

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Tatiane Marques da Silva Carvalhaes<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do Estado, com foco nas teorias adotadas pela Constituição Federal (§ 6º, artigo 37). A responsabilidade extracontratual do Estado já passou por várias teorias, perfazendo caminhos entre o direito público e o privado. Será analisada a teoria da responsabilidade objetiva nas jurisprudências dos tribunais pátrios, em especial do Supremo Tribunal Federal, que por longa data aderiu apenas à corrente subjetivista. Em algumas circunstâncias, o direito brasileiro admite a exclusão da responsabilidade civil do Estado, como por exemplo, na culpa exclusiva da vítima ou, quando se tratar de caso fortuito ou força maior, podendo, ainda, ser minorada nos casos em que há culpa concorrente da vítima. Será demonstrado o posicionamento do poder público diante dos atos jurisdicionais, legislativos e outras questões ainda bastante controvertidas no ordenamento jurídico pátrio. Com o estudo do tema proposto será demonstrado que houve um grande avanço após a vigência da Constituição Federal de 1988, que, inclusive, adotou a Teoria Objetiva para os casos de danos nucleares, sejam eles por ato comissivo ou omissivo e, por fim, a exposição do pensamento de alguns doutrinadores quanto a unificação do tratamento dos atos, objetivando uma estabilidade jurídica para as relações entre administração e administrados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil do Estado. Teorias. Direito Público.

## 1 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil ganhou destaque, primeiramente, com a Lei de Talião, em que a reparação do dano dava-se com o pagamento do mal pelo mal, conhecida, também, como a lei do “*olho por olho, dente por dente*”. Após essa fase, em que a reparação do dano consistia apenas em vingança, surge, então, a *Lex Aquilia de damno* que é considerada a base da responsabilidade civil extracontratual fundada na culpa, bem como, consagrou a ideia de reparação pecuniária do dano, na qual o patrimônio do causador do dano poderia responder pelo ato cometido.

A princípio, a intervenção do Estado, não era muito significativa, mas após o surgimento da *Lex Aquilia* passou a desempenhar a função de fixar o valor dos prejuízos e, principalmente, de forçar a composição de acordo entre os envolvidos, ocorrendo, assim, o abandono da primitiva ideia de vingança.

O instituto da responsabilidade civil foi aprimorando-se com o passar do tempo, mas, somente na Idade Média é que houve a distinção de

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Advogada.

responsabilidade civil e penal. Contudo, o direito francês é que conseguiu grande destaque com a Teoria Geral da Responsabilidade Civil, sendo, posteriormente, citada como influência de grande parte das legislações que a adotavam como fundamento a culpa.

Após o período de grande influência do direito francês, sobrevieram grandes acontecimentos históricos, como, a Revolução Industrial, em que houve grande mecanização do trabalho, modernização dos meios de transporte, dentre outros; assim, surgiu a necessidade de reparar danos que futuramente poderiam surgir do risco que determinadas atividades apresentavam, nasce, então, uma das primeiras teorias sobre a responsabilidade objetiva, tema bastante discutido e que atualmente, ainda, causa grandes controvérsias entre doutrinadores e juristas.

Atualmente, a reparação do *statu quo ante* em vários casos torna-se impossível, como no caso de uma morte ou perda de um objeto que não possa ser substituído por outro, devido a esses fatos é que a reparação se resolve, comumente, em indenização pecuniária.

Segundo Maria Helena Diniz a responsabilidade civil apresenta uma dupla função, qual seja, a de garantir o direito do lesado de modo a transmitir-lhe segurança, e também como sanção, punirá o infrator obrigando-o a pagar uma indenização, desestimulando-o ao cometimento de outros atos que possam lesar direitos de outrem.

Mesmo após vários séculos de discussão sobre o tema, ainda há grandes divergências entre doutrinadores, até mesmo no que tange à conceituação de responsabilidade civil, fato esse que não permite grandes delongas, subscrevendo apenas a título de exemplo, como sendo “*a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisa que dela dependam*” (SAVATIER, 2003, p.6).

Para que seja configurada a responsabilidade civil, primeiramente, faz se necessário a ocorrência de um dano, seja ele patrimonial ou moral, através de uma ação – comissiva ou omissiva. É imprescindível, também, a ligação entre o dano causado e a ação, denominada como nexos causal.

O nexos de causalidade é o ponto chave na investigação para se descobrir a quem deva ser imputado o prejuízo, para isso não poderá estar

presente nenhuma causa excludente da responsabilidade. O ordenamento jurídico brasileiro prevê como causa excludente do nexo causal a culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente/culpa comum, culpa de terceiro, força maior ou caso fortuito e, também, a cláusula de não indenizar, esta última exclui a responsabilidade civil por força de convenção, o que significa que a ligação do dano com a ação não desaparece e, em muitos casos é considerada nula.

