967, e no artigo 107⁴⁷⁹ da Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967, de 17/10/1969, para a qual se advirta que *“teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.”*⁴⁸⁰

Esses artigos, que tiveram apenas pequenas alterações no texto, mantiveram a orientação da Carta de 1946. Wilson Rodrigues Alves assevera que, na verdade, houve uma ampliação, já que não mais se referiu a pessoas jurídicas de direito público interno, mas a pessoas jurídicas de direito público, *“a abranger, pois, também as pessoas jurídicas de direito público de outros Estados, preenchidos os pressupostos de direito extranacional publicístico.”*⁴⁸¹

As divergências doutrinárias e jurisprudenciais foram sendo amenizadas com o transcorrer dos anos e com o amadurecimento das idéias, passando a teoria do risco a ser amplamente admitida. Todavia, em virtude de sua complexidade, muitos são os questionamentos pertinentes à matéria, aspectos que serão examinados no próximo capítulo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05/10/1988 em seu artigo 37, § 6º⁴⁸² reafirmou a responsabilidade civil objetiva do Estado,

⁴⁷⁸ Constituição do Brasil de 1967, artigo 105: *“As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único: Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”*

⁴⁷⁹ Constituição de 1969, artigo 107: *“As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único: Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa e dolo”.*

⁴⁸⁰ SILVA, José Afonso da., op. cit., p. 87.

⁴⁸¹ ALVES, op. cit., p. 90.

⁴⁸² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 37, § 6º: *“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes,*

sendo necessário fazer referência, ainda, aos dispositivos do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor, o que se reserva para o próximo capítulo, que se refere, portanto, à atual sistemática da responsabilidade civil estatal no Brasil.

4 A ATUAL SISTEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL: Administração Pública direta e indireta

4.1 Preceitos normativos que regulamentam a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico nacional

Destaca-se, na regulamentação normativa vigente à responsabilidade civil do Estado, o artigo 37, § 6º⁴⁸³, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; o artigo 43⁴⁸⁴, do Código Civil de 2002; e os artigos 3º, *caput*⁴⁸⁵; 4º, inciso VII⁴⁸⁶; 6º, inciso X⁴⁸⁷ e 22⁴⁸⁸ do

⁴⁸³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 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.”

⁴⁸⁴ Código Civil de 2002, artigo 43: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

⁴⁸⁵ Código de Defesa do Consumidor, artigo 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.”

⁴⁸⁶ Código de Defesa do Consumidor, artigo 4º, inciso VII: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos.”

⁴⁸⁷ Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso X: “São direitos básicos do consumidor: [...] X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

⁴⁸⁸ Código de Defesa do Consumidor, artigo 22: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”

Código de Defesa do Consumidor. No âmbito estadual, destaca-se o artigo 15⁴⁸⁹ da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, que repete a redação do artigo 37, § 6º da Carta Magna.

Em virtude da posição hierárquica do preceito da Constituição da República Federativa do Brasil, o mesmo será examinado prioritariamente e de forma detalhada, fazendo-se logo após, a relação com os dispositivos infra-constitucionais. Informa-se que, neste capítulo, proceder-se-á, ainda, ao estudo dos pressupostos específicos da obrigação reparatória estatal, da polêmica sobre qual doutrina deve disciplinar a responsabilidade estatal por omissão, e ainda, as excludentes que afastam a responsabilidade do Poder Público.

4.2 Análise dos elementos constitucionais

Genericamente, do exame do preceito constitucional em pauta, observa-se que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos, morais ou materiais, que seus agentes causarem a terceiros, independentemente da caracterização da culpa, confirmando, portanto, a adoção da responsabilidade civil objetiva, podendo, no entanto, a culpa ser apurada para o exercício pelo Estado da ação regressiva contra o agente que tiver agido com dolo, imprudência, negligência ou imperícia.

Entretanto, há inúmeras especificidades que devem ser investigadas.

Advirta-se, todavia, que no que concerne às pessoas responsáveis, delimitar-se-á o exame aos entes da Administração direta e indireta, inobstante a Carta Magna referir-se, com maior amplitude, a pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de

⁴⁸⁹ Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, artigo 15: “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.”

serviço público. Isto em razão do objeto do presente trabalho delimitar-se em dois âmbitos. Primeiramente, conforme já estudado⁴⁹⁰, a pesquisa abrange a responsabilidade civil estatal pelos danos provocados pela Administração Pública, sem alcançar, portanto, as especificidades do ressarcimento dos prejuízos decorrentes da função jurisdicional e legislativa. E o que ora se propõe, e que certamente representa a continuidade da primeira idéia apresentada, é a abordagem da obrigação reparatória estatal vinculada às noções de Administração Direta e Indireta, as quais, conforme a doutrina e a legislação⁴⁹¹, representam uma subdivisão da Administração Pública. Desta forma, será estabelecida a relação entre as pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, conforme disposto na Carta Magna, e os entes da Administração direta (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) e indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas), o que será complementado com a definição de serviço público, delimitando-se, assim, a proposta desta dissertação. Justifica-se tal medida pelo extenso número de possíveis pessoas responsáveis, sendo que elencar e apresentar, todas, em suas peculiaridades, poderia representar desvio do enfoque pré-determinado, que é o estudo da responsabilidade civil da Administração Pública. Deste modo, não se atentará para as pessoas jurídicas de direito privado que não integram a Administração Pública apesar de desenvolverem serviços públicos, como é o caso das ordens e conselhos profissionais, dos serviços sociais autônomos, das organizações sociais, das organizações da sociedade civil de interesse público e, ainda, de particulares que recebem delegação do Poder Público para, através dos institutos da concessão, permissão e autorização, prestarem serviços públicos.

⁴⁹⁰ Vide item 3.1.

⁴⁹¹ Há, no entanto, críticas a esta nomenclatura e ao critério classificatório do Decreto-lei n. 200/67 (BADÚ, 1980, p. 100; MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 98-101). De qualquer modo, por ser esta a designação predominante, e ser a partir desse decreto-lei que se organiza a Administração federal, diante da necessidade de se delimitar o tema, adotar-se-á essa classificação.

Sendo assim, com a análise dos elementos constitucionais do artigo 37, § 6º, buscar-se-á determinar quais as pessoas responsáveis no âmbito da Administração Pública direta e indireta, sendo imprescindível, no caso das pessoas jurídicas de direito privado, a caracterização de serviço público; delimitar a abrangência da expressão agentes estatais; e refletir sobre a propositura, pelo Poder Público, de ação regressiva contra o servidor que tiver agido com dolo ou culpa.

4.2.1 Pessoas responsáveis. A estrutura organizacional da Administração Pública no Brasil: Administração direta e indireta e a importância da noção de serviço público

Partindo-se do que foi estabelecido acima, reafirma-se que o estudo do artigo 37, § 6º⁴⁹², da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece a obrigação das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público de reparar os danos causados por seus agentes a terceiros, independentemente de culpa, será efetuada de modo direcionado aos entes que compõem a Administração Pública direta e indireta.

Não há dificuldades no que concerne à categoria das pessoas jurídicas de direito público, uma vez que os entes que se enquadram nesta qualificação, conforme se apresentará ainda neste mesmo item, são mais facilmente determinados. Já a inclusão das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público que, aliás, representa grande inovação da Carta de 1988, mostra-se mais nebulosa, principalmente, no que concerne à amplitude e imprecisão da noção de serviço público. Para se compreender, então, os mecanismos da responsabilidade estatal, faz-se necessário examinar anteriormente a estrutura da Administração Pública para que, diante da complexidade da mesma, seja possível

⁴⁹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 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.”

investigar se há um regime reparatório único para todos os entes que a integram e, ainda, se todas as atividades desenvolvidas sujeitam-se ao mesmo sistema de ressarcimento de danos.

Dessa maneira, reafirma-se que diante da dificuldade de se conceituar a Administração Pública, é fundamental indicar que ela pode ser analisada sob dois ângulos: o funcional e o organizacional. O primeiro refere-se às atividades estatais que no exercício das funções de governo visam a realização das finalidades públicas, mediante a prestação de serviços, bens e utilidades para a coletividade.⁴⁹³ E o sentido organizacional representa a estrutura e o aparelhamento de órgãos e entes estatais, destinados a prestar as apontadas atividades.⁴⁹⁴ Para o desenvolvimento deste tópico, do âmbito organizacional investiga-se quais as entidades responsáveis, e do âmbito funcional a definição de serviço público, que é imprescindível para caracterizar o regime de responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado. Frisa-se que serão analisadas tão-somente as características primordiais de tais assuntos, limitando-se, portanto, à construção do embasamento necessário para que se possa, posteriormente, compreender-se a temática pretendida.

A designação Administração direta e Administração indireta foi introduzida no ordenamento brasileiro através do artigo 4º⁴⁹⁵ do Decreto-lei n. 200, de 25/02/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, também conhecido como Reforma Administrativa⁴⁹⁶, estando, do mesmo modo, essa divisão evidenciada em outros dispositivos, como por exemplo, na Constituição da República Federativa de 1988, nos artigos 22, inciso XXVII⁴⁹⁷ e 37, *caput*⁴⁹⁸, e mesmo na Constituição do Estado de Santa Catarina, de 1989, no

⁴⁹³ MEDAUAR, op. cit., p. 43.

⁴⁹⁴ CARLIN, op. cit., p. 64.

⁴⁹⁵ Decreto-lei n. 200/67, artigo 4º: “A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações públicas.” (Alínea “d” acrescentada pela Lei n. 7.596, de 10/04/1987)

⁴⁹⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 52.

⁴⁹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 22, inciso XXVII: “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e

artigo 13, incisos I e II⁴⁹⁹. Esta classificação justifica-se com o propósito de melhor desenvolvimento e operacionalização das atividades administrativas⁵⁰⁰, cuja sistematização atende à estrutura estatal e à forma de governo adotadas pelo Brasil. É o que estabelece

Volnei Ivo Carlin:

A organização administrativa mantém estreita correlação com a estrutura do Estado e com a forma de governo adotadas em cada país. Porque o Brasil é uma Federação (união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal) e se constitui em Estado Democrático de Direito em que se assegura autonomia político-administrativa aos Estados-membros e aos Municípios (arts. 25 e 29), a sua administração há de corresponder, estruturalmente, a esses postulados constitucionais, com eles guardando compatível conformação.⁵⁰¹

Depreende-se, então, que a Administração direta, relaciona-se, de modo estreito, com a organização política do Brasil. Dos artigos 1º⁵⁰² e 18⁵⁰³ da Carta vigente, infere-se que ao se adotar o sistema federativo⁵⁰⁴, foram consagrados entes independentes e com estrutura

fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III."

⁴⁹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 37: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]."

⁴⁹⁹ Constituição do Estado de Santa Catarina, de 1989, artigo 13, incisos I e II: "A administração pública de qualquer dos Poderes do Estado compreende: I – os órgãos da administração direta; II – as seguintes entidades da administração indireta, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; d) fundações públicas."

⁵⁰⁰ A preocupação com a melhor prestação das atividades administrativas fica explícita não apenas através da classificação da Administração Pública em direta e indireta, mas também mediante as noções de descentralização e desconcentração administrativa. A idéia de descentralização administrativa compreende a atuação estatal através de pessoa dotada de personalidade jurídica diversa do ente ao qual se vincula, abrangendo tanto os entes da Administração indireta, cuja criação dá-se por lei, mediante outorga, quanto os particulares, que por meio da delegação de serviços atuam através dos institutos de concessão, permissão e autorização. Já a desconcentração refere-se à realização das atividades administrativas através dos órgãos do próprio ente, não podendo portanto transferir a atividade para outra pessoa, mantendo-se, então, inserida na própria entidade que as realiza por meio de unidades despersonalizadas.

⁵⁰¹ CARLIN, op. cit., p. 65.

⁵⁰² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

⁵⁰³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 18: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

⁵⁰⁴ Para José dos Santos Carvalho Filho: "Federação é a forma de Estado em que, ao lado do poder político central e soberano, vicejam entidades políticas internas componentes do sistema, às quais são conferidas competências específicas pela Constituição. Para a concepção do regime federativo, foi considerada, com realce, a noção de soberania, tudo para que se pudesse distinguir federação e confederação: nesta seriam

própria, dotados, portanto, de autonomia administrativa, política, e legislativa, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, todos qualificados como pessoas jurídicas de direito público interno, consoante disposição do artigo 41, incisos I a III⁵⁰⁵, do Código Civil de 2002.

Atenta-se que relativamente aos Municípios posições divergiram acerca da sua natureza de entidade federativa. Assim, para José Afonso da Silva, inobstante a autonomia que lhe foi concedida pela Carta Magna, o Município não pode ser classificado como ente componente de uma Federação:

A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo. *Data venia*, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá depois, querer criar um câmara de representantes dos Municípios. Em que muda a federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios.⁵⁰⁶

Já Paulo Bonavides tem posição diametralmente oposta e afirma que o Município insere-se no sistema federativo brasileiro, por entender ser essa interpretação a mais acertada:

As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história.

[...]

Houve assim inovação de fundo e substância, cuja profundidade se mede pela importância da mudança operada. Essa mudança espanca muitas dúvidas que pairavam no passado tanto nas regiões da doutrina como da

soberanos todos os membros e nesta apenas o Estado em si detinha soberania. De fato, na confederação a aliança se forma entre vários Estados soberanos, resultando daí um vínculo caracterizado pela fragilidade e instabilidade. Na federação, ao contrário, os entes integrantes do regime se associam numa união indissolúvel, como forma de dar à unidade resultante preponderância sobre a pluralidade formadora.” (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 293).

⁵⁰⁵ Código Civil de 2002, artigo 41: “São pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; [...]” Os territórios, apesar de serem indicados pelo Estatuto Civil como pessoas jurídicas de direito público interno, não são entes federativos, qualificativo direcionado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme se depreende dos já citados (notas 502 e 503) artigos 1º e 18 da Constituição vigente.

⁵⁰⁶ SILVA, José Afonso da., op. cit., p. 472-473.

jurisprudência, acerca da autonomia municipal e dos seus limites teóricos e objetivos, que, de último, lhe foram traçados com mais amplitude, generosidade, e precisão.⁵⁰⁷

Como não há a intenção de se desenvolver um estudo aprofundado a respeito dos entes federativos da Carta Magna vigente, tendo a referência aos mesmos apenas a finalidade de delimitar a abrangência da Administração direta, é suficiente dispor que há quatro níveis na estrutura federativa brasileira: a União, os Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal, cada qual com organização administrativa própria e independente. Há uma repartição de competências prevista pelo próprio Estatuto Fundamental que estabelece, basicamente, atribuições enumeradas para a União⁵⁰⁸, indicativas para os Municípios⁵⁰⁹ e remanescentes para os Estados⁵¹⁰, sendo que o Distrito Federal tem a sua competência alargada por acumular as atribuições dos Municípios e dos Estados⁵¹¹ e ao mesmo tempo restringida, já que a União retira da competência do Distrito Federal atividades que, normalmente lhe seriam atribuídas⁵¹². Observa-se, ainda, no artigo 23⁵¹³ uma competência cumulativa ou paralela a todos os entes. Com isto, conclui-se que entre os entes federados não há vínculos hierárquicos, e o princípio federativo implica em atuações autônomas, conforme atribuições previstas pela própria Carta Magna.

Sendo assim, deduz-se que a Administração direta, que corresponde à estrutura administrativa própria de cada ente da Federação refere-se ao conjunto de órgãos da Administração federal, da Administração estadual, da Administração distrital e da

⁵⁰⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 311-313.

⁵⁰⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 21: "*Compete à União: [...]*"

⁵⁰⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 30: "*Compete aos Municípios: [...]*"

⁵¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 25, §1º: "*São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.*"

⁵¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 32, § 1º: "*Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.*" Apesar de a Carta Magna referir-se tão-somente à competência legislativa, este artigo aplica-se também para a administrativa.

