

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

RENATA GUIMARÃES PALMA

RIO DE JANEIRO

2008

RENATA GUIMARÃES PALMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Ribeiro da Silva

RIO DE JANEIRO

2008

Palma, Renata Guimarães.

Responsabilidade civil do Estado por omissão / Renata Guimarães Palma.
2008.

66 f.

Orientador: Leandro Ribeiro da Silva.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. **62-66**.

1. Responsabilidade civil do Estado - Monografias. 2. Responsabilidade civil do Estado por omissão. I. Palma, Renata Guimarães. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.3012

CDU

RENATA GUIMARÃES PALMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr Leandro Ribeiro da Silva - UFRJ – Orientador

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence _

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

A Jesus Cristo, que é minha força, meu sustento, minha alegria, minha vida e meu maior bem.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus que me capacitou para realizar este curso. À minha mãe Deise e irmã Marcela por sempre acreditarem e confiarem em mim, mesmo quando tudo parecia mostrar o contrário. Aos meus irmãos e irmãs que vibram com nossas conquistas. Àqueles que intercederam a Deus por mim e à todos os meus amigos, em especial à Rubens Teixeira, que me fortaleceu muito. Aos professores dignos que se dedicaram em trazer-me o conhecimento.

RESUMO

Palma, R. G. **Responsabilidade Civil do Estado por omissão**. 2008. 71 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia tem por intuito a análise do instituto da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro, enfatizando-se a modalidade omissiva da mesma. Importante se faz, portanto, analisar os dispositivos legais referentes ao instituto e verificar as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema. Para isto, antes, será feito um exame das etapas da evolução do instituto desde o direito romano até a época atual, apresentando o modo como se tem construído, entendido e qualificado o dever de ressarcir do Estado, bem como analisando as diversas teorias elaboradas para justificar a aplicação da disciplina ressarcitória aos entes administrativos. Ainda será examinada a questão da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos e judiciais, questão que enseja muitas controvérsias. Proceder-se-á, por fim, a um estudo detalhado acerca da responsabilidade estatal por omissão, tema este marcado por digressões profundas e com rica floração doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Estado; Omissão.

ABSTRACT

Palma, R. T. **Civil liability of the State for omission**. 2008. 71 f. Monograph (Law Graduation) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present monograph aims to analyse the institute of the State's civil liability within Brazilian rights, emphasizing its omissive modality. It's relevant, therefore, to analyze the legal disposition referring to this institute and to verify doctrinal and jurisprudential positions in regard to the current subject. For this purpose, the stages of the institute's evolvement will be examined previously from ancient Roman law until current time, presenting how the reimburse State's duty has been developed, understood and qualified. The diverse theories elaborated to justify the application of reimbursable disciplines to the administrative parties will be analyzed as well. Furthermore, a topic about the State's civil liability for legislative and judicial acts will be examined, a theme that provides many controversies. Finally, a detailed study concerning the State's responsibility for omission, will be unfolded. It's a prominent subject concerning to deep evasions and with a vast doctrinal and jurisprudential budding.

Keywords: Civil liability; State; Omission.

1 INTRODUÇÃO

Todo aquele que causa dano a alguém deve responsabilizar-se por repará-lo, pois deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico. Portanto, o instituto da responsabilidade visa, tanto quanto possível, recolocar o prejudicado na situação anterior.

Quanto à responsabilidade do Estado é responsabilidade civil, à qual são aplicados, todavia, princípios peculiares.

Esta monografia trata do tema da responsabilidade civil do Estado, enfatizando a responsabilidade civil por omissão e tem como objetivo analisar de que forma é regulamentada e teorizada a questão em estudo e de que maneira isto reflete quando da aplicação ao caso concreto. Para isto terá por base a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º e os artigos 43 e 186 do Novo Código Civil.

O exame é calcado no método bibliográfico exploratório e, à partir da análise de materiais já elaborados, busca-se confrontar a variada literatura doutrinária e os posicionamentos jurisprudenciais.