Nas hipóteses mencionadas, a responsabilidade civil desaparecerá devido à inevitabilidade de algum fato, como acontece no caso fortuito ou força maior ou mesmo, por não ter como impedi-los, ante a impossibilidade de prever atitude de outrem, como ocorre na culpa exclusiva da vítima. Poderá, ainda, ocorrer uma compensação, caso em que cada parte arca com o seu prejuízo por estar presente a culpa concorrente ou comum.

Outro pressuposto que deverá ser analisado é a capacidade do agente, pois, para que o mesmo responda pelas consequências advindas de sua conduta deverá ser dotado de capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil. O Código Civil no art. 3º, inciso I, II e III, enumera aqueles que são absolutamente incapazes, como por exemplo, o menor de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Nos casos mencionados, a pessoa que sofreu a lesão, seja ela de caráter patrimonial ou moral, não poderá ficar desprotegida, sendo imputado ao curador ou tutor toda responsabilidade dos atos praticados. Assim, quanto aos menores, os pais têm o dever de zelar e acautelar-se das atitudes do filho. Isso ocorre, por exemplo, quando o filho menor pega as chaves do carro do pai, às escondidas, e sai pelas ruas, vindo a causar acidente de trânsito; o pai nesse caso deverá responder pelos danos causados a terceiros, pois foi displicente ao deixar as chaves ao alcance do incapaz.

O Código Civil brasileiro dedicou o título IX à responsabilidade civil, seja ela por culpa do agente ou fundada no risco. Os artigos 186 a 188 também complementam o regramento ao conceituar o ato ilícito.

A responsabilidade civil é classificada em contratual e extracontratual. A primeira advém da inexecução de um pacto realizado entre

as partes, já a segunda, pode-se dizer que é aquela derivada de qualquer ato que venha causar dano a outrem.

Quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil, há previsão tanto para a subjetiva como para a objetiva. A subjetiva ocorre quando o dano é causado por ato ilícito, ocorrendo obrigação a repará-lo, conforme definição contida no *caput* do art. 927; já na objetiva não se faz a análise de culpa ou dolo, caracterizando-se tão somente pela ocorrência do evento.

Para tal análise é necessário entender o que vem a ser ato ilícito, o qual poderá se configurar através da ação ou omissão voluntária, praticada por imprudência, negligência ou imperícia, conforme art. 186 do Código Civil. A imperícia pode ser verificada quando uma pessoa inabilitada desenvolve atividade que requer determinada instrução, também denominada de culpa *in eligendo*. A negligência se caracteriza, por exemplo, por uma abstenção indevida (culpa *in omittendo*); já a imprudência ocorre quando alguém pratica atos sem tomar os cuidados necessários para que o evento ocorra com normalidade, também chamado de culpa *in commitendo*. Existe outra modalidade bastante citada pela doutrina que é a culpa *in vigilando*, que acontece quando alguém não exerce o dever de fiscalização ou vigilância.

Torna-se imperioso também mencionar as causas excludentes da ilicitude, que ocorrerá sempre que um ato comissivo ou omissivo se der por estado de necessidade, legítima defesa ou exercício regular de um direito. Tais excludentes estão normatizadas no art. 188 do Código Civil.

Por tudo que se abordou, é possível ter idéia do quão complexo e intrínseco se mostra a análise da responsabilidade civil. Contudo, apesar de toda a evolução do instituto, na prática, a dificuldade ainda é grande para se provar a culpa ou dolo do agente, principalmente, no que tange à reparação por dano moral, pois, apesar dos avanços da justiça brasileira, encontra-se muita resistência e, certas vezes, descaso com os sentimentos e sofrimentos experimentados pelas vítimas.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

No século XIX o Estado mostra-se totalmente irresponsável pelos atos de seus agentes, era o Estado absolutista, soberano ao ponto de se valer

de imunidade, não recompondo qualquer dano causado por seus agentes ou pelo próprio governo. Os argumentos utilizados pelos autores que defendiam tal idéia se justificavam no sentido de que o Estado agia em razão do bem público, por isso, não podiam ser responsabilizados; acreditava-se que os atos praticados pelos agentes não representavam o Estado, apenas os perpetrados pelo chefe de governo, em síntese, funcionário e Estado eram considerados totalmente diferentes, não sendo possível a este responder pelos atos do outro.

No Estado absoluto a pessoa do príncipe se confundia com a do Estado, nesse sentido, prevaleciam três princípios, que se tornaram a maior expressão do pensamento político vigente à época: o rei não erra (*the King can do no wrong*), o que agradou ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*), o Estado sou eu (*l'État c'est moi*) (JUNIOR, 2007, p.21).

Após a fase de irresponsabilidade do Estado, passou-se à Teoria Civilista, na tentativa de que houvesse maior punibilidade quanto aos atos praticados pelo Estado. Fez-se, então, uma divisão entre os atos de gestão (*jure gestionis*) e atos de império (*jure imperii*).

Agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação.

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 ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida, sem culpa, não haveria ressarcimento do dano (JUNIOR, 2007, p. 22-23).