⁵¹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 21: "*Compete à União: [...] XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;*"

⁵¹³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 23: "*É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...].*"

Administração Municipal⁵¹⁴. Então, nas palavras de Toshio Mukai que define a “*Administração Pública direta como o conjunto de órgãos vinculados a um dos entes da federação (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal) que desempenha atividade administrativa.*”⁵¹⁵

A Administração indireta corresponde a entidades criadas para a melhor operacionalização e prestação de forma especializada das atividades administrativas. Conforme assinala José dos Santos Carvalho Filho, “*Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.*”⁵¹⁶

Pertencem à Administração indireta federal, conforme o artigo 4º, inciso II, do Decreto-lei n. 200/67⁵¹⁷, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia e as fundações públicas, sendo que, pelo princípio da simetria, as mesmas podem ser criadas também nos demais níveis da administração direta, ou seja, é possível a existência de Administração indireta federal, estadual, distrital e municipal, sendo que tais entidades vinculam-se ao ente federativo que as tiver criado, sem que com isto tenham sua autonomia afetada, tendo em vista que esta deriva da condição de serem dotadas de personalidade jurídica própria, e, por conseguinte, de patrimônio, pessoal, estrutura, benefícios e encargos próprios.

Essa autonomia não pode ser confundida com a autonomia política, própria do sistema federativo, e que é atribuída apenas à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, referindo-se aquela, então, basicamente, a maior liberdade de atuação e inexistência de

⁵¹⁴ Em razão da superficialidade da abordagem deste assunto, tendo a mesma apenas a função de introduzir o presente capítulo, não serão apresentados os órgãos que compõem a estrutura da Administração direta de cada um dos níveis da federação.

⁵¹⁵ MUKAI, 1999, p. 23.

⁵¹⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 300.

⁵¹⁷ Decreto-lei n. 200/67, artigo 4º, inciso II: “*A Administração Federal compreende: [...] II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações públicas.*” (Alínea “d” acrescentada pela Lei n. 7.596, de 10/04/1987)

controle hierárquico. Deste modo, identificam-se na Administração indireta entes dotados de autonomia, não submetidos a um controle hierárquico, mas que estão sujeitos à tutela ou à supervisão ministerial, como ocorre, especificamente, na esfera federal, consoante disposto no artigo 19⁵¹⁸, do Decreto-lei n. 200/67. Para Odete Medauar, na prática, a distinção entre controle hierárquico e tutela, típica das entidades que compõem a Administração indireta, não é facilmente visualizada. A autora, contudo, estabelece algumas diferenças teóricas:

Algumas diferenças podem ser fixadas entre o controle hierárquico e a tutela administrativa. A relação de hierarquia existe entre órgãos situados em níveis diferentes da estrutura da mesma pessoa jurídica, implicando subordinação de órgãos inferiores àqueles de graus mais elevados; a tutela é controle exercido pelas entidades centrais sobre entes dotados de personalidade jurídica própria e poder próprio de decisão; portanto, na tutela há duas pessoas jurídicas em confronto.

Em segundo lugar, como os entes descentralizados são dotados de poder próprio de decisão em matéria específica, ou seja, têm competência própria (fixada mediante lei), não se pode cogitar daquele caráter de fungibilidade nas atribuições respectivas de superior e subordinado, típica do vínculo hierárquico; daí ser impossível, ao órgão central, avocar a competência dos entes descentralizados. Em terceiro lugar, o poder hierárquico é incondicionado, o superior pode exercê-lo sem necessidade de previsão em texto legal; o poder de exercer a tutela, ao contrário, é condicionado, pois não se presume, realizando-se só nos casos e formas previstas em lei.⁵¹⁹

A opção da Administração direta pelo não desenvolvimento da atividade através de seus próprios órgãos, unidades despersonalizadas, mas sim por intermédio de pessoas jurídicas diversas, formaliza-se, no caso das autarquias, através de lei específica, bastando a autorização legal para as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas⁵²⁰.

Diógenes Gasparini afirma que etimologicamente o “*vocábulo autarquia, de origem helênica, significa comando próprio, direção própria, autogoverno*”⁵²¹ A disciplina da

⁵¹⁸ Decreto-lei n. 200/67, artigo 19: “*Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.*”

⁵¹⁹ MEDAUAR, op. cit., p. 61.

⁵²⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 37, inciso XIX: “*somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.*”

⁵²¹ GASPARINI, 1992, p. 234.

autarquia no sistema brasileiro está prevista no artigo 5º, inciso I, do Decreto-lei 200/67⁵²². Extrai-se deste preceito e das próprias generalidades que caracterizam a Administração indireta, que a autarquia caracteriza-se por possuir personalidade jurídica própria, do que resultam poderes e deveres, direitos, encargos, responsabilidade, patrimônio e receita próprios, tendo como finalidade o desenvolvimento de atividades típicas da Administração, que são operacionalizadas, portanto, de forma descentralizada. Além disso, possui estrutura organizacional específica, com quadro próprio de servidores.

As autarquias são dotadas de personalidade jurídica de direito público, inobstante não estar tal caracterização prevista no Decreto-lei 200/67, como esclarece Odete Medauar:

O referido inc. I omite a indicação da natureza pública ou privada da personalidade jurídica. Mas, consolidou-se há muito no ordenamento brasileiro a natureza da pessoa jurídica pública das autarquias que integram a Administração indireta, desde que assim foi previsto no Dec-lei 6.016/44. As autarquias são dotadas, portanto, de personalidade jurídica pública, da mesma natureza que a personalidade da União, dos Estados-membros, dos Municípios e Distrito Federal.⁵²³

O Código Civil de 2002 elucida a natureza das autarquias, eis que, em seu artigo 41, inciso IV⁵²⁴, expressamente qualifica-as como pessoas jurídicas de direito público interno.

Na indicação da finalidade das autarquias e respectiva área de atuação, o Decreto-lei 200/67 refere-se a atividades típicas da Administração, é expressão que suscita questionamentos, como analisa Odete Medauar:

O legislador pretendeu caracterizar as atribuições das autarquias com o uso da expressão: “para executar atividades típicas da Administração pública”. Essa locução se presta mais a dúvidas do que a esclarecimento sobre um aspecto que seria comum nas atividades das autarquias. Na época atual, final do século XX, de grande dinamismo e mudanças na sociedade e nas atuações do Estado, dificilmente se poderia arrolar, com precisão, quais sejam as atividades típicas do Estado. Talvez se possa considerar que a expressão quer abranger aquelas atividades que, tradicionalmente, eram consideradas típicas do Estado, revestindo-se, sobretudo, da condição de serviços

⁵²² Decreto-lei n. 200/67, artigo 5º, inciso I: “Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

⁵²³ MEDAUAR, op. cit., p. 78.

⁵²⁴ Código Civil de 2002, artigo 41, inciso IV: “São pessoas jurídicas de direito público interno: [...] IV – as autarquias”.

públicos, como, por exemplo: educação, previdência, assistência médica gratuita.⁵²⁵

E, independentemente do que se entenda por atividade típica da Administração Pública, como alerta Hely Lopes Meirelles, para as autarquias devem ser outorgados tão-somente os serviços públicos considerados típicos, e não atividades econômicas ou industriais⁵²⁶, mesmo que sejam de interesse coletivo, pois para estas deve-se recorrer às empresas públicas, às sociedades de economia mista ou ainda delegá-las a empresas privadas mediante concessão ou permissão⁵²⁷.

Inevitável falar-se, ainda, nas autarquias de regime especial, que se diferenciam das demais em detalhes específicos que, em regra, representam autonomia ainda mais abrangente, consoante houver sido estabelecido na lei que as tiver criado, como ocorre por exemplo, nas autarquias universitárias, que investem seus administradores mediante eleições, cujos mandatos não podem ser reduzidos pela vontade do ente federativo a qual estiver vinculada. Igualmente, qualificam-se como autarquias especiais as recentes agências reguladoras, criadas com a prerrogativa de exercer poder normativo e fiscalizar os serviços públicos que, após a extinção parcial ou total do monopólio estatal passaram a ser prestados pelo setor privado⁵²⁸. Devem ser criadas por lei específica, destacando-se, dentre outras, a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), criada pela Lei n. 9472, de 16/07/1997, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), criada pela Lei n. 9.427, de 26/12/1996, a ANP (Agência

⁵²⁵ MEDAUAR, op. cit., p. 78-79.

⁵²⁶ Ainda neste item serão apresentadas considerações sobre os serviços públicos e as atividades econômicas.

⁵²⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 325.

⁵²⁸ Lei 9.491/1997, art. 4º: “As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais: I – alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações; II – abertura de capital; III – aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; IV – alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; V – dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos; VI – concessão, permissão ou autorização de serviços públicos; VII – aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.”

Nacional do Petróleo), criada pela Lei n. 9.478, de 06/08/1997. Tais autarquias pertencem, portanto, à Administração indireta federal e vinculam-se ao Ministério responsável pela matéria respectiva.

No que concerne às fundações públicas, além da caracterização prevista no artigo 5º, IV, do Decreto-lei n. 200/67⁵²⁹, há algumas observações necessárias referentes a sua natureza jurídica .

No Direito civil as fundações são definidas como *“uma organização que gira em torno de um patrimônio. Trata-se de um patrimônio que se destina a determinada finalidade. A lei, cumpridos certos requisitos, atribui personalidade a esse acervo de bens, ou seja, atribui-lhe a capacidade para ser titular de direitos.”*⁵³⁰ Ademais, a administração deste patrimônio deve ser guiada pela finalidade que deu origem à fundação, caracterizando-se esta, ainda, por não ter fins lucrativos. E segundo o artigo 44, III⁵³¹, do Código Civil de 2002, as fundações são pessoas jurídicas de direito privado.

Porém, quando o Poder Público passou a criar as suas fundações surgiram inúmeras discussões acerca da natureza jurídica destas entidades. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, equivocou-se o legislador ao dispor no Decreto-lei 200/67 que as fundações públicas possuem personalidade jurídica de direito privado, e que o Estatuto Fundamental de 1988, utilizando-se da terminologia fundações públicas⁵³², cessou as dúvidas, estabelecendo que

⁵²⁹ Decreto-lei n. 200/67, artigo 5º: *“Para os fins desta lei, considera-se: [...] IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.”* (Inciso IV acrescentado pela Lei n. 7.596, de 10/04/1987).

⁵³⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 76.

⁵³¹ Código Civil de 2002, artigo 44: *“São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III - as fundações.”*

⁵³² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 39, caput: *“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”* (redação original)

estas possuem natureza jurídica de direito público, sendo, de fato, espécies de autarquias. E este autor defende o seu posicionamento, com a seguinte afirmação:

Em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm.

[...]

A Constituição referiu-se às fundações públicas em paralelismo com as autarquias, portanto, como se fossem realidades distintas, porque simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no Direito brasileiro para nominar pessoas jurídicas estatais. Seus objetivos foram pragmáticos: colhê-las seguramente nas dicções a elas reportadas, prevenindo que, em razão de discussões doutrinárias e interpretações divergentes, pudessem ficar à margem dos dispositivos que as pretendiam alcançar. Além do mais, um texto constitucional não é o lugar adequado para solver debates taxinômicos.⁵³³

Entretanto, José dos Santos Carvalho Filho afasta este posicionamento, afirmando ser incongruente caracterizar as fundações públicas como espécie do gênero autarquia, uma vez que *“seria muito mais razoável que não fosse ela denominada de fundação, mas sim de autarquia”*⁵³⁴. E no que pertine à natureza das fundações, o mesmo autor assevera que são pessoas jurídicas de direito privado, e que este entendimento não é afetado pela submissão das mesmas aos princípios constitucionais, uma vez que as sociedades de economia mista e empresas públicas também se sujeitam aos dispositivos constitucionais, e nem por isso há críticas ao fato de serem pessoas jurídicas de direito privado⁵³⁵, ou seja, atender aos preceitos estabelecidos pelo legislador constituinte não implica a adoção de personalidade de direito público.

Odete Medauar, sem desconhecer a polêmica, explica que as fundações criadas pelo Poder Público podem ser qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público, conforme estiver expresso na lei que autorizá-las. E afirma, ainda, que, independentemente, de a fundação ser dotada de personalidade de direito privado ou público, por integrar a Administração indireta deverá nortear-se pelas normas constitucionais. E,

⁵³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 110.

⁵³⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 341.

⁵³⁵ Ibid., p. 340/342.

portanto, no mesmo sentido de José dos Santos Carvalho Filho, a quem se referiu acima, a autora dispõe que “o termo ‘pública’ também aparece no título ‘empresa pública’, significando aí ‘estatal’, sem que se diga empresa de direito público ou empresa de direito privado; a empresa pública, mesmo com esse qualificativo, é pessoa jurídica de direito privado e tem grande carga de direito público incidindo sobre sua atuação.”⁵³⁶ Com isto, as fundações públicas poderão revestir-se de personalidade jurídica de direito privado ou de direito público, de acordo com o que tiver sido disposto pela lei instituidora, sendo, contudo, mais comum a primeira hipótese.

Assim como ocorre com a fundação regida pelo Estatuto Civil, a fundação pública também não deve possuir fins lucrativos, tendo como objeto, consoante disposto no artigo 5º, IV, do Decreto-lei n. 200/67⁵³⁷, o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público. Esta redação, no entanto, não esclarece qual o campo de atuação das fundações públicas. O que se tem observado é a utilização do modelo fundacional para a consecução de serviços com fins de caráter social, como educação, assistência médica, pesquisa e cultura.

Atualmente, as fundações e as autarquias podem ainda ser qualificadas, pelo Poder Executivo federal, como agências executivas, nos termos do artigo 51⁵³⁸, da Lei 9.649, de 27/05/1998, e artigo 1º⁵³⁹, do Decreto 2.487, de 02/02/1998, o que as permite ingressar em

⁵³⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 89.

⁵³⁷ Decreto-lei n. 200/67, artigo 5º: “Para os fins desta lei, considera-se: [...] IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.” (Inciso IV acrescentado pela Lei n. 7.596, de 10/04/1987).

⁵³⁸ Lei n. 9649, de 27/05/98, artigo 51: “O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos: I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor. § 1º A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República. § 2º O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.”

⁵³⁹ Decreto 2.487, de 02/02/1998, Art. 1º: “As autarquias e as fundações integrantes da Administração Pública Federal poderão, observadas as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ser

um regime especial que lhes proporciona determinadas vantagens, como a dispensa de licitação em percentuais maiores, conforme artigo 24, parágrafo único da Lei 8.666/93, tendo sido este parágrafo acrescido pela Lei 9.648, de 27/05/1998⁵⁴⁰.

Integram, igualmente, a Administração indireta⁵⁴¹, as empresas públicas⁵⁴² e as sociedades de economia mista,⁵⁴³ denominadas de forma genérica por estatais⁵⁴⁴, possuindo muitos aspectos em comum, com destaque para a qualificação de ambas como pessoas jurídicas de direito privado, além de serem criadas para a realização de atividades gerais de caráter econômico, ou mesmo para a prestação de serviços públicos⁵⁴⁵, funções que, apesar de não estarem especificadas na letra do Decreto-lei n. 200/67, possui respaldo “na faculdade conferida ao poder público de escolher o modo de gestão de tais serviços”⁵⁴⁶. Salienta-se que, de acordo com determinação constitucional⁵⁴⁷, e consoante se aprofundará a seguir ao se

qualificadas como Agências Executivas. § 1º A qualificação de autarquia ou fundação como Agência Executiva poderá ser conferida mediante iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes requisitos: a) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor; b) ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento. 2º O ato de qualificação como Agência Executiva dar-se-á mediante decreto. § 3º Fica assegurada a manutenção da qualificação como Agência Executiva, desde que o contrato de gestão seja sucessivamente renovado e que o plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional tenha prosseguimento ininterrupto, até a sua conclusão. § 4º O A desqualificação de autarquia ou fundação como Agência Executiva dar-se-á mediante decreto, por iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sempre que houver descumprimento do disposto no parágrafo anterior.”