Assim, após a introdução, no capítulo 2 foi elaborada uma análise da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, desde o direito romano até os dias atuais. Após, faz-se, em linhas gerais, uma exposição dos aspectos evolutivos da responsabilidade civil do Estado, traçando os principais momentos do panorama brasileiro até o momento atual, consubstanciado na Constituição Federal de 1988. No capítulo 3 tratou-se do conceito de responsabilidade civil e suas espécies, dependendo, no caso, da perspectiva observada. Neste ponto serão examinadas as questões relativas ao dano moral e a possibilidade de sua cumulação com o dano material.

No capítulo posterior, foi enfocada a responsabilidade civil do Estado, examinando seu fundamento legal, o sentido do termo “agentes” e ainda o direito de regresso em face do agente causador do dano. Neste mesmo ponto realizou-se uma breve análise da responsabilidade por atos legislativos e judiciais, questão cercada de muita discussão doutrinária.

Por fim, no último capítulo, examinou-se a responsabilidade civil do Estado por omissão através de uma abordagem doutrinária e jurisprudencial, fazendo-se uma distinção entre condutas comissivas e omissivas e quais as teorias aplicáveis em cada caso. Deste modo observou-se que em relação às condutas comissivas, tem-se a aplicação do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal. Para os casos de condutas omissivas, se analisará, conforme a doutrina, que não há aplicação do artigo mencionado, conquanto trata-se de casos de aplicação da teoria subjetiva.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Aspectos evolutivos

2.1.1 Da responsabilidade civil em geral

Neste tópico serão analisados os aspectos fundamentais da evolução da responsabilidade civil em geral que conforme afirma Maria Helena Diniz apresenta uma evolução pluridimensional.

Primeiramente, preponderava a vingança coletiva ou generalizada (*vindicta*), a responsabilidade civil se fundamentava na reação conjunta do grupo contra o agressor, para reparar uma ofensa a um dos seus componentes.

Em relação à época romana, Caio Mário da Silva Pereira assegura:

Não chegou o Direito romano a construir uma teoria da responsabilidade civil, como, aliás, nunca se deteve na elaboração teórica de nenhum instituto. Foi todo ele construído no desenrolar de casos de espécie, decisões dos juízes e dos pretores, respostas dos juriconsultos, constituições imperiais – que os romanistas de todas as épocas, remontando às fontes e pesquisando os fragmentos, tiveram o cuidado de utilizar, extraindo-lhes os princípios e desta sorte sistematizando os conceitos¹.

Interessante citar que na sociedade romana, inicialmente, os danos privados não possuíam importância jurídica, por isso, o lesado não tinha amparo jurídico para ser ressarcido.

Os primeiros indícios da lei do Talião, também chamada pena de talião, foram encontrados no Código Hamurábi em 1730 a.C, no reino da Babilônia. A Lei do Talião consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena, onde a justiça era feita pela próprias

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9.ed. ver. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.01.

mãos. Desta forma o Estado passou a interferir, porém apenas para estabelecer como e quando seria infligido ao lesante o mesmo dano causado à vítima.

A Lei do Talião também pode ser encontrada no Direito Hebraico, Êxodo 21: 23-25, que diz: “ Mas se houver morte, então darás vida por vida. Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe”. Resquícios da Lei do Talião encontram-se na Lei das XII Tábuas, formulada por volta do ano 450 a.C. Neste ordenamento procura-se estipular responsabilidades e delimitar sanções. Com isso substitui-se o arbítrio pela análise do caso concreto com seus pormenores, o Estado determinaria quando e em que condições a vítima poderia revidar. A Lei das XII Tábuas ainda representa a consolidação histórica da indenização pecuniária como forma de compensação pelo dano.

Inicia-se, então, a fase da composição voluntária, semelhante ao moderno conceito de arbitragem, realizada entre as partes, que abdicavam de qualquer tentativa de vingança. A reparação da ofensa era realizada através da prestação da *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro ou em bens), em troca do perdão da vítima.