A divisão mencionada causou não só dúvidas, mas também bastante confusão entre juristas para conseguir distinção de um ato do outro. Além disso, cabia à vítima o ônus probante.

Na prática, esta teoria não foi muito utilizada e o Estado continuou sendo poupado, ou seja, sem responder por seus atos. Ademais, não há como falar em distinção de atos, ao passo que um agente público não deixará de representar o Estado no gozo de suas atribuições.

A ideia de aproximação com o direito civil foi paulatinamente abandonada, havendo cada vez mais a necessidade de se fundar um instituto

baseado nas normas e princípios de direito público. É nesta fase que ocorre a separação entre direito público e o privado, sendo que, a responsabilidade civil do Estado aos poucos abandona as normas estabelecidas pelo direito civil.

Na sequência, surge a Teoria da Culpa Administrativa, a qual o Estado responde caso fosse identificada alguma falha nos serviços prestados. Note-se que, nesse momento, não se faz necessário apontar o culpado.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho faz a seguinte observação:

A **falta do serviço** podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava em reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cobia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento **culpa** (FILHO, 2007, p. 475). (grifo do autor).

Conforme demonstrado pelo autor acima, ficava a cargo da vítima o ônus probante. A culpa no serviço prestado pelo Estado foi o primeiro passo para se chegar à responsabilidade objetiva, que atualmente é consagrada por várias legislações. Verificou-se que o Estado detinha maior poder frente aos administrados, devendo, portanto, arcar com o risco que determinadas atividades ofereciam. Surge, assim, uma das mais importantes teorias no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, a Teoria do Risco Administrativo, a qual será abordada mais adiante.

## **2.1 Evolução histórica no direito brasileiro**

A responsabilidade civil do Estado sempre esteve presente na legislação brasileira, mas, foi o Código Civil de 1916 que delineou o regramento, conforme transcrição abaixo:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito

ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

O atual Código seguiu a mesma linha do anterior, prescrevendo no art. 43, o seguinte:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por partes deles, culpa ou dolo.

A Constituição de 1891 previa apenas a responsabilidade do funcionário público, já a Carta Magna de 1934 estabeleceu que os funcionários responderiam solidariamente com o Estado, sendo citados como litisconsortes nas ações movidas contra a Fazenda Pública.

A Constituição de 1946 praticamente repete o dispositivo do art. 15 do Código Civil (atual art. 43), garantindo também o direito de regresso em caso de culpa ou dolo do funcionário.

A Constituição de 1967 seguiu o mesmo raciocínio, sendo repetido, ainda, pela Emenda Constitucional de 1969.

A Carta Magna de 1988 solidificou a responsabilidade civil do Estado e ampliou o seu alcance às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, conforme se observa do § 6º art. 37:

Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, pelo dispositivo acima transcrito, pode-se concluir que o legislador incluiu também as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, bem como, as autarquias e fundações. Ainda, estão contidos neste rol todos os entes federativos, tais como: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Nesse sentido, entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a *“obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”* (CAHALI, 2007, p.13). Diferentemente da era

absolutista, o direito brasileiro moderno considera as atividades realizadas pelos seus agentes como sendo suas próprias.

### **3 TEORIAS NO DIREITO PÚBLICO**

A responsabilidade extracontratual do Estado já passou por várias teorias, perfazendo caminhos entre o direito público e o privado. Atualmente, encontra-se bem dividido o alcance de tais normas, mas, nem por isso o direito público que se conhece hoje deixou de ter como fonte inspiradora os ensinamentos contidos no Direito Civil, como demonstrado no capítulo anterior.

As teorias advindas do Direito Público, também conhecidas como publicistas, tentam explicar a responsabilidade do poder público com seus administrados e, subdivide-se, basicamente, em três teorias: da culpa administrativa, risco administrativo e risco integral. Com relação às duas últimas, conforme se verá à frente, existe grande discussão entre doutrinadores, pois para alguns o risco integral e administrativo possuem a mesma finalidade.

#### **3.1 Teoria Civilista**

A teoria civilista, conforme demonstrado anteriormente, restou superada quando houve o surgimento das primeiras teorias do direito público, momento em que houve a separação entre os dois institutos. Dessa forma, Hely Lopes Meirelles faz a seguinte observação:

A doutrina civilística ou da culpa civil em comum, por sua vez, vem perdendo terreno a cada momento, com o predomínio das normas de Direito Público sobre as regras de Direito Privado na regência das relações entre a Administração e os Administrados (MEIRELLES, 2007, p.650).

Surge então, a teoria da culpa administrativa que foi um dos primeiros passos após o abandono da idéia de equiparação com o direito civil e suas várias teorias de culpa.

#### **3.2 Teoria da Culpa Administrativa**



A principal característica da proposição é o binômio falta de serviço-culpa da Administração. Não obstante, a referida teoria assemelha-se com a culpa do Direito Civil, porque também existia a necessidade de provar a ocorrência do ato ilícito, ou seja, que houve uma imprudência, negligência ou imperícia por parte do causador do dano.