⁵⁴⁰ Lei 8666/93, artigo 24: “É dispensável a licitação: [...] Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo, serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.” (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27.5.98).

⁵⁴¹ Decreto-lei n. 200/67, artigo 4º, inciso II: “A Administração Federal compreende: [...] II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: [...] b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista.”

⁵⁴² Decreto-lei n. 200/67, artigo 5º, inciso II – “Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio público e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica.” (redação dada pelo Decreto-lei n. 900/69)

⁵⁴³ Decreto-lei n. 200/67, artigo 5º, III: “Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei, para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta.” (redação dada pelo Decreto-lei n. 900/69)

⁵⁴⁴ MEDAUAR, op. cit., p. 97.

⁵⁴⁵ MUKAI, op. cit., p. 36.

⁵⁴⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 103.

⁵⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º- A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que

contrapor serviço público e atividade econômica, o Estado somente deve desenvolver este tipo de atividade de forma complementar e subsidiariamente, ou melhor, somente quando a mesma for necessária aos imperativos de segurança nacional ou, então, corresponder a relevante interesse coletivo. Destaca-se, ainda, que as sociedades de economia mista e empresas públicas que explorarem atividade econômica, não podem se beneficiar de privilégios, não usufruídos pela iniciativa privada, evitando que gerem concorrência desleal às empresas do setor privado, devendo, em razão de integrarem a Administração indireta, atender aos princípios de direito público, que regulam as atividades administrativas de forma geral.

Resumindo o apresentado, Hely Lopes Meirelles:

Na verdade, as empresas estatais são instrumentos do Estado para a consecução de seus fins, seja para atendimento das necessidades mais imediatas da população (serviços públicos), seja por motivos de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo (atividade econômica). A personalidade jurídica de Direito Privado é apenas a forma adotada para lhes assegurar melhores condições de eficiência, mas em tudo e por tudo ficam sujeitas aos princípios básicos da Administração Pública.⁵⁴⁸

A submissão da Administração direta e indireta, incluindo, portanto, todos os entes federativos, as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas aos preceitos próprios do Direito público, é evidenciada pelo artigo 37, *caput*, da Carta Magna, pois que determina a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de outros aspectos que regulamentam a atividade estatal, apresentados nos incisos deste preceito, como por exemplo,

explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. §2º- As empresas públicas e sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. §3º- A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. §4º- A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. §5º- A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998)

⁵⁴⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 341.

a exigência de concurso público para acesso a cargo ou emprego público e de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações⁵⁴⁹.

Realizado o exame dos entes que compõem a Administração Pública, necessário agora definir serviço público, em virtude da importância desta tarefa para a configuração, nos termos constitucionais, da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado.

É consenso entre os autores a dificuldade em se estabelecer o conceito de serviço público, conforme se pode visualizar nas obras de Celso Antônio Bandeira de Mello quando afirma que *“a noção de serviço público não é simples”*⁵⁵⁰; Diógenes Gasparini quando assevera que *“não é fácil oferecer a noção de serviço público”*⁵⁵¹; Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando atesta que *“não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência”*⁵⁵², e José dos Santos Carvalho Filho quando considera que *“constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos”*⁵⁵³.

Tais divergências originam-se das diferentes abordagens acerca do conceito de serviço público, algumas se mostrando mais amplas e outras mais restritas. No entanto, o que se pode afirmar é que o conceito técnico de serviço público, o qual se entende ter sido adotado pelo legislador constituinte para caracterizar a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de

⁵⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 37: *“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”*. (Redação do caput e do inciso II dadas pela Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998).

⁵⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 433.

⁵⁵¹ GASPARINI, op. cit., p. 219.

⁵⁵² DI PIETRO, 1998, p. 80.

⁵⁵³ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 217.

direito privado, refere-se justamente à noção mais restrita, não compreendendo, irrestritamente, todas as atividades estatais.

Há atividades estatais que já em uma primeira análise não podem ser incluídas na noção de serviço público, como a atuação do poder de polícia e as atividades econômicas desenvolvidas pelo Estado. Contrapô-las aos serviços públicos é o intento que ora se propugna.

Assim, para que se elabore um conceito técnico de serviço público, os administrativas apresentam determinados critérios. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que se deve considerar dois elementos: o substrato material *“consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados”* e o traço formal *“que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa unidade normativa”*⁵⁵⁴

Aprofundando-se tais critérios, firma-se que o substrato material consiste em oferecer aos administrados em geral, utilidades ou comodidades que em determinado momento histórico o Estado reputa como lhe sendo próprias, como, por exemplo, água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio, gás, telefone, transporte coletivo. Em razão de serem consideradas atividades típicas estatais, opta-se que sua realização não se dê através da livre iniciativa, mas pelo Poder Público, mesmo quando são executadas, através de delegação, por particulares. Contudo, há exceção prevista constitucionalmente para a educação⁵⁵⁵ e a saúde⁵⁵⁶, que se caracterizam materialmente como serviços públicos, mas que

⁵⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 435.

⁵⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 199, *caput*: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

⁵⁵⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 209: “O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

não são assim considerados quando prestados pela iniciativa privada⁵⁵⁷, sendo, por conseguinte, denominados serviços públicos não privativos do Estado⁵⁵⁸.

O elemento formal delinea melhor o conceito, pois ainda que ocorra a realização de atividades reconhecidas como estatais, se o legislador não tiver determinado sua submissão a um regime jurídico de Direito Público, impondo a observância de normas reguladoras do Direito administrativo e constitucional, como os princípios da legalidade, eficiência, moralidade, generalidade, não haverá que se falar em serviço público.⁵⁵⁹ Sendo assim, para que se caracterize o serviço público, deve haver submissão total ou parcial ao regime jurídico, mesmo quando realizada por particulares⁵⁶⁰. Este critério representa, ainda, a opção do legislador que, por vezes, influenciado pela concepção política dominante⁵⁶¹, faz com que determinada atividade seja considerada serviço público, apesar de se tratar de ações que não necessariamente corresponderiam ao critério material, o que, certamente, contribui para a dificuldade de se estabelecer o conceito.⁵⁶²

Diógenes Gasparini confirma:

Essa dificuldade mais se acentua na medida em que os serviços variam segundo as necessidades e contingências políticas, sociais e culturais de cada comunidade e época. Os serviços religiosos já foram tidos como públicos, e os serviços de exploração de cassinos são, em certos países, serviços públicos, a exemplo do que ocorre em Mônaco. No Brasil, os serviços de loterias (loteria federal, esportiva, sena e loto) são públicos.⁵⁶³

⁵⁵⁷ Desta forma, ensino e assistência médica podem ser desenvolvidos tanto pela iniciativa privada quanto pelo Poder Público, sendo somente considerados serviços públicos quando forem prestados pelo Estado.

⁵⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 435-442.

⁵⁵⁹ Ibid., p. 436-437.

⁵⁶⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 369.

⁵⁶¹ Ibid., p. 369.

⁵⁶² Conforme estabelece Celso Antônio Bandeira de Mello a liberdade do legislador não é absoluta, estando o principal limite para a definição legal de serviço público justamente no campo das atividades econômicas, tendo em vista os limites constitucionais para seu desenvolvimento. Nas palavras do autor: "*É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeitados os limites constitucionais. Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. É que a exploração da atividade econômica, o desempenho de 'serviços' pertinentes a esta esfera, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita*" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 444)

⁵⁶³ GASPARINI, op. cit., p. 219.

Entretanto, importante ressaltar que, por outro lado, a indicação do legislador facilita a identificação de determinada atividade como serviço público, consoante se depreende de dispositivos constitucionais que, expressamente, elencam as diversas modalidades do mesmo, como nos artigos 21, incisos X, XI, XII⁵⁶⁴; 30, inciso V⁵⁶⁵; 194, parágrafo único⁵⁶⁶ e 205⁵⁶⁷. No entanto, é certo que não se esgotam nestes serviços.⁵⁶⁸

Além do substrato material e do traço formal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta ainda, como elemento de definição técnica de serviço público, o aspecto subjetivo, que se refere justamente à presença do Estado⁵⁶⁹, que pode realizá-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, nos termos do artigo 175, do Estatuto Fundamental⁵⁷⁰. E a presença do Estado é justificada por esta mesma autora que, unindo os três aspectos analisados – material, formal, e subjetivo, dispõe:

É verdade que muitos particulares também podem exercer atividades de interesse geral; mas há dois aspectos a considerar: um é o fato de raramente ser esse o seu objetivo primordial, pois o que move o particular é em regra o seu próprio interesse; outro aspecto é o fato de não ser suficiente o objetivo de interesse público para caracterizar o serviço público, pois é necessário que a lei lhe atribua esse objetivo ao Estado.⁵⁷¹

⁵⁶⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 21: “*Compete à União: [...] X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.*”

⁵⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 30, inciso V: “*Compete aos Municípios: [...] V- organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.*”

⁵⁶⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 194, parágrafo único: “*Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...]*”

⁵⁶⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 205: “*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo par ao exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*”

⁵⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 441-442.

⁵⁶⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 85.

⁵⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 175: “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”.

⁵⁷¹ DI PIETRO, op. cit., p.

O critério subjetivo corresponde ao que Odete Medauar chama de vínculo orgânico com a Administração Pública⁵⁷², que determina a presença estatal nos serviços públicos, podendo ser desenvolvidos pela Administração direta ou indireta, ou mesmo por particulares mediante concessão ou permissão. Desse modo, para que os serviços públicos venham a ser prestados por particulares é preciso que estejam conectados ao Estado, ligação esta que não se resume apenas à “*aplicação de medidas decorrentes do poder de polícia*”⁵⁷³, mas sim a uma efetiva responsabilidade do Poder Público pela atividade. Com isto, mesmo que se trate de atividades voltadas ao benefício da coletividade, se inexistir o vínculo com a Administração não se tratará de serviço público em sentido técnico, o que se infere do artigo 175⁵⁷⁴, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessa linha de raciocínio, José dos Santos Carvalho Filho, apresenta como elementos para a caracterização do serviço público: sujeito estatal, nos termos do indicado artigo 175; interesse coletivo e regime de direito público.⁵⁷⁵

E a delimitação uma determinada atividade como serviço público tem como principais finalidades: “*retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico.*”⁵⁷⁶

Diante do exposto, apresenta-se, por fim, o conceito de serviço público, elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrado de prerrogativas de supremacia e de restrições

⁵⁷² MEDAUAR, op. cit., p. 369/370.

⁵⁷³ Ibid., p. 369.

⁵⁷⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 175: “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”.

⁵⁷⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., 220.

⁵⁷⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 369.

especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como propósito no sistema normativo.⁵⁷⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta ao citado conceito, que há serviços públicos ainda em sentido técnico, mas que não são usufruíveis diretamente pela coletividade, como no caso dos *“serviços administrativos prestados internamente, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, os quais só por via indireta beneficiam a coletividade.”*⁵⁷⁸

E para se delimitar uma possível definição para a atividade econômica, novamente, recorre-se aos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello que dispõe:

Sem embargo, o fato é que o Texto Constitucional, compreensivelmente, não define o que sejam “atividades econômicas”. Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um certo campo para qualificar determinadas atividades como “serviços públicos”, no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das “atividades econômicas”.⁵⁷⁹

De qualquer modo, relata-se que enquanto os serviços públicos são afastados da livre iniciativa e concorrência, as atividades econômicas são regidas justamente por estes princípios⁵⁸⁰, sendo que somente são atribuídas ao Estado quando necessárias aos imperativos de segurança nacional ou quando corresponderem a relevante interesse coletivo⁵⁸¹. Assim, mesmo quando as atividades econômicas forem prestadas por entes da Administração, destacando-se para tanto as sociedades de economia mista e as empresas públicas, não se estará diante de serviços públicos, razão pela qual o artigo 173, §1º, inciso II⁵⁸², da Carta

⁵⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 433.

⁵⁷⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 82.

⁵⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 444.

⁵⁸⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 170, IV: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência.”

⁵⁸¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

⁵⁸² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 173, § 1º, inciso II: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação e serviços, dispondo sobre: [...] II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.”

Magna, determina a adoção, em tais casos, do regime jurídico próprio das empresas privadas, o que não as exime, entretanto, do atendimento a princípios de direito público.

Dessa maneira, estando definido o perfil das pessoas responsáveis para as quais se intenta apresentar o sistema de responsabilidade civil, retoma-se o estudo do artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reafirmando-se que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos causados pelos seus agentes a terceiros, sendo que no caso das pessoas jurídicas de direito privado, para que incida a doutrina do risco administrativo, é imprescindível determinar se a atividade desenvolvida caracteriza-se como serviço público, consoante delimitação apresentada acima.

As informações apresentadas permitem concluir que os entes federativos, - União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal - , que compõem a Administração direta, por serem todos dotados de personalidade jurídica de direito público, são responsáveis, independentemente de culpa, pelos prejuízos causados aos administrados.

Da mesma forma, as autarquias, por também se qualificarem como pessoas de direito público, respondem objetivamente pelos danos que seus agentes nesta qualidade provocarem a terceiros.

No que tange às fundações públicas, recorda-se, inicialmente, que dependendo da disposição do legislador, podem ser dotadas de personalidade de direito público ou privado. De qualquer modo, independentemente da natureza conferida pela lei, considerando-se que as fundações devem necessariamente prestar serviço público, ou seja, não são criadas para a exploração de atividade econômica, depreende-se que responderão objetivamente. Assim, a responsabilidade das fundações é disciplinada pela doutrina do risco administrativo, seja porque se trata de pessoa jurídica de direito público ou, então, porque apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, são criadas para o desenvolvimento de serviços públicos,

adequando-se, por conseguinte, à primeira ou à segunda hipóteses, estabelecidas pelo preceito constitucional, de pessoa responsável.

Para se estabelecer o sistema de ressarcimento de danos aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, em razão de serem pessoas jurídicas de direito privado, e pela possibilidade de explorarem atividade econômica, é preciso, inicialmente, investigar-lhes o campo de atuação. Quando se tratar da prestação de serviços públicos, a disciplina para a responsabilidade de tais entidades será a disposta no artigo 37, § 6º, do Estatuto Fundamental. Se, no entanto, o objeto for exploração de atividade econômica, não se enquadrarão no citado preceito, devendo, então, ter a responsabilidade determinada pelos mesmos dispositivos destinados à iniciativa privada, conforme dispõe o artigo 173, §1º, II⁵⁸³, do mesmo Estatuto Fundamental.

Exige-se cautela, entretanto, para tratar da responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas públicas que desempenharem atividade econômica, tendo em vista não ser incomum a afirmação de que, em tais casos, a reparação dos danos rege-se-á pela responsabilidade subjetiva⁵⁸⁴ que, adianta-se, entende-se incorreta por representar uma visão equivocada da teoria geral da responsabilidade civil, resumindo-a à noção de culpa.