Conforme ocorreu com a vingança privada, o legislador, à medida que a composição voluntária se tornava comum, sancionou seu uso, o Estado, então, passa a ser o detentor da função de punir. O ofendido passa a ter que aceitar uma composição determinada por uma autoridade pública.

Notável avanço, tratando-se de responsabilidade civil, aconteceu no direito romano com a *Lex Aquilia de damno* (286 a.C). Através desta, a idéia de culpa passou a ser fundamento da responsabilidade, instituindo a responsabilidade extracontratual, em que o patrimônio do ofensor passava a responder pelo prejuízo causado ao ofendido. Nesse momento, aos romanos, passa a interessar a existência do dano (*damnum*).

Nos tempos modernos, o Código de Napoleão (1804 d.C) seria a primeira codificação a recepcionar as idéias desenvolvidas pelo espírito romano, veio regulamentar a idéia da responsabilidade extracontratual por culpa.

Através do progresso da responsabilidade civil surgiu a teoria do risco administrativo decorrente da insatisfação com a teoria subjetiva, na medida em que esta se mostrou insatisfatória para abarcar todos os casos de reparação, pois, em numerosas situações, em virtude da dificuldade de se provar a culpa do ofensor, a vítima não tinha seu prejuízo ressarcido.

2.1.2 Responsabilidade civil do Estado

De início, vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado, na época dos Estados despóticos ou absolutistas. O entendimento era de que, se o Estado é o guardião da legislação, o chefe do Poder Executivo não se posicionaria de modo contrário a essa mesma ordem jurídica, já que ele mesmo era o representante.

Justificava-se a irresponsabilidade do Estado da seguinte maneira: como pessoa jurídica que é, o Estado tem vontade própria; como atua por intermédio de seus funcionários quando ocorre algum ato ilícito, a responsabilidade incidia sobre o funcionário, por ser este o executor do ato; quando os funcionários agem fora dos parâmetros legais, presume-se que não agiram como funcionários, portanto, a irresponsabilidade do Estado.

Embora se possa dizer que esta teoria está inteiramente superada, a Inglaterra ainda a adota em relação ao Rei e a alguns dos seus funcionários, conforme descreve Dias:

Na Inglaterra, vigora a regra *The King can do no wrong*, em face da qual não há possibilidade de acionar o rei ou funcionários diretamente dependentes dele com base na responsabilidade civil. Há leis que excluem certos funcionários (juizes, autoridades policiais, sanitárias e alfandegárias) de toda e qualquer responsabilidade, a menos que incorram em culpa grave. O sistema inglês estabelece, ainda, uma série de dificuldades às ações contra os funcionários: prescrição breve, direito outorgado ao funcionário acionado, de oferecer ao autor determinada composição pecuniária ².

No final do século XVIII, após a Revolução Francesa que teve como resultado das revoltas vários danos a bens particulares, surgiu a distinção entre atos de império e de gestão, como uma técnica jurídica que tinha a intenção de minimizar os prejuízos que o Tesouro da França poderia ter de arcar, já na época praticamente insolvente. Deste modo, os atos de império (ou atos de mando) seriam os que o Estado pratica no exercício do poder de polícia, a ele inerente. Os atos de gestão seriam aqueles em que o Estado pratica como se fosse um particular, quando age na gestão de seu patrimônio.

Frente essa diferenciação, surgiu a teoria de que só pelos atos de gestão era possível uma ação indenizatória, pois de modo algum se pode questionar a soberania do Estado. No

² DIAS, Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1950, p. 241.

entanto, é imprescindível a ocorrência da culpa do funcionário, exteriorizada na imprudência, negligência ou imperícia, como condição para responsabilização daquele.

O fato é que com o decorrer do tempo, a Administração Pública passou a ser responsabilizada em ambos os casos alicerçada na teoria subjetiva, tendo em vista que tal diferenciação já se mostrava incabível.

Após, ocorreu o surgimento da teoria da culpa civilística, onde a regra do Direito Privado era também aplicada à responsabilidade estatal, ou seja, necessitava haver culpa do agente estatal para que se configurasse a responsabilização do ente público. Esta teoria era baseada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante). Desta forma, num primeiro momento, apenas o funcionário responderia perante o lesado e, somente num segundo momento, também o Estado.