Esta teoria apresenta-se bastante desfavorável à vítima que, além de sofrer com os danos que lhe foram causados, recai sobre si o ônus probatório, que em inúmeros casos torna-se de difícil demonstração. Nesses casos, a não comprovação de culpa da Administração acarretava na isenção de qualquer responsabilidade, o que foi sendo superado ao longo do tempo, por ser uma forma de reparação totalmente injusta na relação Estado-particular.

A Constituição Federal de 1988 é o ápice da responsabilidade objetiva no sistema jurídico brasileiro, surgindo daí mais duas correntes para explicá-la, a do risco administrativo e do risco integral.

### **3.3 Teoria do Risco Administrativo**

A Teoria do Risco Administrativo é a nomenclatura utilizada por vários doutrinadores que buscam demonstrar a responsabilidade objetiva do ente público. Sendo que, ainda hoje, divergem os entendimentos a respeito de tal teoria, não sendo aceita por muitos que a responsabilidade da Administração seja objetiva diante uma omissão.

Primeiramente, faz-se necessário a demonstração dos requisitos ensejadores da responsabilidade, para posteriormente incorrer em uma maior análise dos atos comissivos e omissivos praticados pela Administração.

Para que o Estado seja considerado responsável pelo dano causado e, posteriormente condenado ao pagamento de indenização, faz-se necessário a configuração de dois elementos importantes, o nexo de causalidade entre o fato e o efetivo dano.

Sendo assim, entende-se por Teoria do Risco Administrativo:

Aquela que encara o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do preposto ou agente estatal. Desde que se positive, o princípio da igualdade dos ônus e

dos encargos exige a reparação (MARIO, apud CAHALI, 2007, p. 37).

No risco administrativo a vítima fica dispensada de trazer a prova da culpa por parte da administração, desde que, haja a ocorrência do dano suportado e a ligação daquela com o serviço público prestado ou deixado de prestar, chamado de nexos causal.

Quanto ao nexos de causalidade, são variadas as teorias que tentam explicá-lo. Roberto Brebbia traz interessante estudo sobre o tema, relacionando seis correntes distintas: a primeira delas é a teoria da equivalência das condições, a qual defende que todas as condições que produzem um resultado são causas dele, independentemente de serem mediatas ou imediatas; a teoria da causa próxima e da causa direta reconhecem como condição aquela que se encontra mais próxima (em relação ao tempo) do evento que se quer atribuir; já a teoria da causalidade eficiente considera a existência de uma causa com poder de gerar determinado fenômeno ou ainda a que melhor contribuiu para a sua ocorrência, entendendo que as condições que levam a um resultado não são equivalentes; para a teoria negativa de Mayer, não há a necessidade de comprovação da relação de causalidade para a consequente imputação do resultado, mas sim a investigação da culpabilidade; na teoria da causalidade típica, ocorre de certa forma uma negação ao requisito causalidade, considerando por outro lado a sujeição da ação a um tipo; por fim a teoria da causalidade adequada mostra-se em total desconexão com a teoria da equivalência, sustentando que não basta o fato estar ligado ao resultado, mas sim que exista uma causa predominante no momento da configuração do dano (BREBBIA, apud CAHALI, 2007, p.75).

No julgamento do RE 130764-1/PR, o Supremo Tribunal Federal - STF declarou que a teoria a ser adotada quanto ao nexos causal é a do dano direto e imediato, também conhecida como teoria da interrupção do nexos causal.

Em outras palavras, o nexos deve representar *“uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como causa”* (DINIZ, 2007, p.107). Sendo o nexos de causalidade a conexão entre o particular e o Estado, deve ficar bastante evidenciado que sem a participação deste o evento danoso não ocorreria.

Não será necessária a demonstração de culpa, mas sim, imprescindível que seja configurada a responsabilidade do Poder Público através do requisito nexa causal. Em todos os casos o *onus probandi* ficará a cargo do ofendido/autor da ação.

O direito brasileiro admite a exclusão da responsabilidade do Estado em algumas circunstâncias, quais sejam: a culpa exclusiva da vítima, presença de caso fortuito ou força maior; ou, ainda, poderá ser minorada através da culpa concorrente da vítima.

Na força maior e no caso fortuito, as principais características são: a inevitabilidade do evento e a ausência de culpa durante a produção do mesmo. Sendo o primeiro considerado acontecimento externo, estranho ao serviço e o segundo apresenta-se como uma causa interna, inerente ao próprio serviço.

Para melhor esclarecer, como exemplo de força maior pode-se citar uma inundação ocasionada por chuvas ou um prejuízo decorrente da queda de um raio. Já o caso fortuito advém de uma “falha” (se assim melhor elucidada), mas por sua vez inevitável, como a peça de uma máquina utilizada pelo serviço público que vem a romper causando acidentes.