⁵⁸³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 173, § 1º, inciso II: “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação e serviços, dispondo sobre: [...] II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.*”

⁵⁸⁴ É o que afirma José dos Santos Carvalho Filho: “*No ordenamento jurídico vigente, existem dois planos de responsabilidade civil: a responsabilidade civil de direito privado, cujas regras se encontram no Cód. Civil, fundada na teoria da responsabilidade subjetiva, e a responsabilidade de direito público, prevista no art. 37, § 6º, da Const. Federal, que consagra a teoria da responsabilidade objetiva. Como a Constituição não se referiu a administração indireta, nem fez menção expressa a sociedades de economia mista e empresas públicas, parece-nos que o dado jurídico desejado pelo Constituinte para enquadramento na norma foi mesmo o dato de a entidade prestar serviço público. [...] Se o objeto da atividade for a exploração de atividade econômica em sentido estrito (tipicamente mercantil e empresarial), a norma constitucional não incidirá; em consequência, a responsabilidade será a subjetiva, regulada pela lei civil. Se, ao contrário, executarem serviços públicos típicos, tais atividades passam a ficar sob a égide da responsabilidade objetiva prevista na Constituição.*” (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 337/338). Do mesmo modo, Diógenes Gasparini: “*Se essas empresas governamentais não são prestadoras de serviço público, respondem subjetivamente. Aplica-se-lhes, portanto, a teoria da responsabilidade com culpa. Assim deve ser, em face da sua natureza privada e da atividade econômica que exploram*” (GASPARINI, op. cit., p. 611)

Ademais, quando não se defende a aplicação da doutrina subjetiva, simplesmente dispõe-se que deve ser aplicado o regime das empresas privadas, o que é correto, mas insuficiente, motivo pelo qual se intenta tratar especificamente desta situação. Embora, este tema seja abordado em uma subseção específica⁵⁸⁵, antecipa-se a informação que, mesmo para as sociedades de economia mista e empresas públicas que desenvolverem atividades econômicas, a responsabilidade permanecerá sendo objetiva, independentemente da aplicação do preceito constitucional, pois quando os danos resultarem do fato do serviço ou produto dever-se-á aplicar o Código de Defesa do Consumidor, e quando os prejuízos a serem ressarcidos a um terceiro forem decorrentes de ato de empregado de tais entidades, tratar-se-á de responsabilidade civil por ato de terceiro, que conforme disposição do novo Código Civil, também acolhe a responsabilidade civil objetiva.⁵⁸⁶ Diante disto, o que se pretende estabelecer é, que mesmo quando não enquadrável no dispositivo constitucional, a responsabilidade permanecerá sendo objetiva, diferindo, tão somente quanto à fundamentação jurídica.

Por fim salienta-se que, conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸⁷, José dos Santos Carvalho Filho⁵⁸⁸ e Diógenes Gasparini⁵⁸⁹, as entidades da Administração Indireta são as responsáveis primárias pelos danos causados aos administrados. Se não tiverem, no entanto, recursos suficientes para indenizar as vítimas lesadas por sua

⁵⁸⁵ Vide item 4.3.1.

⁵⁸⁶ Vide item 4.3.1.

⁵⁸⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello: *“Ademais, para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de Direito Privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais [...]. Isto porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente – ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 1998, p. 620)

⁵⁸⁸ José dos Santos Carvalho Filho: *“A responsabilidade das fundações é primária, ou seja, elas é que devem, em princípio, responder pelos prejuízos que seus agentes causem a terceiros. A pessoa estatal instituidora, como já tivemos oportunidade de assinalar quando tratamos das outras entidades administrativas privadas, tem responsabilidade subsidiária, vale dizer, só se torna responsável se e quando a fundação for incapaz de reparar integralmente os prejuízos.”* (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 349)

⁵⁸⁹ Diógenes Gasparini: *“Por outro lado, a pessoa pública titular do serviço, uma vez exaurido o patrimônio da entidade privada ou governamental, prestadora de certo serviço público, responderá pelo valor remanescente até, portanto, a satisfação integral do direito da vítima, ofendida pelo ato ou fato danoso, se o patrimônio da executora não for suficiente para recompor totalmente a ofensa. No caso, a responsabilidade do Estado é subsidiária, não cabendo, portanto, falar-se em solidariedade entre o Estado e a executora do serviço público.”* (GASPARINI, op. cit., p. 610)

atividade, o ente da Administração direta a que estiverem vinculadas deverá responder subsidiariamente, assunto que se torna controverso quando se trata das sociedades de economia mista e empresas públicas com ações econômicas. De um lado posicionam-se os autores defendendo que, neste caso, o Estado não deve responder, nem mesmo subsidiariamente, pois os riscos da atividade econômica devem ser assumidos pela própria entidade e pelos que tiverem tido qualquer relação com as mesmas. Seguem esta corrente Diógenes Gasparini⁵⁹⁰ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁹¹. É de parecer contrário José dos Santos Carvalho Filho⁵⁹², que afirma não importar a natureza da atividade desenvolvida para que se configure a responsabilidade subsidiária estatal.

4.2.2 Agentes

O segundo elemento extraído do artigo 37, § 6º⁵⁹³, do Estatuto Fundamental, para caracterizar a responsabilidade civil estatal refere-se aos agentes estatais que nesta qualidade tiverem causado danos a terceiros.

⁵⁹⁰Diógenes Gasparini: *“Tal inteligência afina-se com o disposto no §1º do art. 173 da Constituição Federal (“A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhista e tributárias”). Pelos atos e obrigações assumidos não responde, a qualquer título (nem mesmo subsidiariamente), a Administração Pública a que pertencem ditas entidades. Os que elas contratam estão sujeitos aos riscos inerentes ao desempenho de atividades empresariais, devendo, por isso mesmo, cercar-se das cautelas normais que todo negócio existe.”* (GASPARINI, op. cit., p. 611)

⁵⁹¹Celso Antônio Bandeira de Mello: *“No que atina à responsabilidade destas empresas pelos danos que causarem a terceiros em virtude da condição de prestadoras de serviço público, atualmente é certo que se governa na conformidade dos mesmos critérios que se aplicam ao Estado; ou seja: os da responsabilidade objetiva, pois assim é, segundo doutrina e jurisprudência, a responsabilidade pública.”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1998, p. 132). E, *“[...] para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, [...] as sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito.”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1998, p. 620)

⁵⁹²José dos Santos Carvalho Filho: *“Por último, cabe salientar que, seja qual for a natureza da sociedade de economia mista ou da empresa pública, o Estado, vale dizer, a pessoa federativa a que estão vinculadas as entidades, é sempre responsável subsidiário (não solidário!). Significa dizer que somente se o patrimônio dessas entidades for insuficiente para solver os débitos, os credores terão o direito de postular os créditos remanescentes através de ação movida contra a pessoa política controladora.”* (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 338)

⁵⁹³Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 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.”*

Indubitável a amplitude dada a essas expressões pelo legislador constituinte, conforme dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao apresentar como exigência para a regra da responsabilidade objetiva *“que o dano seja causado por agentes das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço”*⁵⁹⁴. Deve ser, igualmente, abrangente a interpretação que responsabiliza o agente de causar prejuízos *“nesta qualidade”*, para que não se retorne ao período em que se fazia a distinção entre faltas pessoais e faltas funcionais para caracterizar a responsabilidade civil do Estado. Como afirma Odete Medauar *“ainda que o agente tenha tido conduta abusiva ou excessiva, fora dos padrões e normas vigentes, tal situação enseja a responsabilidade do Estado.”*⁵⁹⁵ E esta autora exemplifica: *“se um agente exerce a função de motorista e provoca um acidente no seu período de férias, sem o veículo oficial, não há que se cogitar de responsabilidade da Administração. Mas se um policial militar, no exercício das atividades de sua função, dirige veículo particular e atropela pedestre, o caso é de responsabilização.”*⁵⁹⁶

Toshio Mukai, por sua vez, apresenta outros exemplos: *“será de responsabilidade do Estado o ato praticado pelo médico de um hospital público, durante o seu horário de expediente neste hospital. Não será de responsabilidade do Estado o ato praticado pelo mesmo médico funcionário do hospital público, em sua clínica particular.”*⁵⁹⁷

Imprescindível observar-se que, independentemente de o legislador ter responsabilizado o Estado por danos causados pelos agentes das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, a obrigação reparatória subsiste mesmo quando não identificado o agente, ou ainda quando o prejuízo não

⁵⁹⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 414.

⁵⁹⁵ MEDAUAR, op. cit., p. 434.

⁵⁹⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 434.

⁵⁹⁷ MUKAI, op. cit., p. 528.

for decorrência de uma atuação imediata de um servidor, podendo inclusive o nexo causal ser estabelecido entre o dano e um fato administrativo, ou seja, basta que o prejuízo tenha ocorrido na esfera de atuação da Administração Pública.

Assevera-se, ainda, que essas considerações resultam da relação orgânica existente entre o agente estatal e a Administração Pública, e que, portanto, não deve ser identificada como representação ou mandato, fazendo com que *“a atividade do funcionário configure-se como atividade da própria pessoa jurídica, e, por conseguinte, devem ser atribuídas a esta toda as conseqüências, danosas ou não, dessa atividade”*⁵⁹⁸, conforme se examinou ao se tratar da teoria organicista⁵⁹⁹.

4.2.3 Ação regressiva

Prosseguindo na análise do preceito constitucional, vislumbra-se a possibilidade de propositura de ação regressiva pelo Estado contra o agente, quando ficar comprovado que este atuou com dolo ou culpa. É uma medida correta, pois se a responsabilidade estatal tem fundamento no princípio da solidariedade social que implica a diluição, na coletividade, do prejuízo causado ao administrado em decorrência de atividade realizada para o benefício de todos, a indenização dos danos não deve ser efetivamente suportada pela Sociedade, se for possível a identificação do causador e confirmada sua atuação movida por dolo ou culpa.

Do artigo 37, § 6º depreendem-se dois liames distintos que devem, então, ser tratados de forma individualizada. Um deles é entre a vítima e as pessoas jurídicas de direito público ou as privadas prestadoras de serviço público⁶⁰⁰, com base na teoria do risco, não tendo, por conseguinte, o lesado o ônus de provar a culpa do agente ou da falta da Administração. O segundo é formalizado entre o Ente Público e o seu agente que tiver dado

⁵⁹⁸ CAHALI, op. cit., p. 75.

⁵⁹⁹ Vide item 3.2.

⁶⁰⁰ No caso desta pesquisa entre a vítima e os entes da Administração direta ou indireta, que podem propor ação regressiva contra os seus agentes, se comprovado dolo ou culpa dos mesmos.

origem ao dano por sua ação ou omissão praticada dolosamente ou de forma imperita, imprudente ou negligente. Desta forma, deve ser estabelecida uma relação jurídico-processual, entre administrado/Estado e, posteriormente, outra entre Estado/agente, entendendo-se que na ação proposta pelo ofendido não se deve admitir a denúncia à lide do servidor⁶⁰¹. Tudo isto para que a demanda não acabe envolvida em provas e detalhes próprios de obrigação reparatória fulcrada na teoria da responsabilidade subjetiva, o que, certamente, criaria empecilhos e demora no ressarcimento da vítima.

Entretanto, este tema não é pacífico, e Odete Medauar colaciona os argumentos favoráveis e contrários à denúncia da lide ao agente:

Em sentido contrário à denúncia salientam-se as seguintes justificativas, dentre outras: a) a Constituição federal, art. 37, §6º, responsabiliza o Estado pelo ressarcimento à vítima do dano, com base na prova do nexo causal; aqui se trata de relação de responsabilidade entre poder público e vítima (ou cônjuge e herdeiros), descabida a interferência de outra relação obrigacional; portanto, o art. 70, III, do Código de Processo Civil, deixa de prevalecer ante a regra constitucional; b) necessidade de priorizar o direito da vítima, evitando demora no andamento do processo pelo ingresso de mais um sujeito; c) ingerência de um fundamento novo na demanda principal. Esta parece ser a orientação a que mais se inclina a jurisprudência.

Em sentido favorável à denúncia existe também farta jurisprudência, argumentando-se o seguinte: a) o art. 70, III, do Código de Processo Civil alcança todos os casos de ação regressiva; b) por economia processual e para evitar decisões conflitantes, a responsabilidade do agente pode ser apurada nos autos da ação de reparação de dano; c) recusar a denúncia à lide cerceia um direito da Administração.⁶⁰²

Apesar de existir quem defenda a denúncia da lide ao servidor na ação proposta contra a Administração, opina-se pela impossibilidade da mesma seja em razão dos argumentos já apresentados acima, seja porque o Estado não perde o direito de regresso, caso não utilize a denúncia^{603 604}.

Reafirma-se, que a comprovação da culpa ou dolo do agente restringe-se tão somente ao momento em que a Administração exerce seu direito de regresso tendo em vista que, para o

⁶⁰¹ Código de Processo Civil, art. 70, III: “A denúncia da lide é obrigatória: ...III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.”

⁶⁰² MEDAUAR, op. cit., p. 436.

⁶⁰³ BRUNINI, op. cit., p. 64.

⁶⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 636.

administrado reconhecer seu direito ao ressarcimento, não é necessário comprovar o ato ilícito do agente, como ocorre na responsabilidade por ato de terceiro, fase há muito superada pela doutrina da responsabilidade civil do Estado.

Por fim, destaca-se a possibilidade de o administrado propor a ação indenizatória diretamente contra o servidor. Neste caso, no entanto, a vítima deverá provar o dolo ou a culpa do agente, renunciando ao benefício consagrado constitucionalmente que a desincumbe desse ônus quando tiver proposto a demanda contra o Estado, arriscando-se, ainda, a possível insolvência do servidor.

4.3 Relação dos elementos constitucionais com os dispositivos infra-constitucionais

Considerando que os dispositivos infra-constitucionais devem coadunar-se com os elementos constitucionais analisados, propõe-se o estudo da relação entre ambos e apresente-se a interpretação que dela resulta. Para o desenvolvimento deste assunto, abordar-se-á a disposição da matéria no âmbito do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor.

O Código Civil de 2002, superando a redação do artigo 15⁶⁰⁵ do Estatuto Civil de 1916, filiada à doutrina subjetiva, consagra em seu artigo 43⁶⁰⁶ a teoria do risco administrativo, conformando-se, portanto, ao que já está inserido no ordenamento jurídico nacional desde 1946, quando a então Carta Magna, finalmente, consagrou a responsabilidade civil estatal na modalidade objetiva. Desta maneira, por não ter o legislador repetido no atual ordenamento civilista a exigência do agente ter procedido de modo contrário ao direito ou ter

⁶⁰⁵ Código Civil de 1916, artigo 15: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

⁶⁰⁶ Código Civil de 2002, artigo 43: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por partes destes, culpa ou dolo.”

faltado a dever prescrito por lei, e diante da vinculação hierárquica necessária ao preceito constitucional, indubitável reafirmar a teoria do risco administrativo. Todavia, desfere-se uma crítica ao artigo 43 do Código Civil de 2002 que afirma serem responsáveis as pessoas jurídicas de direito público interno, restrição não prevista no artigo 37, § 6º da Constituição vigente. Invocando-se o que foi apresentado na evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico nacional, recorda-se que, da mudança da redação da Carta de 1946 para a de 1967, o que se destaca é justamente a supressão do qualificativo interno das pessoas jurídicas de direito público, o que se repetiu tanto em 1969 como em 1988, identificando-se, portanto, um verdadeiro equívoco do legislador civilista, já que a restrição não foi prevista na Carta Magna.

No que pertine ao Código de Defesa do Consumidor, há mais detalhes a serem apontados, adiantando-se, que os seus dispositivos possuem a nobre finalidade de corroborar o que já foi consolidado pelas doutrinas de Direito Constitucional e Administrativo.⁶⁰⁷

Diante da extensão dos preceitos e de toda gama de princípios inovadores do Código de Defesa Consumidor, que influenciam as mais diversas áreas jurídicas e econômicas, buscar-se-á apenas, apresentar a identidade administrado/consumidor e Estado/fornecedor, além, certamente, de tratar do sistema de responsabilidade que rege a reparação dos danos decorrentes da prestação de serviços públicos, o que, ratifica-se, já estava consagrado constitucionalmente.

O legislador constituinte intentou promover a proteção do consumidor no Brasil⁶⁰⁸, concedendo-lhe tratamento constitucional, elevando-a à categoria dos direitos individuais e

⁶⁰⁷ E, ainda, como se observará já no item 4.3.1, é evidente a importância da legislação consumerista para regular a responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, as quais se aplica, ainda, preceitos da responsabilidade civil regulada no Código Civil, para a reparação de danos causados por seus agentes.