Com a evolução da responsabilidade civil do Estado para a fase publicista, tem-se que a responsabilidade do Estado é desvinculada dos moldes do Direito Civil e passa a ser tratada em nível de direito público.

Dentro dessa evolução, nasceu a teoria da *faute du service*, apresentando a idéia de que a culpa seria do serviço público e não mais do agente estatal, ou seja, haveria a responsabilidade do Estado, desde que ficasse constatado a existência de um servidor faltoso, não sendo necessário a prova de que agentes nominalmente identificados tenham incorrido em culpa, pois a responsabilidade daquele viria da falha do serviço em si, porque este não funcionara ou funcionara mal ou tardiamente. Assim, a culpa não era presumida, pois o lesado deveria provar o inadequado funcionamento do serviço público.

No último momento desta evolução houve o surgimento da responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, independente de qualquer falta ou culpa do serviço, desenvolvida no terreno próprio do Direito Público. Necessário apenas a comprovação da correlação entre o dano e o ato que o deu origem para conduzir a pessoa jurídica de direito público à reparação do dano sofrido por conduta da administração, segundo o princípio da repartição eqüitativa dos ônus e encargos públicos a todos da sociedade, num sentido de socialização dos prejuízos oriundo daquela conduta.

Cumprir observar que mesmo sendo o ato lícito, em ocorrendo prejuízo para o particular e desde que comprovado o nexo de causalidade entre o ato e o dano sofrido, a

Administração Pública deve indenizar. Desta forma, o alicerce da responsabilidade do Estado passa a buscar seu suporte na norma jurídica, e não mais, no ato ilícito.

Por fim, houve o surgimento da teoria do risco administrativo, que diz que a pessoa jurídica de direito público seria responsabilizada quando sua atividade configurasse um risco para o administrado, independentemente da existência ou não de culpa e desde que desse risco ocorresse um resultado danoso. De forma sucinta esta teoria atribui ao Estado a responsabilidade pelo risco gerado por suas ações. Nesta teoria, o Estado, caso esteja presente uma das causas excludentes da obrigação de ressarcir, se exima da obrigação de indenizar. Importa mencionar o surgimento da teoria do risco integral, que focaliza o tema sob prismas atuais e avançados. Para essa teoria, o Estado fica obrigado a indenizar todo e qualquer dano, mesmo o resultante de culpa ou dolo da vítima.

Entretanto, essa teoria não é muito aceita por vários países, por ser considerada a modalidade extrema da doutrina do risco administrativo, por isso abandonada, na prática, bem como por conduzir ao abuso e à iniquidade social.

Com relação do Brasil a Constituição Imperial de 1824 não fez, em seu texto, qualquer alusão no sentido de que se responsabilizasse o Império (Estado), prevendo apenas a responsabilidade pessoal dos empregados públicos. Os incisos XXIX e XXX do artigo 179 da Carta imperial estabeleciam essa responsabilidade, além da forma explícita como era assegurado o direito de petição a qualquer cidadão que pretendesse fazer valer a responsabilidade do funcionário:

Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

[...]

XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva *responsabilidade dos infractores*³.

³ Brasil. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado de Negócios do Brazil, 1824.

Além disso, em nítida reverência ao princípio teocrático da investidura majestática do soberano, fundamento básico do Estado absolutista, o artigo 99 do texto daquela Constituição imperial estabelecia de forma óbvia a irresponsabilidade do Imperador: “A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Embora alguns autores digam que o entendimento doutrinário, à época, trilhava no sentido de se entender a solidariedade do Estado em relação aos atos dos funcionários públicos, o certo é que o indicado texto constitucional, bem às claras, apegava-se à teoria da irresponsabilidade do Estado, acobertando-o da responsabilidade pela prática de atos ilícitos, estes considerados, se ocorrentes, condutas culposas dos funcionários, e, portanto, somente estes responsáveis, a título de culpa, em sentido amplo ou sentido estrito, pelos danos causados a terceiros.