Em ambos os casos, havendo a ocorrência de tais eventos, o Poder Público não será responsabilizado pelo dano, exceto se contribuiu de forma negativa, através de uma omissão. No exemplo mencionado, se a Administração não efetuou as manutenções necessárias para o bom funcionamento da máquina que estava sendo utilizada, deverá responder pelos danos decorrentes da má utilização, pois não está neste caso presente o requisito da inevitabilidade, por ser perfeitamente possível a prevenção de determinado acontecimento. Assim, incumbirá ao Estado a prova de que não houve culpa de sua parte, uma vez preenchido o requisito nexa de causalidade.

Já no que concerne à força maior, são vários os entendimentos favoráveis à responsabilização do Poder Público se o mesmo concorreu para tal evento, de forma a agravar ainda mais a situação. Um bom exemplo são os casos em que ocorrem inundações ocasionadas por chuvas prolongadas, agravadas pela falta de escoamento adequado para água; nesses casos, poderá ser configurada falha por parte da Administração.

Outrossim, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, antes mesmo da Constituição de 1988, já decidia no sentido de considerar a responsabilidade do ente público:

Rodovia oficial – Lama extravasada de canaletas. O DER responde pelo acidente ocorrido por motivo de omissão nos serviços de inspeção de rodovia oficial. Essa responsabilidade fica atenuada por metade se o evento ocorreu durante copiosas chuvas.” (BRASIL TJSP, 2ª Câmara, 04/11/1975, RT 517/128).

A responsabilidade ainda poderá ser atenuada *“se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”* (Código Civil Brasileiro, art. 945).

No entanto, ainda há vários entendimentos contrários, no sentido de isentar a responsabilidade da Administração quando da presença dos fenômenos mencionados acima, o que será resolvido somente com a análise do caso concreto.

### **3.4 Teoria do Risco Integral**

A teoria do risco integral, como o próprio nome nos indica, expõe o Poder Público a uma situação de não poder, em momento algum, alegar as causas excludentes da responsabilidade, ao contrário do que acontece na Teoria do Risco Administrativo. Na prática, o referido instituto jamais foi acolhido em nosso ordenamento jurídico e, para alguns doutrinadores e juristas é entendida como uma modalidade extremada, como por exemplo, na concepção de Hely Lopes Meirelles, que diz o seguinte: *“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”* (MEIRELLES, 2007, p.652).

Por outro lado, há autores que entendem não haver distinção entre as duas modalidades de risco integral/risco administrativo, pois consideram que mesmo na Teoria do Risco Integral o Estado poderia alegar culpa exclusiva da vítima ou culpa recíproca, ocorrendo, apenas, uma diferenciação terminológica, o que na prática as tornariam iguais.

Cahali, em sua obra, analisa a discussão da seguinte maneira:

Essa forma de “mitigação” da responsabilidade objetiva do Estado, deslocada para o âmbito da causalidade, se nos afigura suficiente e mais técnica, sem que seja necessário recorrer ao artificialismo da distinção entre risco integral e risco administrativo, não claramente estabelecida em termos conceituais, e permite até mesmo no âmbito do pretendido “risco integral” o exame das causas excludentes ou concorrentes na verificação do dano (CAHALI, 2007, p.41).

Em consonância com a opinião acima, basta a presença do nexo de causalidade para que reste configurada a responsabilidade da administração, sendo dispensada a discussão sobre tais teorias.

Ademais, tanto o Código Civil, em seu artigo 43, como a Constituição Federal no at. 37, § 6º, garantiram o direito de regresso caso fique comprovada a culpa ou dolo do responsável pelo dano.

Portanto, independente da teoria adotada, presentes os requisitos necessários para configuração da responsabilidade do Estado, em caso de dano, terá o mesmo que arcar com o ônus, que será distribuído com toda a sociedade.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO**

A responsabilidade civil do Estado, com aceção objetiva, foi consagrada pela primeira vez na Constituição Federal de 1946, que foi inserida no ordenamento jurídico com a seguinte redação: *“As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”*. A Carta Magna de 1988 repetiu o referido dispositivo, acrescentando, por sua vez, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, inserção essa recepcionada de forma bastante positiva pelos doutrinadores brasileiros.

O entendimento concernente à responsabilidade objetiva já se encontra referendado pelos doutrinadores brasileiros, mas, tão somente quanto aos atos praticados por condutas comissivas, sendo os atos omissivos objeto de grandes controvérsias. A discussão em torno do assunto é devido ao fato de tais ocorrências (atos omissivos) encontrarem-se eivadas de peculiaridades,

havendo grande dificuldade de enumerar em que condições o referido instituto poderia ser aplicado.

Observa-se através dos julgados do Supremo Tribunal Federal, que no período anterior à Constituição de 1988, adotava-se praticamente por unanimidade a teoria da responsabilidade subjetiva – baseada na culpa. Somente após a vigência da atual Constituição é que se percebe certa evolução com tendências a admitir também a responsabilidade objetiva nos casos de omissão do Poder Público.