⁶⁰⁸ Maria Antonieta Zanardo Donato alerta que quando se sustenta que o Código de Defesa do Consumidor é o primeiro regramento do mercado de consumo no direito brasileiro, “*não estamos afirmando que, anteriormente a sua promulgação, inexistiam leis a proteger o consumidor. Elas existiam, ainda que não tratassem especificamente do ‘consumidor’ ou visassem diretamente a sua proteção, enquanto categoria diferenciada.*” (DONATO, 1994, p. 21)

coletivos, no artigo 5º, inciso XXXII⁶⁰⁹, tratando-a como princípio geral da atividade econômica, consoante prescrição do artigo 170, V⁶¹⁰. Também foi referida no artigo 150, § 5º⁶¹¹, ao dispor sobre as limitações do poder de tributar da União, dos Estados e Municípios, no artigo 175, parágrafo único, incisos II e IV⁶¹², que alude aos direitos dos usuários de serviços públicos e à obrigatoriedade da manutenção de serviços adequados. E ainda, no artigo 24, incisos V e VIII⁶¹³, que estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a produção e consumo e a responsabilidade por dano ao consumidor, e no artigo 48⁶¹⁴ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando o prazo para sua elaboração⁶¹⁵.

A Lei nº 8078 de 11/09/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, resulta justamente da regulamentação desses preceitos constitucionais. As normas estabelecidas pelo diploma legal são de ordem pública e de interesse social, o que determina seu caráter cogente, não se concedendo às partes, portanto, a opção de aplicarem ou não seus comandos.⁶¹⁶

Esse Código visa, primordialmente, promover o equilíbrio de forças entre fornecedor e consumidor, este que se caracteriza fortemente pela sua vulnerabilidade. A autonomia da

⁶⁰⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

⁶¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 170, inciso V: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor.”

⁶¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 150, § 5º: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] § 5º- A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.”

⁶¹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 175, parágrafo único, inciso II: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: [...] II – os direitos dos usuários; [...]; IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

⁶¹³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 24, incisos V e VIII: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] V- produção e consumo; [...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direito de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

⁶¹⁴ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 48: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

⁶¹⁵ Prazo este que consoante demonstra a data da publicação da Lei 8078, de 11/09/1990, não foi atendido.

⁶¹⁶ MARQUES, 1992, p. 156.

vontade, consagrada pelas codificações oitocentistas e novecentistas, mostra-se insuficiente para proteger o cidadão tendo em vista que, com o crescimento populacional, o progresso da industrialização e a padronização dos comportamentos, por diversas vezes, sua vontade é suplantada pela do fornecedor que cada vez mais lhe impõe contratos massificados, praticados principalmente sob forma de contratos de adesão.

Como conseqüência, a codificação consumerista busca criar mecanismos protetivos, através do resgate da *“imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e sobretudo coletivo.”*⁶¹⁷

Apresentadas estas considerações iniciais, passa-se ao exame da adequação do Código de Defesa do Consumidor ao tema desta dissertação. Para isto é essencial destacar o conceito de fornecedor, disposto no artigo 3º, *caput*,⁶¹⁸, bem como os artigos 4º inciso VII⁶¹⁹; 6º, inciso X⁶²⁰ e 22⁶²¹.

Diante desses preceitos, fica visível a obrigatoriedade do Estado em atender as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Devido a sua adequação ao conceito de fornecedor, que abrange também a pessoa pública, assim como a imposição desta lei aos órgãos públicos, que por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias, ou mesmo sob

⁶¹⁷ GRINOVER *et al*, 1998, p. 25.

⁶¹⁸ Código de Defesa do Consumidor, artigo 3º, *caput*: “Fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

⁶¹⁹ Código de Defesa do Consumidor, artigo 4º, inciso VII: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos.”

⁶²⁰ Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso X: “São direitos básicos do consumidor: [...] X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

⁶²¹ Código de Defesa do Consumidor, artigo 22: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”

qualquer outra forma de empreendimento de racionalização e melhoria dos serviços públicos que, aliás, devem ser adequados, seguros, eficientes e ainda contínuos, no caso dos essenciais.

Neste sentido:

Fala ainda o art. 3º do Código de Proteção ao Consumidor que o fornecedor pode ser *público* ou *privado*, entendendo-se no primeiro caso o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos, sobrelevando-se salientar nesse aspecto que um dos direitos dos consumidores expressamente consagrados pelo art. 6º, mais precisamente no seu inc. X, é adequada e eficaz prestação dos serviços públicos.⁶²²

E ainda:

Nos termos do art. 3º do CDC, as pessoas jurídicas de direito público – centralizadas ou descentralizadas – podem figurar no pólo ativo da relação de consumo, como fornecedoras de serviços. Por via de consequência, não se furtarão ocupar o pólo passivo da correspondente relação de responsabilidade. O art. 22 faz remissão às empresas – *rectius* empresas públicas – concessionárias de serviços públicos, entes administrativos com personalidade de direito privado, mas por extensão é aplicável às sociedades de economia mista, fundações e autarquias, posto que não nominadas, sempre que prestarem serviços públicos.⁶²³

Caracterizado o ente estatal como fornecedor, faz-se necessário estudar a posição de consumidor, definido em diversos dispositivos no Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, bem abrangente.

O consumidor, inicialmente, identifica-se com o destinatário final de produto ou serviço, consoante o disposto no artigo 2º, “*caput*”⁶²⁴. Para que a pessoa física ou jurídica seja qualificada como consumidor, é necessário que não utilize os produtos e serviços como insumos ao desempenho de sua atividade lucrativa, colocando-se, portanto, como adquirente e último usuário do produto ou serviço, que não poderá ser objeto de transformação ou revenda.

Em decorrência da complexidade das matérias que o Código intentou abranger, como da preocupação do legislador em fazer incidir sua tutela não somente sobre o período da contratação, mas também à fase pré e pós-contratual, assegurando preventivamente a

⁶²² GRINOVER *et al*, op. cit., p. 36.

⁶²³ *Ibid.*, p. 36.

⁶²⁴ Código de Defesa do Consumidor, artigo 2º, *caput*: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

segurança do consumidor e a efetiva reparação no caso de danos, o Código de Defesa do Consumidor não se ateve ao conceito geral de consumidor previsto no artigo 2º, *caput*, mas prevendo, outros três conceitos. Já no parágrafo único⁶²⁵ deste mesmo artigo equiparou o consumidor à coletividade, ainda que de pessoas indetermináveis, enquanto interveniente nas relações de consumo. Do mesmo modo, também se entende consumidor, consoante prescrição do artigo 17⁶²⁶, todas as vítimas de danos, mesmo que estranhos à relação jurídica do consumo, provocados pela propagação de acidentes de consumo decorrentes do fato do produto ou do serviço, eis que com certa freqüência não atingem apenas o consumidor, mas também, terceiros.⁶²⁷ Da mesma forma, por força do artigo 29⁶²⁸ do Código de Defesa do Consumidor, integra-se, ainda, ao conceito de consumidor, todo aquele que for exposto às práticas previstas no “Capítulo V - Das práticas comerciais” e “Capítulo VI - Da proteção contratual”, e que se referem às formas de oferta do produto (artigos 30 a 35), à publicidade (artigos 36 a 38), às práticas abusivas (artigos 39 a 41), às cobranças de dívida (artigo 42), aos bancos de dados e cadastros de consumidores (artigos 43 e 44), às cláusulas abusivas (artigos 51 a 53) e aos contratos de adesão (artigo 54).⁶²⁹

Constatados os conceitos de fornecedor e consumidor, e concluindo-se pela submissão do Poder Público aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, segue-se ao estudo da responsabilidade civil pelo fato do serviço público⁶³⁰, mais especificamente a

⁶²⁵ Código de Defesa do Consumidor, artigo 2º, parágrafo único: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

⁶²⁶ Código de Defesa do Consumidor, artigo 17: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” A Seção a que o preceito se refere é a “II – Da responsabilidade pelo fato produto e do serviço.”

⁶²⁷ DONATO, op. cit., p. 262.

⁶²⁸ Código de Defesa do Consumidor, artigo 29: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

⁶²⁹ GRINOVER *et al.*, op. cit., p. 211.

⁶³⁰ O Código de Defesa do Consumidor trata ainda da responsabilidade civil pelo fato do produto, que somente será abordada em razão da pertinência ao tema quando se tratar da responsabilidade civil das empresas públicas e das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica (Vide item 4.3.1). Do mesmo modo, esta lei regulamenta a responsabilidade civil por vício do produto e do serviço, que por se tratar diretamente da relação de consumo, e não dos danos que pode causar, não se relaciona diretamente ao tema, razão pela qual não será analisada. A par dos danos provocados aos consumidores pelos defeitos do produto ou do serviço, que caracterizam os acidentes de consumo, estão os causados pelos vícios. Os defeitos possuem natureza mais grave

obrigação reparatória da Administração por danos causados aos administrados em razão de um serviço prestado. Consoante já afirmado, o sistema de responsabilidade civil previsto no Código de Defesa do Consumidor corrobora com o disposto constitucionalmente, não havendo qualquer conflito entre as normas.

Depreende-se, então, que a espécie de responsabilidade civil adotada para os danos provocados pelo fato do serviço foi a objetiva. O sistema reparatório para tais casos está regulamentado no artigo 14⁶³¹ do Código de Defesa do Consumidor, sendo, por conseguinte, irrelevante a apuração de culpa, decorrendo a responsabilidade da prestação de serviços defeituosos e da informação incompleta ou inadequada sobre o uso e os riscos possíveis. O serviço será considerado defeituoso quando frustrada a expectativa de segurança que deveria proporcionar, levando-se em consideração o modo de fornecimento, o resultado e os riscos razoavelmente esperados, e a época em que foi fornecido. Estão compreendidas entre as informações que acompanham o serviço todas as mensagens, publicitárias ou não, relacionadas e prestadas pelo fornecedor. O serviço, contudo, não será considerado defeituoso em razão de adoção de novas técnicas. O fornecedor estará isento de responsabilidade se conseguir comprovar a inexistência do defeito, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, além, certamente, das demais excludentes de causalidade, como o caso fortuito e a força maior⁶³².

do que os vícios, vez que dos primeiros decorrem danos que não se restringem a mera desvalorização ou a impossibilidade de uso. E em razão disto, o Código de Defesa do Consumidor disciplinou em seção distinta a responsabilidade por vício do produto e do serviço.

⁶³¹ Código de Defesa do Consumidor, artigo 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. §1º O serviço é defeituoso quando não fornece segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido. §2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. §3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

⁶³² No que se refere ao caso fortuito e a força maior, são fundamentais as seguintes considerações: “As hipóteses de caso fortuito e força maior, descritas no artigo 1.058 do Código Civil como eximentes de responsabilidade na ordem civil, não estão elencadas entre as causas excludentes de responsabilidade pelo fato do produto. Mas a doutrina mais atualizada já se advertiu de que esses acontecimentos – ditados por forças físicas da natureza ou

Diante do exposto, acredita-se ter ficado estabelecida a relação entre os elementos constitucionais e os dispositivos do novo Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, visualizando-se a perfeita consonância entre eles, sendo, conseqüentemente, indiscutível a regência da responsabilidade civil estatal pela doutrina objetiva, estando a vítima desonerada da prova da culpa, seja do agente ou da própria Administração, estando, portanto, amparada juridicamente pelo direito de ter seus danos reparados, um vez caracterizado o nexo causal entre estes e a atividade administrativa⁶³³.

4.3.1 Os dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade civil das sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradoras de atividade econômica

O artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 disciplina a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Dentro da limitação do objeto da presente pesquisa, enquadram-se como pessoas jurídicas de direito privado as fundações públicas, se assim tiver sido determinado pelo legislador, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo. Na primeira hipótese, instalando-se na fase de concepção ou durante o processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-la para se subtrair à responsabilidade por danos. [...] Por outro lado, quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Nem tem cabimento qualquer alusão ao defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, no mais das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir. Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inocorrência dos respectivos pressupostos.” (GRINOVER et al., op. cit., p. 154-155) E, ainda: “As causas excludentes de responsabilidade do prestador de serviços são as mesmas previstas na hipótese do fornecimento de bens, a saber: que tendo prestado o serviço, o defeito inexistente, ou que a culpa é exclusiva do usuário ou de terceiro. Reportamo-nos, por isso, aos comentários feitos ao art. 12 [são os comentários apresentados acima], lembrando que, também nesta sede, as eximentes do caso fortuito e da força maior atuam como excludentes de responsabilidade do prestador de serviços. E de uma forma muito mais intensa, por isso que podem se manifestar durante ou após a prestação de utilidade ou comodidade ao consumidor (v.g., um hospital pode se eximir de responsabilidade pelo fato do serviço, alegando corte no fornecimento de energia elétrica ocorrido durante ou após o ato operatório). Jamais, contudo, quando forem anteriores à prestação dos serviços.” (Ibid., p. 159)

⁶³³ Os pressupostos específicos para a caracterização da responsabilidade civil estatal serão aprofundados no item 4.4.

Considerando-se que as sociedades de economia mista e as empresas públicas podem ter, como objeto, tanto a prestação de serviços públicos quanto o desenvolvimento de atividade econômica, conclui-se que o citado preceito somente será aplicado, no caso, se a atuação delas restringir-se à primeira hipótese, sem o que deverão sujeitar-se ao regime próprio das empresas privadas, consoante o artigo 173, § 1º, II⁶³⁴, não se aplicando, por conseguinte, o artigo 37, § 6º⁶³⁵, ambos da Carta Magna de 1988.

E quais os dispositivos legais que devem ser aplicados? É incorreto dizer que, então, as empresas públicas e sociedades de economia mista reger-se-ão pela doutrina subjetiva. Também é insuficiente afirmar, diante do objetivo proposto no presente trabalho, que devem sujeitar-se ao regime jurídico das empresas privadas, sem que se indique que sistema adotar.

Desta forma, divide-se a análise em dois momentos: o primeiro relativo aos danos causados a terceiros pelos empregados das ditas estatais; e o segundo aos danos causados aos usuários dos serviços e produtos resultantes das atividades econômicas das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

Na primeira situação, aplica-se a responsabilidade civil por ato de terceiro⁶³⁶, especificamente, na modalidade da responsabilidade dos patrões pelos atos de seus empregados prevista no Código Civil de 2002, artigos 932, III e 933, que prestigia justamente a responsabilidade objetiva, inovando em comparação ao disposto no Código Civil de 1916, artigo 1521, III e 1523, mas refletindo, de fato, a evolução já ocorrida por obra da

⁶³⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 173, § 1º, inciso II: “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.*”

⁶³⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 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.*”

⁶³⁶ Vide item 2.5.3.

jurisprudência e da doutrina, o que, adianta-se, não ocorre exatamente nos mesmos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Diante da prevalência, durante séculos, do dogma da culpa, foi difícil a aceitação de que era possível alguém ser responsabilizado por um ato que não tivesse sido cometido por ele diretamente, e de forma culposa. Consentâneo com este pensamento, o Código Civil de 1916, que tratou no artigo 1521⁶³⁷ da responsabilidade civil por ato de outrem, logo em seu artigo 1523⁶³⁸ exigiu a prova de concorrência de culpa dos responsáveis pelos causadores diretos do dano, e no artigo 1522⁶³⁹ determinou a equiparação das pessoas jurídicas, ou seja, exploradoras da atividade empresarial, aos patrões, amos e comitentes. No sistema original deste Estatuto Civil, não se tratava efetivamente de obrigação ressarcitória em razão de ato perpetrado por outra pessoa (em relação a qual se teria, basicamente, o dever de cuidado), mas sim de responsabilidade direta por ato próprio, uma vez que se exigia da vítima a prova da culpa *in vigilando*, *in educando* ou *in eligendo*.