Ao estudar a evolução do sistema da responsabilidade do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, Aguiar Júnior anota:

Logo após a proclamação da República, foram editados dois importantes textos legislativos relacionados com o assunto, o Decreto n. 451-B/90, dispondo sobre o Registro Torrens, e o Decreto n. 847/90, publicando o novo Código Penal. No primeiro, ficou imposta ao Estado a obrigação de indenizar os danos que alguém suportasse, em consequência da indevida inscrição de imóvel ou direito real seu em nome ou em favor de outrem (art. 61). No Código Penal de 1890, ao tratar da reabilitação criminal, foi atribuída ao Estado a responsabilidade direta pelos danos decorrentes de erro judiciário reconhecido em sentença de reabilitação (art. 86, parágrafo 2º.), norma que, aliás, está repetida no Código de Processo Penal atualmente em vigor, ao cuidar da revisão criminal (art. 630). Assim, em ambos os casos despontou a responsabilidade direta do Estado pelos danos causados nas situações ali tipificadas, considerado legitimado passivo nos processos de indenização instaurados pelos lesados⁴.

No entanto, de forma paradoxal, apesar dessa clara tendência revelada na legislação ordinária em prol da aceitação da responsabilidade do Estado, a Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891 permaneceu fiel ao princípio da irresponsabilidade do Estado consagrado na Constituição imperial, mantendo em seu texto a responsabilidade exclusiva dos funcionários públicos: “Art. 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos

⁴ AGUIAR JUNIOR. Rui Rosado de. A Responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v.59, nov. 1993. p.5.

abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”⁵.

Depois da promulgação da Constituição de 1.891, nascia a Ação Anulatória de atos da Administração, criada pela Lei 221, de 20 de novembro de 1894. Esta apesar de ter se constituído em grande avanço para melhoria da proteção do cidadão contra a Administração Pública, seus efeitos não foram satisfatórios. A lei “atribuiu aos juízes e tribunais federais o julgamento das causas relativas à lesão de direitos individuais por decisões das autoridades administrativas da União”⁶.

Embora a Constituição republicana de 1891 continuasse ferrenhamente apegada à tese retrograda da irresponsabilidade do Estado, ainda durante a vigência de seu texto, na data de 1º de janeiro de 1917 entrava em vigor o Código Civil brasileiro, tomando rumo diametralmente oposto, porque seu artigo 15, albergando as teorias da culpa e da representação do Estado pelo seu funcionário, prescrevia a responsabilidade direta das pessoas jurídicas de direito público fundada no ato culposo e causador de dano praticado por seus funcionários, qualificados, no texto, como representantes: “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”.

Em comentário ao referido artigo do Código Civil de 1916, verdadeiro monumento legislativo, Clóvis Beviláqua, seu autor intelectual, apontava os fundamentos jurídicos da responsabilidade primária ou direta do Estado, os quais informavam o enunciado da regra ali fixada, excerto a merecer transcrição, pelo seu conteúdo científico: “Todo dano deve ser reparado, por quem, injustamente, o praticou. Nos danos causados por atos da administração pública, a responsabilidade não pode ser desviada, porque ela age por intermédio dos seus órgãos. Entre o funcionário e o Estado ou Município há uma relação mais íntima do que na representação comum do mandante pelo mandatário; e, se o comitente responde pelos atos do procurador, com razão mais forte deve responder a administração pelos atos de seus órgãos”. Continuando em seu comentário, concluía o autor que “o fundamento dessa responsabilidade é o princípio jurídico, em virtude do qual, toda lesão de direito deve ser reparada, todo dano

⁵ BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891.

⁶ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 10 ed. Ver. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 385.

ressarcido, e que o Estado, tendo por função principal realizar o direito, não pode chamar a si o privilégio de contrariar, no seu interesse, esse princípio de justiça”⁷.