A dificuldade em delimitar a atuação da teoria objetiva é tão grande que ainda há divergências quanto aos danos causados por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras do serviço público, no que tange à aplicação da responsabilidade de forma subsidiária ou solidária. Alguns doutrinadores como Sérgio Cavalieri, defendem que:

O Estado responde apenas subsidiariamente, uma vez exauridos os recursos da entidade prestadora dos serviços públicos. Se o Estado escolheu mal aquele a que atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente (CAVALIERI, apud PINTO, 2008, p. 110).

Se a entidade privada se beneficia com os lucros auferidos através da prestação de serviços, o mais justo é que o ônus também seja por sua conta e risco. O Poder Público somente deverá atuar nos casos em que a concessionária não suportar o ônus decorrente de sua atuação, não podendo, assim, ficar sem a devida reparação a pessoa ou patrimônio lesado, sendo que ao Estado é assegurado o direito de regresso, conforme o disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, a corrente defensora da responsabilidade solidária entre a entidade pública e a privada, se vale do Código de Defesa do Consumidor ao reconhecerem a aplicabilidade da relação de consumo, conforme disposto abaixo:

Art. 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 prestação de serviço.

Ao analisar referida norma, é possível observar a inviabilidade, na prática, de adesão à última corrente, pelo fato do Estado já conceder às empresas privadas exploração de uma atividade que ele mesmo poderia desempenhar, mas que por inúmeros motivos optou por repassar. Em contrapartida, como já mencionado anteriormente, os lucros gerados deverão suportar qualquer tipo de incidente que venha a provocar a responsabilidade de indenizar.

Outro fato bastante relevante e que já levantou calorosas discussões, é o sentido do vocábulo “terceiros”, contido no §6º do art. 37 da CF/88. As divergências ocorriam em torno da abrangência da referida norma quanto aos terceiros usuários e não usuários dos serviços públicos, sendo que parte dos doutrinadores e juristas entendia que somente se indenizaria os terceiros usuários, ficando as empresas privadas prestadoras de serviços públicos isentadas da responsabilidade objetiva relacionada a um terceiro que não fosse usuário, que deveria provar a culpa ou dolo do agente; a outra corrente abordava que ambos “terceiros” deveriam ser indenizados por atos causados por prestadores de serviços públicos, configurando, desta forma, a responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte decisão:

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários, e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da CF. A inequívoca presença do nexó de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.” (RE 591.874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26-8-2009, Plenário, DJE de 18-12-2009.)

Em sentido contrário, o próprio STF já se manifestou no RE 262.651, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-11-2004, Segunda Turma, DJ de 6-5-2005, ao pronunciar que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado não se estende aos terceiros não usuários. Extraí-se dos dois julgados

que houve considerável evolução quanto à responsabilidade civil objetiva, o que aconteceu também de forma bastante uniforme em relação a todos os aspectos que envolvem o instituto ligado aos atos omissivos, conforme se verá adiante.

Infere-se do estudo da jurisprudência do STF, que houve uma modificação no posicionamento das turmas julgadoras após a CF/88, conforme mencionado no início do presente capítulo. Diante de tal fato, faz-se necessária uma análise da evolução que vem ocorrendo, tanto anterior à Carta Magna do ano de 1988, como também posterior a sua promulgação.

#### **4.1 Teorias sobre a Responsabilidade Civil do Estado por atos omissivos - doutrina e jurisprudência**

Conforme já explanado, o entendimento quanto à responsabilidade civil do Estado por atos comissivos encontra-se pacificado pela doutrina e jurisprudência, mas, ainda, há muita dificuldade em uniformizar o entendimento quanto aos atos omissivos, que venham a causar dano aos administrados-terceiros. Contudo, mesmo com o advento da atual Constituição, ainda, mostra-se tímida a adoção da corrente objetivista nos casos de omissão do Poder Público, sendo adotada, majoritariamente, a corrente subjetivista.

Assim, podem-se citar quatro correntes distintas que tratam do assunto: corrente subjetiva – entende não ser possível a aplicação da responsabilidade objetiva aos casos omissivos, acreditando que o verbo causar diz respeito tão somente aos atos comissivos, não considerando a omissão como causa do dano. Essa corrente teve espaço na jurisprudência brasileira por longo período, tornando-se tradicional nos tribunais pátrios; corrente objetiva - defende a aplicabilidade do dispositivo constitucional aos casos em que há omissão. Essa regra começou a ser utilizada na década de 90, presente nas jurisprudências do STF, apresentada de forma cada vez mais frequente nos seus julgados; corrente Subjetivo-objetiva – os adeptos desta corrente acreditam que, como regra geral, deve-se aplicar a teoria subjetiva e somente em situações especiais poderia ser utilizada a regra da responsabilidade objetiva; e, por último, a corrente subjetiva com culpa objetiva - também denominada de culpa presumida, sustenta que apenas o elemento subjetivo é



que se encontra objetivado, esta teoria é bastante criticada e inviável na prática a sua utilização, tendo como principal defensor Marçal Justen Filho.