Assim, vislumbra-se que apesar de tais situações classificarem-se como responsabilidade civil indireta, o Código Civil de 1916, tratou-as, na verdade, como caso de responsabilidade direta, pois a pessoa obrigada a indenizar por ato cometido por outrem, também precisava ter concorrido para a provocação do dano.

Isto fica evidente no posicionamento de Orlando Gomes:

Ao tratar das conseqüências do ilícito civil na pessoa que não causou pessoalmente o dano, fala-se correntemente em responsabilidade por fato de outrem, mas a expressão, originária da doutrina francesa, é manifestamente imprópria. Se a responsabilidade deriva da culpa de quem comete ato ilícito,

⁶³⁷ Código Civil de 1916, artigo 1521: “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem em seu poder e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1522); IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.” (grifou-se)

⁶³⁸ Código Civil de 1916, artigo 1523: “Excetuadas as do art. 1521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.”

⁶³⁹ Código Civil de 1916, artigo 1522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, n. III, abrange as pessoas jurídicas, que exercerem exploração industrial.”

só se pode admiti-la, no rigor da lógica, em consequência de fato próprio. Culpa reflexa soa mal. (...) A responsabilidade pelo fato de outrem deriva da infração do dever de vigilância. É preferível, por conseguinte, substituir a primeira expressão pela segunda, como fazem escritores alemães.⁶⁴⁰

O tratamento legal dado à matéria foi muito contestado, à época, principalmente pela grande dificuldade imposta à vítima de provar a culpa tanto do agente direto, quanto daquele que não teria participado diretamente, mas apenas concorrido para a lesão.

Sendo assim, pelo regime do Código Civil de 1916, o lesado ficava em péssima situação, pois para ter o seu prejuízo ressarcido se via obrigado a provar que o agente direto agira com culpa, bem como, que aquele que se buscava responsabilizar indiretamente também teria incorrido no mesmo elemento volitivo, que no caso dos patrões, configurava-se na falha de vigilância ou de escolha daquele que seria o futuro lesante. Caso não fosse provada essa concorrência de culpa, dependendo dos recursos ou mesmo da capacidade civil do agente direto, a vítima ficava sem indenização, devendo arcar com o prejuízo que lhe tinha sido causado injustamente.

Em razão disso, a doutrina e a jurisprudência logo criticaram os termos dos preceitos reguladores desta matéria. É o que afirmou José de Aguiar Dias, ao tempo do Código Civil de 1916:

Continua tormentosa a questão suscitada por esse gênero de responsabilidade. E em poucos terrenos se mostra com tanta intensidade a insuficiência da idéia subjetiva, dentro da qual o direito positivo força a discussão, dificultando a solução moderna.

Não nos empenhamos em defender o texto legal. Se ele não serve ao fim social, o poder legislador está, de alguma forma, procedendo como o particular que abusa do seu direito. Por isso, sobra-nos coragem para sustentar que, admitindo que tenham razão os que advogam a interpretação reacionária do texto do Código Civil, com relação à responsabilidade do preponente essa vitória de interpretação não lhes pode valer de muito às necessidades da hora presente, já não corresponde à verdade, é contrária à realidade, aberrante da solução positiva das nações civilizadas e deve, por tudo isso, ser abandonada.⁶⁴¹

Inicialmente, então, passou-se a defender a atribuição de uma presunção de culpa *juris tantum* aos empregadores, pois se entendia que, se o dano havia sido causado pelos seus

⁶⁴⁰ GOMES, op. cit., p. 287.

⁶⁴¹ DIAS, op.c it., p. 522.

empregados é porque algo denunciava sua culpa, presunção esta que, por ser relativa, admitia prova em contrário. Posteriormente, a partir da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal⁶⁴², a presunção relativa foi substituída pela absoluta.⁶⁴³ E, por fim, com o Código Civil de 2002, ficou determinada a responsabilidade objetiva dos empregadores pelos atos de seus prepostos, conforme os já citados artigos 932, III e 933.

Entretanto, mesmo tendo sido consagrada a responsabilidade civil objetiva do patrão pelo ato de seu empregado, aquele não terá que indenizar a vítima quando este não tiver praticado ato ilícito, ou seja, no caso da responsabilidade civil por ato de terceiro, há dois aspectos distintos que devem ser analisados. O primeiro é o comportamento do empregado que deverá ter causado o dano mediante dolo, imprudência, imperícia ou negligência, estando a vítima, mesmo que proponha a ação diretamente contra o patrão, obrigada a comprovar a culpa do ofensor direto e, somente após a caracterização da culpa deste é que se estabelece a relação de responsabilidade do patrão, o segundo aspecto, que, então, dependendo da disposição legal, poderá ser responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade subjetiva com presunção de culpa relativa, ou mesmo como se dá, atualmente, de responsabilidade objetiva. E, o avanço teórico ocorreu justamente neste segundo momento, pois se o lesado permanece obrigado a comprovar a culpa do causador direto do dano, ou seja, do empregado, no entanto, não tem mais o ônus de demonstrar a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do patrão, que não pode mais recusar-se a assumir sua responsabilidade.

Com isso, no sistema vigente, comprovada a atuação ilícita do empregado no exercício do seu trabalho ou em razão dele, o empregador deverá indenizar a vítima, mesmo que insista em alegar que não teve qualquer contribuição para o resultado danoso, podendo, tão-somente, para afastar o seu dever reparatório, invocar as excludentes de causalidade, ou seja, caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima. Salienta-se,

⁶⁴² Súmula 341, do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

⁶⁴³ GONÇALVES, op. cit., p. 120.

ainda, que empregado e patrão são responsáveis solidariamente, conforme artigo 942, parágrafo único⁶⁴⁴, sendo possível posterior ação regressiva, nos termos do artigo 934⁶⁴⁵.

Analisado o regime das empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, cogita-se importante estabelecer a distinção deste sistema com o atribuído constitucionalmente às pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviço público.

Desta forma, enquanto no caso de atividade própria da iniciativa privada, no qual se inserem as empresas estatais não prestadoras de serviço público, o empregador somente responde, mesmo que objetivamente, quando o seu empregado tiver agido de forma ilícita, na hipótese de responsabilidade civil prevista no artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, a responsabilidade estatal configura-se independentemente da culpa de seu agente, conforme já frisado⁶⁴⁶, ratificando-se, ainda, que a obrigação ressarcitória da Administração Pública não se vincula à caracterização da culpa, seja decorrente de suas falhas anônimas ou das de seus agentes, sendo que a apuração desse elemento volitivo possui finalidade única, qual seja, o exercício da ação regressiva.

No que tange, ainda, ao regime da iniciativa privada aplicável à responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas públicas que desenvolvem atividade econômica, mostra-se salutar a apresentação do dever reparatório resultante de danos provocados aos consumidores, em seu sentido mais abrangente conforme apresentado acima⁶⁴⁷, por seus produtos e serviços. Sendo assim, retorna-se ao estudo do Código de Defesa do Consumidor, cabendo aqui apenas breves comentários, uma vez que a aplicação dos preceitos deste diploma é cabível tanto para as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado

⁶⁴⁴ Código Civil de 2002, artigo 942, parágrafo único: "São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932."

⁶⁴⁵ Código Civil de 2002, artigo 934: "Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz."

⁶⁴⁶ Vide item 4.2.2.

⁶⁴⁷ Vide item 4.3.

prestadoras de serviço público, cuja adequação ao sistema já foi apresentada, como para as sociedades de economia mista e empresas públicas. Então, conseqüentemente, a responsabilidade delas também será objetiva nos termos do artigo 14⁶⁴⁸ do Código de Defesa do Consumidor que trata do fato do serviço, indicando-se, ainda, agora em decorrência da maior amplitude da atividade desenvolvida por tais empresas, a responsabilidade pelo fato do produto, que está prevista nos artigos 12⁶⁴⁹ e 13⁶⁵⁰ da Lei nº 8078/90.

Já tendo sido abordado o modelo de responsabilidade pelo fato do serviço, que se aplica plenamente às pessoas jurídicas ora analisadas, não cabe retomá-lo, remetendo-se, então, o leitor, ao disposto anteriormente⁶⁵¹. No que se refere ao sistema reparatório de danos decorrentes do fato do produto, faz-se apenas uma pequena referência, tendo em vista a similaridade do tratamento legal e da consagração também da responsabilidade objetiva.

Nos termos do artigo 3º, § 1º⁶⁵², produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. O artigo 12 aponta apenas alguns dos fornecedores elencados no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, fazendo com que neste caso, de forma taxativa, sejam

⁶⁴⁸ Código de Defesa do Consumidor, artigo 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. §1º O serviço é defeituoso quando não fornece segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido. §2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. §3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

⁶⁴⁹ Código de Defesa do Consumidor, artigo 12: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. §1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação. §2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. §3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

⁶⁵⁰ Código de Defesa do Consumidor, artigo 13: “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.”

⁶⁵¹ Vide item 4.3.

⁶⁵² Código de Defesa do Consumidor, artigo 3º, § 1º. “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

responsabilizados o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos provenientes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, assim como pela insuficiência ou inadequação das informações sobre sua utilização e riscos. Exclui, portanto, da sua abrangência, o comerciante, que poderá, no entanto, vir a ser responsabilizado subsidiariamente, nos termos do artigo 13, quando os acima citados não puderem ser identificados, quando o produto for fornecido sem identificação clara dos mesmos ou, ainda, quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis. O produto será considerado defeituoso se não oferecer a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração, para tanto, a sua apresentação, que inclui todo o processo informativo que o cerca com vistas à comercialização, incluindo instruções constantes, por exemplo, dos rótulos, bulas, embalagens; o uso e os riscos que razoavelmente eram esperados; e a época em que foi colocado no mercado, tendo destaque neste aspecto a discutida teoria dos riscos de desenvolvimento, em que se exclui a responsabilidade do fornecedor quando a constatação da possibilidade de acidentes de consumo só ocorrer em decorrência dos avanços científicos posteriores ao ingresso do produto ou serviço no mercado de consumo. Por outro lado o produto não será considerado defeituoso caso seja colocado em circulação outro de melhor qualidade, bem como, não serão responsabilizados o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador, se verificar-se que o produto não foi colocado no mercado, que o defeito inexistente, que o consumidor ou terceiro tenha agido com culpa exclusiva, assim como, ante a configuração do caso fortuito e força maior⁶⁵³.

⁶⁵³ Vide nota 632.

4.4 Os pressupostos específicos da responsabilidade civil do Estado

Inobstante já se ter especificado quais os pressupostos necessários à caracterização da responsabilidade civil, independentemente da modalidade em que esta se apresente, - em sentido estrito ou negocial, objetiva ou subjetiva, direta ou indireta - , realiza-se um estudo que visa combinar tais pressupostos com as especificidades da obrigação reparatória estatal.

Sendo assim, inicia-se indicando os pressupostos da responsabilidade civil, sendo eles a antijuridicidade, o nexo de imputação, o dano, o nexo causal e o cabimento no âmbito de proteção da norma.⁶⁵⁴

A antijuridicidade representa uma violação ao direito de *outrem* não autorizada pelo ordenamento jurídico, ou seja, uma determinada atuação do agente que provoca um resultado (não necessariamente um dano), o qual se caracteriza como antijurídico, uma vez que não amparado pelas normas jurídicas⁶⁵⁵. Este pressuposto é imprescindível para se distinguir as indenizações decorrentes da responsabilidade civil e as que resultam de desapropriações, tendo em vista que somente no primeiro caso a violação é antijurídica, sendo que na segunda situação a ordem jurídica é quem confere à Administração “*o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial*”⁶⁵⁶.

O nexo de imputação para a responsabilidade civil estatal, segundo explanado, por diversas vezes, no presente trabalho, é a teoria do risco administrativo, que fundamenta a responsabilidade objetiva. Qualquer tentativa de se investigar o nexo de imputação de culpa é desnecessária e inadequada.

Os terceiro e quarto pressupostos, dano e nexo de causalidade, possuem importância fundamental, não somente porque influenciam sobremaneira a configuração da

⁶⁵⁴ NORONHA, 1993, p. 19.

⁶⁵⁵ Vide item 2.4.1.

⁶⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, p. 607.

responsabilidade objetiva, mas principalmente porque se deve impedir que o Estado assuma, diante da sua forte intervenção na Sociedade, a responsabilidade por todos os males nela ocorridos. E tal intento é alcançado justamente pela adequada caracterização destes pressupostos, sem que seja necessário recorrer à doutrina subjetiva, que depois de avanços seculares não mais encontra espaço para tratar da obrigação reparatória estatal.

Deste modo, o dano, que pode ser patrimonial ou moral, conforme o bem jurídico atingido, determinará a responsabilidade civil da Administração Pública quando for *“anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade”*⁶⁵⁷

Diógenes Gasparini também define as características do dano reparável:

O dano só é reparável pela Administração Pública causadora do evento danoso se for *certo* (possível, real, efetivo, presente – exclui-se, pois, o dano eventual, i. e., o que poderá acontecer), *especial* (individualizado, referido à vítima, pois, se geral, configuraria ônus comum à vida em sociedade), *anormal* (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), *referente a uma situação protegida pelo Direito* (incidente sobre uma atividade lícita; não são protegidas, p. ex., os danos decorrentes da destruição de uma plantação de maconha) e de *valor economicamente apreciável* (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório).⁶⁵⁸

E, o nexos de causalidade a ser estabelecido entre o dano, dotado dessas especificidades, e o evento administrativo, insista-se, deve ser examinado sem qualquer juízo de culpa, sendo suficiente estabelecer se o prejuízo é efetivamente o resultado da ação ou omissão estatal, somente podendo, por conseguinte, ser afastado, quando evidenciado o caso fortuito ou força maior, o fato de terceiro ou a culpa exclusiva da vítima.

Em ambos os pressupostos caberá ao julgador, no estudo do caso concreto, determinar se eles possuem as características necessárias para determinar a responsabilidade do Estado. Não se trata de investigar, cabe insistir, se a Administração funcionou mal, não

⁶⁵⁷ CAHALI, op. cit., p. 78.

⁶⁵⁸ GASPARINI, op. cit., p. 608-609.

funcionou ou funcionou tardiamente, muito menos de se aferir se o agente atuou com dolo ou culpa, mas sim, transportar-se exclusivamente para a análise do dano e do nexo de causalidade, concluindo-se ou não pela obrigação reparatória estatal. E isto não é apenas um cuidado teórico, mas sim a demonstração de respeito a doutrinas e normas jurídicas consagradas, e que representam a luta contra o dogma da culpa, cada vez mais insuficiente para proteger o cidadão e para preservar o equilíbrio e a harmonia sociais.

Resta examinar o cabimento no âmbito de proteção da norma, pressuposto que intenta promover a melhor delimitação do liame de causalidade além de impedir a exigência de atuação heróica, milagrosa e impossível do causador do dano, ou seja, no presente trabalho, da Administração Pública. É evidente que não se pode garantir segurança absoluta aos administrados pondo fim a todas situações de criminalidade, bem como não podem os profissionais de um hospital público curar e impedir a morte de todos os seus pacientes, tendo em vista que se trata de questões inerentes à vida em comunidade e principalmente à própria condição humana. Sendo assim, investiga-se o resultado danoso e a proteção efetivamente determinada pela norma, não havendo, certamente, no que concerne à responsabilidade civil do Estado, por exemplo, a obrigatoriedade de solver as situações apontadas acima, que somente gerarão o dever reparatório quando evidenciados, de modo efetivo, os danos, com os seus aspectos próprios e peculiares, e o nexo de causalidade entre estes e a atividade estatal, que, salienta-se, deve ser promovida dentro da noção de razoabilidade, o que, alerta-se com veemência, não se confunde com a análise de culpabilidade e responsabilidade restrita aos casos de ineficiência dos serviços públicos.