Em verdade, essa regra do Código Civil de 1916 resumia tendência da legislação ordinária e do pensamento doutrinário e jurisprudencial sobre a responsabilidade do Estado, existentes antes de seu advento, como esclarece SEABRA FAGUNDES: “Anteriormente ao Código Civil já se admitia, em princípio, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas públicas, pelos atos lesivos de direitos, como observa JOÃO LUÍS ALVES (Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil, 4. ed., 2. tir., v. 1, p. 58). A LF 221, de 30 de novembro de 1894, no art. 13, § 10, tratando da competência do Judiciário para julgar ‘as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo governo da União contra particulares e vice-versa’, admitiu, implicitamente, a obrigação, para o estado, de indenizar os prejuízos causados pelos atos dos seus agentes. Outra lei, após essa, a de nº 1.939/08, também dispôs sobre a matéria (arts. 1º, 2º, 6º, 7º, 8º e 9º). A jurisprudência também aceitava, em princípio, a responsabilidade civil do Estado. [...]. Síntese expressiva da jurisprudência antecedente ao CC é o seguinte acórdão do STF, de 29 de agosto de 1914: ‘É doutrina já firmada em nossa jurisprudência, copiosa e persistente, a responsabilidade civil do Estado pelo dano causado ao direito de particulares pelos funcionários, órgãos ou prepostos da Administração Pública, responsabilidade que se resolve na indenização por perdas e danos’ (*Revista do Supremo*, 3:72)”⁸.

Tendo em vista os movimentos revolucionários que eclodiram no País ao longo dos anos de 1930 e de 1932, foi promulgada nova CF, no dia 16 de julho de 1934, cujo texto passou a admitir a responsabilidade direta e solidária do estado pelos atos lesivos provocados por seus funcionários. O artigo 171 desta Constituição estabelecia que:

Os *funcionários* públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por *quaesquer* prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

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

§ 2º. Executada sentença contra a Fazenda Pública, esta promoverá execução contra o *funcionário* culpado”⁹.

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição histórica. 7. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 1, p. 116.

⁸ FAGUNDES *apud* BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit. p. 118

Aos 10 de novembro de 1937, foi promulgada nova CF, que instituiu no Brasil o regime totalitário conhecido historicamente como *Estado Novo*. Porém, este novo texto constitucional, em seu artigo 158, reproduziu *ipsis litteris* o texto do artigo 171 da CF revogada, nada alterando o então vigente regime jurídico da responsabilidade direta e solidária do Estado.

Mas o notável avanço na evolução do tema registrou-se com a CF promulgada a 18 de setembro de 1946, marco da chamada democratização do Brasil, porque pôs fim ao ciclo histórico do intitulado *Estado Novo*. A CF/46, em seu artigo 194, *caput*, consagrou no direito brasileiro, em definitivo, a moderna teoria publicista da responsabilidade objetiva do Estado informada pelo risco criado ou pelo risco administrativo, quando prescreveu que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. No parágrafo único daquele artigo, concedeu-se às pessoas de direito público “o direito de ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Seguiu-se a CF de 1967, cujo artigo 105 repetiu a regra do artigo 194 da CF de 1946, acrescentando, porém, no seu único parágrafo, que a intitulada ação regressiva em face dos funcionários causadores do dano caberia às pessoas jurídicas de direito público em caso de culpa ou dolo, notando-se que a CF de 1946 somente considerava a hipótese de culpa, enunciados normativos que restaram mantidos inalterados na Emenda Constitucional nº 1/69, em seu artigo 107.

Por fim, a CF atualmente em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, mantendo o princípio geral da responsabilidade objetiva do Estado pelo risco administrativo, introduzido no direito brasileiro desde a CF de 1946, ao determinar que “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” (artigo 37, § 6º).