A divergência entre doutrina e jurisprudência causa grande dificuldade às vítimas que buscam acesso à justiça, direito garantido constitucionalmente. Assim, na prática, apresenta-se bastante complicado para o julgador aplicar o direito ao caso concreto, porque quando da apreciação do processo, poderá escolher quaisquer das variadas linhas de defesa sobre o tema.

Portanto, notável a dificuldade enfrentada pelos operadores do direito ao longo dos anos, sendo esta, ainda, sustentada pelas intermináveis discussões quanto ao tratamento da responsabilidade civil do Estado por omissão.

## **4.2 Casos especiais sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão**

Existem alguns casos que ganharam maior repercussão no âmbito do Judiciário, tendo em vista a sua relevância, como, por exemplo, o de danos causados por preso foragido, os advindos da omissão legislativa e dos atos jurisdicionais. As hipóteses anteriormente mencionadas já passaram pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal e, em alguns casos, houve a adoção da teoria objetiva, em outros, sequer foi reconhecida a responsabilidade, por entenderem não haver o nexo de causalidade (requisito principal para configuração do dever de indenizar contido na teoria do risco administrativo).

### **4.2.1 Danos Causados por Preso Foragido**

Nas hipóteses em que houve dano causado por preso foragido o fator decisivo no julgamento foi o tempo decorrido entre a fuga do preso e o cometimento do ato. Ao fazer a análise da jurisprudência percebe-se que quando há um decurso de prazo longo entre a evasão do preso e a prática da conduta, há tendência de não se reconhecer a responsabilidade do Poder Público, conforme jurisprudência abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LATROCÍNIO PRATICADO POR PRESO FORAGIDO, MESES DEPOIS DA FUGA. Fora dos parâmetros da causalidade, não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos. Precedente da Primeira Turma: RE 130.764, Relator Ministro Moreira Alves. Recurso Extraordinário não conhecido. (RE Nº 172025-5/RJ – Acórdão unânime da Primeira Turma do STF – Relator: Ministro Ilmar Galvão – Data do julgamento: 08/10/1996).

Por outro lado, o STF no RE 573.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-2008, Segunda Turma, DJE de 15-8-2008, reconheceu a omissão do Estado (baseada na previsão constitucional do art. 37, § 6º) diante o crime de latrocínio cometido por foragido que estava em sua terceira fuga, em curto espaço de tempo, restando, assim, configurada a responsabilidade objetiva, pois poderia ser evitada com uma maior segurança e vigilância com detento que já havia apresentado condutas consideradas perigosas e de risco para a sociedade.

Portanto, verifica-se através dos julgados, que não há um posicionamento definido entre os magistrados brasileiros. Assim, a teoria a ser adotada ficará condicionada à análise do caso concreto.

#### **4.2.2 Responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa**

Assunto bastante controvertido na doutrina e jurisprudência é o cabimento da indenização oriunda da omissão legislativa. A maioria dos autores nacionais toma, como regra geral, a irresponsabilidade do Poder Público pelos atos praticados pelos parlamentares, tendo em vista que estes, como agentes políticos, não estão abrangidos pelo dispositivo contido no art. 37, §6º da CF, que menciona em sua redação apenas os agentes administrativos (servidores).

Outrossim, como se sabe, o direito adquirido é insuscetível de ser atingido por lei nova, conforme aduz o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, garantindo que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*. Além do mais, a lei possui eficácia de caráter geral,

podendo sim, vez ou outra, causar insatisfação individual ou a grupos, não podendo o Estado, que age em nome da coletividade, ser responsabilizado por fatos isolados e inerentes à sua função.

Contudo, referido pensamento não prevalece quando se trata de normas que estejam em confronto com a Constituição. Conforme explicação de José dos Santos Carvalho Filho, temos o seguinte:

Desse modo, é plenamente admissível que, se o dano surge em decorrência de lei inconstitucional, a qual evidentemente reflete atuação indevida do órgão legislativo, não pode o Estado simplesmente eximir-se da obrigação de repará-lo, porque nessa hipótese configurada estará a responsabilidade civil (FILHO, 2007, p.493).

As leis de efeitos concretos são reconhecidas sob o aspecto formal, mas na prática não passam de meros atos administrativos advindos do Poder Público. Essas leis não apresentam as mesmas características das outras normas que possuem caráter geral, abstrato e impessoal, pois regulam situações subjetivas e individuais.

Caso haja direito violado, decorrente de uma lei de efeito concreto, a mesma poderá ser questionada através dos remédios jurídicos em geral, inclusive, mandado de segurança.

#### **4.2.3 Responsabilidade civil do Estado por atos do Poder Judiciário**

Tema bastante controvertido é a possibilidade do Poder Público ser responsável por atos jurisdicionais. A Constituição Federal no art. 5º, inciso LXXV, prevê que “*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*”.