4.5 Responsabilidade civil do Estado por omissão

A responsabilidade civil da Administração pelos seus atos omissivos representa o ponto em que há maior resistência à aplicação integral da doutrina da responsabilidade objetiva para os danos provocados aos administrados, apoiando-se, para tanto, em teorias que há muito tempo já foram superadas e que, portanto, representam verdadeiro retrocesso.

Tal posicionamento, conduzido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello, conta com um número considerável de adeptos, como por exemplo, Kiyoshi Harada⁶⁵⁹, José dos Santos Carvalho Filho⁶⁶⁰, Mirna Cianci⁶⁶¹, e George A. Tomelin⁶⁶². Para que se compreenda, e afaste-se, a atenuação do dever ressarcitório estatal, faz-se mister apresentar os argumentos dos precursores dessa tese, construídos com a primordial finalidade de se impedir que o Estado assuma a condição de segurador universal⁶⁶³ e não seja, então, obrigado a responder por todos os males que assolam a Sociedade. Com este

⁶⁵⁹ HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade civil do Estado**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3063>>. Acesso em 22 jan. 2003.

⁶⁶⁰ José dos Santos Carvalho Filho dispõe: “O Estado causa danos a particulares por ação ou omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, o fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal, se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizaram a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído, ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.” (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 376-377).

⁶⁶¹ Mirna Cianci afirma: “Essa doutrina tem larga aceitação e agora, independente do fundamento da ação, a alegação de omissão estatal não poderá ser analisada sob o aspecto do risco, sendo defeituosa a inicial que contenha essa causa de pedir na hipótese aqui versada. Isso porque a omissão decorre do descumprimento de dever legal, atento à regra constitucional do artigo 5º, inciso II e somente no exame do caso concreto se poderá avaliar a responsabilidade do ente público, obviamente sob a égide da ilicitude civil. Há outras hipóteses em que o Poder Público não pode estar adstrito à responsabilidade decorrente do risco administrativo, por exemplo, quando o ato praticado não esteja revestido do caráter administrativo, equiparando-se a Administração ao particular, para esse efeito.” (CIANCI, Mirna. **A responsabilidade do Estado e o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor sob o enfoque da teoria do risco administrativo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em 22 jan. 2003.)

⁶⁶² Georghio A. Tomelin sustenta: “A mais autorizada doutrina – na esteira do pensamento francês – resolve a responsabilidade decorrente de conduta estatal omissiva por meio da teoria da culpa de serviço. Nestas hipóteses afastar-se-ia a teoria do risco integral (responsabilidade objetiva) para entender como subjetiva a responsabilidade extracontratual da administração.” (TOMELIN, 1998, p. 165).

⁶⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 1998, 626.

propósito, cita-se a posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Assim, afirma Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômico ou social, em benefício da instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atentam contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns inerentes à vida em sociedade.

Consiste em ato comissivo, positivo do agente público, em nome e por conta do Estado, que redunde em prejuízo a terceiro, consequência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais de omissão negativa. Este, em causando dano a terceiro, não se inclui na teoria do risco-proveito. A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados.⁶⁶⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello prossegue no desenvolvimento desta construção

teórica:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjativa*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjativa, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjativa.

[...]

Compreende-se que a solução indicada deva ser a acolhida. De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente que gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

⁶⁶⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de., op. cit., p. 487.

É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver *de direito obrigado a impedi-los*.⁶⁶⁵

Entretanto, o tema que, certamente, não possui a unanimidade como uma de suas características, abarca posições distintas, seja porque há quem não se refira a qualquer diferença entre a conduta estatal comissiva ou omissiva, como se observa do entendimento de Odete Medauar⁶⁶⁶ e José Cretella Junior⁶⁶⁷, seja porque se posiciona de forma diametralmente oposta, como o faz Diógenes Gasparini:

O texto constitucional em apreço exige para a indenização uma *ação* do agente público, dada a utilização do verbo *causar* (“causarem”). Isto não significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissos. Os danos são causados por ação ou omissão do agente público. [...] não cremos assistir razão aos que entendem haver responsabilidade objetiva somente nos casos de ação do agente público. Para nós, a responsabilidade objetiva tanto decorre de uma ação como de uma omissão.⁶⁶⁸

Como também Weida Zancaner Brunini, comentando artigo 107, da Constituição de 1969:

Portanto, o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-os à comprovação de culpa para a conseqüente imputação de responsabilidade ao Estado.⁶⁶⁹

Desta forma, apresentado o substrato de cada uma das posições, e inobstante se reconheça a importância de tais reflexões, sobretudo porque promovem discussões sobre a incoerência que seria responsabilizar o Poder Público por todos os prejuízos ocorridos na Sociedade, não se acolhe a idéia de culpa para regular a responsabilidade civil da Administração, mesmo que sob a modalidade da culpa anônima ou falta do serviço, regendo-

⁶⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 1998, p. 624-625.

⁶⁶⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 430.

⁶⁶⁷ CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 90.

⁶⁶⁸ GASPARINI, op. cit., p. 618.

⁶⁶⁹ BRUNINI, op. cit., p. 62.

se a obrigação reparatória estatal pela teoria do risco administrativo, independentemente, de se tratar de ação ou omissão estatal.

Sustenta-se tal opinião, primeiramente, porque a Constituição em seu artigo 37, § 6º não estabeleceu qualquer distinção entre a responsabilidade civil decorrente de ação ou omissão da Administração Pública, não se podendo admitir que o verbo causar⁶⁷⁰ abrangeria apenas a primeira situação, sendo perfeitamente possível visualizar o liame de causalidade entre a omissão estatal e o prejuízo por ela produzido. Além disso, não há qualquer dispositivo infra-constitucional que evidencie tal distinção, mesmo porque a inconstitucionalidade de um possível preceito limitador da norma superior seria manifesta.

Em segundo lugar, considerando-se a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, que partiu da total irresponsabilidade, atingindo a idéia de culpa e evoluiu para a teoria do risco administrativo, e necessitou de séculos de labor doutrinário e jurisprudencial para atingir a atual disciplina, ingressando no ordenamento jurídico nacional em nível constitucional, em 1946, e repetindo-se nas Constituições posteriores, não há qualquer possibilidade de se questionar a legitimidade e adequação da responsabilidade objetiva para disciplinar o dever ressarcitório do Estado. Na verdade, pensar de forma diversa indica, mais uma vez, a força do dogma da culpa, bem como demonstra a despreocupação com a condição da vítima, que não deve suportar prejuízo para o qual não tiver contribuído, mormente quando estiver protegida por determinação do legislador constituinte.

Neste sentido afirmam João Agnaldo Donizeti Gandini, Luciana Rastelli Rangel e Cláudia Regina Martins:

Entender-se que o legislador brasileiro, muito bem informado, à época, da evolução do instituto, teria recuado no tempo, estabelecendo a responsabilidade objetiva apenas para os casos de conduta comissiva, retroagindo, no que tange à omissiva, aos tempos da culpa civilística, seria demasiado. Aliás, a responsabilidade objetiva já vinha consagrada no direito brasileiro desde a Constituição Federal de 46 (artigo 194). Por que, então, o

⁶⁷⁰ Novo Dicionário Aurélio, p. 299 define: "Causar. [Do lat. **causare*, por *causari*.] *V.t.d e t.d.e.i.* Ser causa, ou motivo de; motivar; originar; produzir."

legislador constitucional, ao invés de avançar, teria preferido recuar, distinguindo as duas condutas? Qual o fundamento, legal, para a distinção?⁶⁷¹

Ademais, afirma-se que a omissão estatal não necessariamente se identifica com um comportamento ilícito do agente estatal ou mesmo com a culpa anônima da Administração. Sendo assim, diante da ocorrência do dano, deve-se investigar a caracterização dos pressupostos da responsabilidade do Estado, nos quais não está inserida a idéia de culpa e, verificado efetivamente o nexo causal entre a ação ou omissão estatal e o dano que, insista-se, deve ser anormal, excepcional, ultrapassando as inconveniências normais para a vida em sociedade, haverá o dever indenizatório da Administração.

E são justamente os pressupostos para a caracterização da obrigação ressarcitória do Poder Público que devem ser os reais limitadores de sua extensão, sem que se tenha que retornar ao período em que a apuração de culpa da Administração fazia-se necessária, e isto mesmo quando se tratando de atos omissivos. Desta maneira, a teoria da responsabilidade civil do Estado é suficientemente apta a impedir a imposição à Administração da temida condição de seguradora universal, pois os mecanismos por ela desenvolvidos impedem indenizações inseqüentes e descabidas, pois recorda-se que para um administrado obter o direito a reparação de seus danos terá que demonstrar que o seu prejuízo é decorrente da atividade administrativa, cabendo ao magistrado analisar a caracterização do nexo de causalidade no caso concreto e, então, apesar de não ter que provar a culpa do agente, a busca pela indenização permanece sendo tarefa complexa. Com isto ficam, conseqüentemente, protegidos os interesses públicos e os recursos estatais que, do mesmo modo, não serão atingidos quando configuradas uma das hipóteses de excludentes de causalidade, tema que se explana a seguir.

⁶⁷¹ GANDINI, João Agnado Donizeti *et. al.* **Responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários: sua natureza objetiva.** Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 22 jan. 2003.

4.6 Excludentes da responsabilidade civil estatal

Já se tratou com detalhes das excludentes de responsabilidade⁶⁷², e o estudo, que ora se intenta apresentar, sem obviamente repetir o que já foi examinado, visa ressaltar as especificidades do assunto no ângulo específico da responsabilidade civil do Estado.

Cabe lembrar, apenas, que as excludentes de responsabilidade agrupam-se em três modalidades: as excludentes de causalidade, subdivididas em caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima; a dirimente de responsabilidade baseada em exoneração convencional, denominada cláusula de não indenizar; e as excludentes de responsabilidade fundadas em disposição legal, na qual se enquadram o estado de necessidade, legítima defesa real, e o exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal. É certo que, sendo a obrigação reparatória estatal regida pela teoria do risco administrativo, as excludentes de causalidade recebem destaque pois são as que, estando devidamente caracterizadas, excluem a responsabilidade, tendo em vista que a cláusula de não indenizar não pode ser invocada pelo Poder Público, e as dirimentes fundadas em disposição legal são propriamente excludentes da responsabilidade do agente, mas não do Estado, pois se causados prejuízos na esfera de terceiros o dever ressarcitório da Administração não será afastado.

Inicia-se, então, pelas dirimentes que rompem o nexo de causalidade. O caso fortuito e a força maior são traduzidos em eventos causadores de danos, que por serem dotados das características de imprevisibilidade, necessariedade, irresistibilidade, necessariedade e externidade não podem ser atribuídos a um agente. Na verdade, é a natureza que impõe o prejuízo, sem que se possa estabelecer qualquer reação ou precaução, motivo pelo qual não se pode falar em responsabilidade. Os principais exemplos são inundações, vendavais, raios,

⁶⁷² Vide item 2.6.

deslizamento de encostas, terremotos e outros fenômenos incontroláveis, que atestam a fragilidade do ser humano.

Não se poderia responsabilizar a Administração por tais eventos, mesmo porque a teoria adotada não é a do risco integral, mas a do risco administrativo. Entretanto, advirta-se, não se pode confundir os danos resultantes de fatos caracterizados como caso fortuito ou de força maior com os prejuízos decorrentes da omissão estatal. E, novamente, o caminho para fazer esta distinção está no exame do nexos de causalidade, pois no primeiro caso o fenômeno rompe o liame, enquanto no segundo a Administração omitindo-se, é a real causadora do dano. E, salienta-se, esta tarefa deve ser efetuada sem se recorrer à idéia de culpa, conforme explica José Carlos Oliveira:

Quando o Tribunal exige a comprovação por meio de prova pericial, ou qualquer meio de prova lícita, que os bueiros estavam entupidos, ou que as galerias de águas pluviais estavam obstruídas por lama e outros detritos impedindo o livre fluxo das águas e, ainda quando se comprova os erros de dimensionamento de galerias que não permitem a vazão das águas pluviais, não está nestas hipóteses, exigindo ou comprovando a culpa da administração, para configurar a teoria do acidente administrativo, mas na verdade o que está sendo comprovado é o nexos de causalidade entre o dano e a causa geradora deste dano.

Nesta teoria, do risco administrativo, basta a prova de que o resultado tem relação de causalidade com o Poder Público, não necessitando ingressar na esfera da competência administrativa para comprovar sua ineficiência. A causa provocadora do dano deve ser necessariamente vinculada ao Estado e suficientemente idônea para produzir o resultado havido como injusto.

Assumindo a responsabilidade com fundamento na teoria do risco administrativo, o Estado não assume o papel de segurador universal, como dizem alguns. Compete ao Poder Público, em sua defesa, comprovar as causas excludentes da responsabilidade, nas hipóteses de enchentes, que os danos decorreram do caso fortuito ou força maior.⁶⁷³

O mesmo raciocínio que se deve aplicar aos casos de fato de terceiro. Por isso, em caso de danos provocados por multidões, por exemplo, ou mesmo por uma pessoa individualmente, é preciso estabelecer se, efetivamente, estão presentes todas as características que qualificam o ato como fato de terceiro, e que são as mesmas do caso

⁶⁷³ OLIVEIRA, José Carlos., op. cit., p. 73.

fortuito ou de força maior, provocando, de fato, a quebra do liame de causalidade ou, então, se o dano tem a sua causa na omissão do Estado.

E quando a própria vítima tiver provocado a causa do seu dano, não se poderá, evidentemente, atribuir o dever ressarcitório ao Poder Público.

Em relação à cláusula de não indenizar, poupa-se maiores comentários, diante da total impossibilidade, no objeto de estudo proposto na presente dissertação, do Poder Público recorrer à disposição convencional para elidir a sua responsabilidade, seja porque se trata de responsabilidade civil em sentido estrito, ou seja devido a expressa determinação do Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51, I⁶⁷⁴.

E, examina-se, ainda, as excludentes de responsabilidade fundamentadas em disposição legal. Consoante já analisado⁶⁷⁵, estado de necessidade, legítima defesa real, e o exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal são atos lícitos, mas que quando acarretam danos a terceiros, geram a obrigação reparatória. Quando se analisa tais situações no âmbito da Administração Pública, observa-se que a responsabilidade pela indenização desse terceiro lesado será do Ente Público. Entende-se, no entanto, que neste caso específico não será possível a propositura de ação regressiva contra o agente estatal, pois se ele efetivamente atuou em legítima defesa, estado de necessidade e principalmente, hipótese mais viável, no estrito cumprimento do dever legal, não terá atuado com dolo ou culpa, requisitos necessários à ação, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mas, neste caso, a Administração terá o direito de exercer ação regressiva contra o real causador do evento danoso.

⁶⁷⁴ Código de Defesa do Consumidor, artigo 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza e serviços que impliquem a renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.”

⁶⁷⁵ Vide item 2.6.3.

Por fim, assinala-se que há a expectativa que, diante do que foi apresentado nesta dissertação, tenha sido possível contribuir, para a melhor definição teórica do tema da responsabilidade civil do Estado, mediante a apuração dos conceitos e princípios que se entende reger a matéria, ou então, que pelo menos se tenha provocado reflexões e suscitado questionamentos, pois acredita-se que somente compartilhando dúvidas, ofertando idéias e ouvindo sugestões e críticas, que se pode contribuir com o Direito e com a realidade social, e principalmente, para que estes sejam elementos indissociáveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na vida em Sociedade deve-se buscar, incessantemente, harmonia nas inúmeras e diversificadas relações estabelecidas no cotidiano, sendo, esse intento, afetado, todavia, quando danos são sofridos pelos seus membros. Em razão disto, é que se identifica na história da humanidade, de forma mais evidente no Direito romano, a preocupação para o desenvolvimento de teorias e mecanismos aptos a ressarcir os prejuízos provocados antijuridicamente na esfera de *outrem*, o que determinou a edificação das bases do instituto da responsabilidade civil, tecnicamente conceituado como a obrigação de reparar danos, mas que detém finalidades que extrapolam a recomposição do patrimônio individual.