A teoria objetiva, a que se filiou nossa Carta Magna, dispensa a culpa do agente administrativo, mas condiciona a responsabilidade civil do Estado a alguma falha ou algum mal funcionamento do serviço público. Estabelecido o liame causal entre a falta administrativa e o prejuízo

⁹ BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1934.

superveniente, sem culpa ou dolo da vítima, cabe à Administração indenizar o lesado. *A contrario sensu*, sempre que a culpa da própria vítima for a causa imediata do acidente, ainda que envolvido se ache algum agente do Poder Público, não se configurará a responsabilidade civil da Administração. (TJMG – 4ª. C – Ap. – Real. Humberto Theodoro – j. 20.02.86. RT 611/221)¹⁰

Para citar, o Código Civil de 2002, de maneira diferente do Código de 1.916, reporta-se ao direito regressivo contra causadores do dano, na hipótese de ocorrência de dolo ou culpa. Dispõe o artigo 43 que: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causam danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por partes destes, culpa ou dolo”. O legislador contempla, mais uma vez, a responsabilidade objetiva do Estado, permitindo perscrutar sobre a presença do elemento subjetivo (culpa ou dolo) tão-somente na ação regressiva (do Estado) em face do agente causador do dano.

3. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS ESPÉCIES

¹⁰ STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 4 ed. ver., at. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 59.

Antes da análise da responsabilidade estatal, em primeiro lugar, importa fazer uma abordagem no que diz respeito ao instituto da responsabilidade civil em geral, para melhor compreensão do estudo.

Da própria origem da palavra responsabilidade pode-se colher a sua procedência. Provienda do latim *respodere*, responder a algo. As enciclopédias mais respeitadas do nosso meio tratam o vocábulo como sendo “dever jurídico de responder pelos próprios atos ou de outrem, sempre que estes atos violem os direitos de terceiros ou reparar os danos causados”¹¹. Ou a “capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário da punibilidade”¹².

Diante disto, conceituando a responsabilidade civil, Maria Helena Diniz explica-nos os seguinte: “ A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a repara dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”¹³.

Pelos conceitos mencionados, firma-se definitivamente que a compreensão da palavra responsabilidade é sempre estabelecida de forma simultânea, com a noção de imputabilidade a alguém, relativamente à instabilidade ou volubilidade que essa pessoa originou na ordem natural das coisas.

De início, interessa fazer uma distinção entre a responsabilidade moral e a jurídica. Esta pode ser vista como conseqüência da violação de normas jurídicas. Aquela está ligada à idéia de pecado, e se refere ao comportamento do homem perante Deus e, também perante sua própria consciência. A transgressão moral é insuscetível de gerar ao transgressor uma sanção jurídica, podendo somente acarretar uma reprovação social.

A responsabilidade jurídica pode ser dividida em responsabilidade penal e civil. No caso da responsabilidade penal, ocorre um desrespeito à uma norma de direito público, perturbando a ordem social, tendo como sanção a imposição de uma pena, normalmente a restrição de liberdade, sendo indiferente para a sociedade a existência ou não de um prejuízo por parte da vítima.

Já na responsabilidade civil, o interesse lesado ao invés de ser o interesse social, é o interesse privado. E o ofendido tem a faculdade de exigir do ofensor o ressarcimento dos

¹¹ MICHAELIS. Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

¹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário eletrônico. São Paulo: Nova Fronteira, ver. 2.0, 1996.

¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v.7, p.29.

prejuízos experimentados. A finalidade deste instituto é o restabelecimento do equilíbrio interrompido pelo dano.

No dizer de Francisco Amaral: “*A expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa*”¹⁴.

A responsabilidade civil apresenta-se sob várias espécies, de acordo com a perspectiva observada. Podendo ser responsabilidade contratual ou extracontratual, responsabilidade direta ou indireta e responsabilidade subjetiva ou objetiva.

3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Neste item, será feita a análise da responsabilidade civil quanto ao seu fato gerador que poderá ser responsabilidade contratual ou responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana.

Em uma relação jurídico-contratual, quando não há mais possibilidade no cumprimento do contrato, por variadas razões, a obrigação resta descumprida. O contratante que não adimpliu com sua obrigação deve reparar o outro pelo seu inadimplemento. E não sendo possível a restauração do *status quo ante*, a obrigação converte-se em indenização.