O referido artigo não deixa claro quanto à aplicabilidade na esfera penal e cível, mas já está assentado o entendimento de produzir efeitos somente às decisões proferidas no processo penal. Isso ocorre porque o Código de Processo Civil no art. 133 prevê a responsabilidade do juiz, quando este, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou culpa, de modo a causar danos a outrem. Assim, a jurisprudência do STF já assentou

entendimento no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do Estado somente quando houver previsão legal, conforme se infere do acórdão abaixo: “O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes”. (RE 553.637-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-8-2009, Segunda Turma, DJE de 25-9-2009.)

Tal posicionamento é explicado por José dos Santos Carvalho Filho, no sentido de que inicialmente, os atos jurisdicionais estão de certa forma imunes à responsabilidade do Estado devido a dois princípios básicos. O primeiro é o princípio da soberania do Estado, tendo em vista que sendo a jurisdição umas das funções estruturais do Estado, traduzem-se na própria recorribilidade dos atos jurisdicionais que poderão ser atacados por recurso próprio, sendo que, transitada em julgado a decisão proferida pelo juiz estará garantida a segurança das relações jurídicas (FILHO, 2007, p.494-495).

Portanto, os Tribunais pátrios, em especial, o Supremo Tribunal Federal, vêm adotando a teoria subjetiva para os atos omissivos (advindos de falha na prestação de serviços públicos), na modalidade Culpa Administrativa. Porém, de acordo com maior parte da doutrina, a Constituição de 1988, adotou expressamente (art. 21, XXIII, “d”) a responsabilidade objetiva nos casos de danos nucleares, seja por ação, seja por omissão.

Diante de toda a complexidade assentada na responsabilidade civil do Estado, vem surgindo entre os doutrinadores a idéia de unificação do tratamento da responsabilidade por ação e por omissão, conforme observação abaixo.

Unificação do tratamento é, de fato, conveniente e, até mesmo, necessária para um melhor acesso à prestação jurisdicional efetiva. Para tanto, é preciso reconhecer a importância da antijuricidade objetiva (caracterizada pelo dano injusto) como requisito para se configurar o dever de indenizar. Afinal, uma situação não pode estar de acordo com o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo deflagrar a aplicabilidade de uma sanção negativa (no caso, o dever de indenizar) (CAVALIERI, apud PINTO, 2008, p.228).

A unificação do tratamento das condutas apresenta-se como uma solução mais justa na relação com os administrados. Sendo que a grande discussão quanto aos atos omissivos encontra-se no verbo “causar”, contido no

§ 6º, art. 37 da Carta Magna, pois dele surge a seguinte indagação: é possível causar algo por omissão?

Acredita-se que a questão poderá ser resolvida quando o foco central da discussão for a violação de um dever de evitar determinado resultado, e ainda, desde que, observando-se o Estado democrático de direito apregoados pela atual Constituição, fundamentado, principalmente, na dignidade da pessoa humana (conforme disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal).

## **CONCLUSÃO**

Analisando a evolução histórica pela qual a responsabilidade civil do Estado já percorreu, e ainda, continua a desenvolver-se, é possível perceber a grande mudança ocorrida no instituto. Inicialmente, detentor de uma total irresponsabilidade, o Estado não apresentava qualquer garantia ao administrado, porém, esse posicionamento foi logo abandonado com o impulso da teoria civilista, que serviu como espelho para um futuro direito público.

Com o direito público totalmente construído, surge, no Brasil, as primeiras Constituições, ganhando destaque a de 1946, por adotar a teoria objetiva. A Carta Magna de 1988 repetiu a disposição contida na Constituição anterior, acrescentando, por sua vez, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos no rol dos agentes representantes da administração.

Através dessas disposições, surgem várias teorias, dentre elas, destaca-se a subjetiva, que por longa data foi a regra utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para julgar os atos advindos de uma omissão. Porém, percebe-se através da jurisprudência, que a teoria objetiva, indiscutivelmente utilizada nos atos comissivos, vem ganhando espaço na suprema corte.

Em alguns casos, o Estado poderá requerer a exclusão de sua responsabilidade, como por exemplo, no caso fortuito, na força maior, na culpa exclusiva da vítima e, ainda, através da culpa concorrente.

Conforme previsão do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, poderá requerer do agente causador do dano, caso fique comprovado culpa ou dolo, os valores pagos a título de indenização, através de Ação Regressiva.

Quanto aos atos omissivos, já está sendo proposta por alguns doutrinadores a unificação de tratamento, de modo que seja garantida uma maior segurança jurídica aos cidadãos e ao Estado, partes envolvidas nas lides aqui estudadas.

Por fim, espera-se que os entendimentos possam se solidificar, principalmente, no que tange à responsabilidade do Estado nos casos de omissão, que, ainda, é tratada de forma controvertida pelos Tribunais pátrios.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406 de janeiro de 2002. Institui o novo Código Civil brasileiro. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1973.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão - na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Lumen Júris, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, 20 ed., p.6.