O Direito romano, através da Lei Aquília, deu origem à idéia de responsabilidade civil atrelada ao dogma da culpa, o que se consolidou, nos milênios seguintes, inculcando fortemente na consciência de todos que o dever reparatório de um dano deve resultar da prática de um ato ilícito.

A teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade civil objetiva, e que eclodiu no cenário do processo industrial de 1750, representa a reação à insuficiência da noção de culpa, caracterizadora da responsabilidade civil subjetiva, evidenciada pelas atividades que expunham os cidadãos aos riscos que, naquele período histórico, proliferavam nas mais diversas hipóteses de invenções e perigos. Com o desenvolvimento da doutrina do risco

passou-se a acolher, em situações específicas, a obrigação indenizatória do agente, independentemente da prova de culpa deste, seja na modalidade de dolo, ou de imprudência, negligência ou imperícia, seja na sua gradação em culpa grave, leve ou levíssima. Isto porque, diante das novidades tecnológicas, tal prova representaria impor à vítima a absorção do prejuízo que lhe havia sido causado.

A afirmação da teoria da responsabilidade objetiva, apesar dos grandes avanços, principalmente do século XX, é marcada, ainda nos dias atuais, por debates polêmicos, justamente pela resistência de se dissociar a idéia de responsabilidade da de culpa e pela dificuldade de se compreender que, em determinadas situações, entre proteger a vítima que foi lesada sem ter contribuído em nada para o prejuízo, e preservar o ofensor que não agiu com culpa, deve-se escolher a primeira opção.

A responsabilidade civil do Estado, cujos princípios basilares estão na teoria geral da responsabilidade civil, possui contornos ainda mais complexos e interdisciplinares, pois mesmo antes de se discutir a teoria reguladora da obrigação reparatória estatal, foi necessário vencer as crenças de um ente supremo, não sujeito às normas jurídicas e, portanto, irresponsável, tendo em vista que com a sua perfeição, jamais se lhe poderia atribuir a autoria de um dano. A concepção de Estado de Direito e a declaração de direitos fundamentais representaram o ponto de partida para se lhe atribuir a condição de sujeito de obrigação reparatória perante um cidadão, tendo sido determinantes, ainda, o princípio da separação de poderes, a elaboração do conceito de Administração Pública e a teoria organicista.

Ademais, o histórico evolutivo da responsabilidade civil do Estado segue, do mesmo modo que na teoria geral da obrigação de reparar danos, a relação entre culpa e risco, sendo, certamente, dotado de períodos específicos. Desta forma, ultrapassada a fase da irresponsabilidade estatal, seguiu-se para a teoria civilista, que se apresentou nas espécies de responsabilidade exclusiva e pessoal do agente; de obrigação ressarcitória restrita aos atos de

gestão, exigindo, ainda, a comprovação da culpa do servidor; e responsabilidade nos moldes da relação privada entre patrões e empregados. Com o trabalho jurisprudencial da jurisdição administrativa francesa e com a sistematização do Direito Administrativo, ambos influenciados pela célebre decisão do caso Blanco, desenvolveu-se teorias exclusivas para a condição estatal. Deu-se origem, então, à teoria da culpa administrativa, também denominada, culpa do serviço, culpa anônima, culpa publicista ou da falta do serviço, focando-se a análise na prestação da atividade do Poder Público, verificando-se se foi prestada apropriadamente. De qualquer modo, permanecia-se no terreno da culpa, e o lesado, inobstante não ter mais que provar e identificar o dolo, imprudência, negligência ou imperícia de um agente específico, mantinha o ônus de demonstrar a falta da Administração, ou seja, investigava-se a caracterização da culpa no próprio serviço. Somente com a aplicação da doutrina objetiva para a responsabilidade estatal, mediante a noção de risco administrativo, admitindo-se, portanto, afastar o dever indenizatório ante a caracterização de excludentes de responsabilidade, é que se pôde, enfim, oferecer proteção compatível ao administrado lesionado pelo Poder Público. O ordenamento jurídico nacional reflete toda esta evolução e conflituosidade, tendo, em 1946, consagrado constitucionalmente a responsabilidade objetiva estatal.

Na atualidade, a disciplina da responsabilidade civil da Administração Pública permanece com o *status* de matéria constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37, § 6º, determinou a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público que mediante a atuação de seus agentes tiverem causado danos a terceiros. O estudo desenvolvido na presente dissertação aplicou a disposição constitucional aos entes da Administração Pública direta e indireta. Sendo assim, as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal – Administração Direta; e autarquias e fundações públicas, estas quando

determinado pelo legislador – Administração indireta) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas, que juntamente com a autarquia completam o quadro da Administração indireta) respondem de forma objetiva pelos prejuízos provocados aos administrados. Tal entendimento é corroborado pelo artigo 43 do Código Civil de 2002 e por dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem a proteção do administrado/consumidor perante o Estado/fornecedor.

Importante ressaltar, ainda, que a Carta Magna vigente é explícita, referindo-se apenas às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Há, no entanto, sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram atividades econômicas e, portanto, não são alcançadas pelo preceito constitucional, sendo então necessário definir qual o sistema reparatório que lhes deve ser aplicado. Deste modo, conforme determinação, também constitucional, prevista no artigo 173, § 1º, inciso II, as estatais, quanto às obrigações civis, devem sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não havendo outra conclusão possível senão afirmar que a responsabilidade civil das sociedades de economia mista e das empresas públicas que desenvolvem atividade econômica, submeter-se-á ao disposto no ordenamento civil e no Código de Defesa do Consumidor. Com isto, o dever indenizatório decorrente de lesões provocadas pelos empregados dessas empresas, reger-se-á pelos dispositivos concernentes à responsabilidade civil por ato de terceiro que, no Código Civil de 2002, prevista nos artigos 932, inciso III e 933, passou expressamente a ser objetiva. Diferencia-se, por exigir da vítima a comprovação da ilicitude do empregado, do sistema objetivo previsto no artigo 37, § 6º, da Carta Magna vigente, que prevê a apuração de culpa ou dolo do servidor apenas para efeitos de ação regressiva. No que se refere aos danos derivados de produtos e serviços prestados pelo Poder Público, a responsabilidade, da mesma maneira, pautar-se-á pelos princípios da

doutrina objetiva, nos termos do Código de Defesa do Consumidor que corrobora e aperfeiçoa o sistema constitucional, sendo, portanto, aplicável, não apenas às sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram atividade econômica, mas, à Administração Pública, seja direta ou indireta.

Por fim, ressalta-se que é preciso assumir a plenitude da responsabilidade civil objetiva do Estado, honrando-se todas as conquistas obtidas por meio de trabalho doutrinário, jurisprudencial e normativo. E, para que não se concretize o temor de se impor ônus excessivo à Administração, afastando-se, por conseguinte, o pensamento de que, com a teoria do risco, principalmente, quando se tratasse de omissões estatais, a mesma assumiria a condição de seguradora universal, destaca-se que os reais limites da extensão da responsabilidade civil estatal estão na definição apurada e na análise correta de seus pressupostos, com ênfase para o nexo de causalidade, que determinará a existência ou não da ligação entre o comportamento administrativo e o dano que, por sua vez, além de ser anormal e excepcional, deve ultrapassar os incômodos a ser suportados por todos para o alcance do bem comum, sendo que, estando o liame caracterizado, o Estado não poderá refutar seu dever reparatório, tendo em vista que não se deve impor aos cidadãos sacrifícios que ultrapassem as regulares inconveniências da vida em Sociedade, assim como não se pode exigir do administrado que sustente, isoladamente, uma lesão provocada antijuridicamente, causada por atividade desenvolvida que deveria gerar benefícios e não encargos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade Civil do Estado: por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário.** Campinas: Bookseller, 2001. 2 v.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação: noções práticas.** São Paulo: Atlas, 1995.

ARISTÓTELES. **A Política.** Tradução Nestor Silveira Chaves. 15 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

AVALONE FILHO, Jofir. **Responsabilidade civil do Estado: conseqüências da omissão do Poder Público em fiscalizar e coibir transporte coletivo clandestino.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em 22 jan. 2003.

BADÚ, Geraldo Peltier. Responsabilidade civil das empresas estatais e de seus dirigentes. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, v. 11, p. 107-116, jan./mar. 1980.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917, v. IV.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.

_____. **Responsabilidade civil nas atividades perigosas.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 590, p. 25-35, dez. 1984.

_____. **Reparação civil por danos morais.** São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 20.372, de Minas Gerais. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 53, p. 84-91, jul./set. 1953.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública.** São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1981.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado.** 2 ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **O problema da responsabilidade por actos lícitos.** Coimbra: Almedina, 1974.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito Administrativo: doutrina, jurisprudência e Direito comparado.** Florianópolis: OAB/SC, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 4 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização.** 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A Responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro: o papel da culpa em seu contexto.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Atualização José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. 2 v.

CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, p. 144-159, jul./set. 1994.

CIANCI, Mirna. A responsabilidade do Estado e o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor sob o enfoque da teoria do risco administrativo. Disponível em: <<http://www.buscalegis.cj.ufsc.br>>. Acesso em 22 jan. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**: de acordo com a constituição vigente. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Direito Administrativo comparado**. São Paulo: Bushatsky, 1972.

_____. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 2 v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ENTERRIA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo.** Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FALCÃO, Alcino Pinto. Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de direito público. **Revista de Direito Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, p. 45-66, jan./mar. 1970.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1994.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso Fortuito e Theoria da Imprevisão.** Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio Rodrigues, 1932.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **Da responsabilidade civil do Estado por omissões.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em 22 jan. 2003.

GANDINI, João Agnado Donizeti *et. al.* **Responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários: sua natureza objetiva.** Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 22 jan. 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 2 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1992.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** 10 ed. rev. e atual. Atualização Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 6 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 5. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade civil do Estado.** Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3063>>. Acesso em 22 jan. 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte Geral.** 18 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. v. I.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 3 ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 1993.

LAZZARINI, Álvaro. Consumidor de serviços públicos: dever de indenizá-lo enquanto cidadão. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 774, p. 126-133, abr. 2000.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2 ed. rev. e atual. Atualização Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores)

LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por empresas fiscalizadas. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, p. 77-93, abr./jun. 1996.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: Fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil.** 4 ed. rev. e atual. Atualização José Serpa Santa Maria. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. V.

LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. atual. Atualização Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 132, p. 41-56, abr./jun. 1978.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?**. Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>>. Acesso em 23 jan. 2003.

MENEZELLO, Maria D'Assunção C. Código de Defesa do Consumidor e a prestação de serviços públicos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, p. 232-235, jul./set. 1996.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito privado: parte especial**. 2ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: - Direito das Obrigações - 2ª Parte**. 24 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 5.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos: pessoais e materiais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1984.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURÃO, Jacira Nunes. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, v. 3, p. 65-84, jan./mar. 1978.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 88, v. 761, p.31-44, mar. 1999.

_____. Responsabilidade Civil: Uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, v. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade patrimonial do Estado: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos**. São Paulo: EDIPRO, 1995.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar. **Monografia Jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

PAIVA, Alfredo de Almeida. Responsabilidade civil do Estado – Inteligência do art. 194 da Constituição de 1946 – A teoria do risco e o nosso sistema de direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 53, p. 84-91, jul./set. 1953.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V.. **Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública**. Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2036>>. Acesso em 23 jan 2003.

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

PINTO, João Augusto Alves de Oliveira. **A responsabilidade civil do Estado-fornecedor de serviços ante o usuário-consumidor**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 13 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993. v.4.

ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi da. **Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores)

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 58.698. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 53, p. 84-91, jul./set. 1953.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Juary C. Responsabilidade Civil do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, p. 162-187, abr./jun. 1972.

SILVA, José Luis Moreira da. Da responsabilidade da Administração por actos ilícitos. In: QUADROS, Fausto (Coord). **Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1995.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

TÁCITO, Caio. Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 55, p. 261-272, jan./mar. 1959.

TOMELIN, Georchio A. Responsabilidade dos agentes públicos por condutas omissivas, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 213, p. 165-173, jul./set. 1998.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VIEIRA NETTO, J. R. **O Risco e a Imprevisão**. Curitiba: Juruá, 1989.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

7 ÍNDICE ANALÍTICO

1 Introdução.....	1
2 Considerações sobre a teoria geral da responsabilidade civil.....	4
2.1 A teoria geral da obrigação de reparar danos e a responsabilidade civil do Estado.....	4
2.2 Histórico.....	6
2.3 Conceito.....	16
2.4 Pressupostos.....	18
2.4.1 Antijuridicidade.....	18
2.4.2 Nexo de imputação.....	19
2.4.3 Dano.....	20
2.4.4 Nexo de causalidade.....	27
2.4.5 Cabimento no âmbito de proteção da norma.....	30
2.5 Classificação.....	30
2.5.1 Responsabilidade civil em sentido estrito ou simplesmente responsabilidade civil e responsabilidade negocial.....	31
2.5.2 Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.....	33
2.5.2.1 Responsabilidade civil subjetiva.....	33
2.5.2.2 Responsabilidade civil objetiva.....	48
2.5.3 Responsabilidade civil direta, por ato próprio e responsabilidade civil indireta, complexa ou por ato de terceiro, por fato das coisas e dos animais.....	55
2.6 Excludentes de responsabilidade.....	56
2.6.1 Excludentes de causalidade.....	57
2.6.1.1 Caso fortuito ou de força maior.....	57
2.6.1.2. Fato de terceiro.....	61
2.6.1.3. Culpa exclusiva da vítima.....	62
2.6.2 Excludente de responsabilidade baseada em exoneração convencional: Cláusula de não indenizar.....	63
2.6.3 Excludentes de responsabilidade fundadas em disposição legal... ..	64
2.6.3.1 Estado de necessidade.....	64
2.6.3.2. Legítima defesa real.....	66
2.6.3.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal.....	67
3 Responsabilidade civil do Estado: fundamentos e evolução histórica.....	69
3.1 Delimitação do tema e terminologia.....	69
3.2 Fundamentos da responsabilidade civil do Estado.....	70
3.3 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado.....	85
3.3.1. Teoria da irresponsabilidade do Estado.....	85
3.3.2 Teoria civilista ou teoria da responsabilidade com culpa	89
3.3.2.1 – A jurisdição administrativa e a responsabilidade civil estatal.....	95

3.3.3. Teoria da culpa administrativa, da culpa do serviço, da culpa anônima, da culpa publicista ou da falta do serviço.....	105
3.3.4. Teoria da responsabilidade objetiva.....	108
3.4 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no Brasil...	110
4 A atual sistemática da responsabilidade civil do Estado no Brasil: âmbito da Administração Pública direta e indireta.....	123
4.1 Preceitos normativos atuais que regulamentam a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico nacional.....	123
4.2 Análise dos elementos constitucionais.....	124
4.2.1 Pessoas responsáveis. A estrutura organizacional da Administração Pública no Brasil: Administração direta e indireta e a importância da noção de serviço público.....	126
4.2.2 Agentes	149
4.2.3 Ação regressiva	151
4.3 Relação dos elementos constitucionais com os dispositivos infra-constitucionais.....	153
4.3.1 Os dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade civil das sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradoras de atividade econômica.....	160
4.4 Os pressupostos específicos da responsabilidade civil do Estado.....	168
4.5 Responsabilidade civil do Estado por omissão.....	171
4.6 Excludentes da responsabilidade civil estatal.....	176
5 Considerações finais.....	180
6 Referências bibliográficas.....	185