No Código Civil de 1916, nos termos do artigo 1056, responde por perdas e danos o devedor que não cumpriu a obrigação. Já o artigo 389 do novo Código, de forma mais atualizada dispõe: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Portanto, a responsabilidade contratual origina-se do inadimplemento do contrato que pode ocorrer em um negócio jurídico bilateral ou até mesmo em um negócio jurídico unilateral.

¹⁴ AMARAL, Francisco. Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.531

Ainda, conforme ensina Sergio Cavaliere Filho, “se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual”¹⁵.

Interesse destacar que é mister a culpa para que haja tal indenização, porém ocorrendo o fato invencível, não responderá o devedor pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, conforme regra geral do artigo 393 do Novo Código Civil.

Frente ao dever de indenizar, é indiferente a intensidade da culpa. Esta no contrato, fica caracterizada com a transgressão da avença. Apenas estará, o devedor, desvinculado do dever de indenizar se provar que a transgressão ocorreu por fato alheio à suas forças. Na inexecução contratual, deve o credor provar o seu descumprimento. Conforme leciona Salvo da Silva Venosa:

“não está obrigado a provar a culpa do outro contratante. Sua prova é objetiva: tinha que receber e não recebeu no tempo, lugar ou modo devido”. E segue ensinando “que o devedor é que deve provar que não agiu com culpa para se eximir da responsabilidade. Assim, cabe ao credor provar a existência do contrato, seu descumprimento e que esse descumprimento lhe causou dano”¹⁶.

Ocorrendo o inadimplemento, deve existir um nexos causal, o liame que liga o dano à conduta do agente. Pois para responsabilidade deste último, não é suficiente que deixe culposamente de cumprir sua obrigação, deve existir um prejuízo.

O dano configura-se como elemento essencial em qualquer abordagem da responsabilidade civil, pois sem sua configuração não há o quê se reparar e não existe motivos para imputar a responsabilidade.

Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana é aquela consequente de um ilícito extracontratual, pode-se afirmar que é o resultado da lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite. Ou seja, tem a responsabilidade aquiliana origem na inobservância do dever genérico de não lesar de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), estatuído no artigo 139 do Código Civil, por isso seus efeitos são mais abrangentes, visto que podem repercutir em qualquer pessoa.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed.ver., at.e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006, p.38.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 253

No caso da responsabilidade extracontratual, é importante que o lesado prove a existência dos elementos necessários à configuração da obrigação de reparar.

3.2 Responsabilidade direta e indireta

A responsabilidade civil pode ser analisada também quanto à perspectiva do agente, podendo ser direta ou indireta.

Quando o agente responde por ato próprio, diz-se que a responsabilidade é direta, também chamada de responsabilidade por fato próprio ou pessoal, neste caso a conduta pode ser dolosa, culposa ou ainda ilícita, nos casos excepcionais em que gere responsabilidade civil.

Por outro lado a responsabilidade indireta, também chamada de complexa ou responsabilidade por fato de terceiro, ocorre quando alguém responde por ato de um terceiro à ele vinculado, sob sua guarda. Neste caso, a responsabilidade pode ser por ato de outrem, quando alguém responde por atos de pessoas que são suas dependentes como por exemplo, representantes, auxiliares ou sob sua vigilância como filhos, alunos, hóspedes. Ainda a responsabilidade pode ser por fatos de coisas ou de animais, quando o agente responde por danos causados por animais ou resultantes de máquinas, aparelhos, produtos e ruína de construções.

A responsabilidade por fato de terceiro, é em verdade responsabilidade por fato próprio omissivo, pois é pela falta de cuidado ou vigilância que o agente concorre para o dano e por isto por este responde.

À pessoa ofendida, necessita somente provar a relação entre o agente direto e a pessoa (física ou jurídica) incumbida legalmente de exercer vigilância.

É interessante citar que o antigo art. 1521, III, do Código Civil de 1916, o qual dispunha sobre a responsabilidade indireta, foi totalmente derogado pelo Código do Consumidor. Nas relações de consumo, onde há fornecimento de produtos ou serviços, é utilizada a responsabilidade direta. Quanto a isto, Sérgio Cavalieri Filho diz que “responde o fornecedor diretamente e independentemente de culpa do seu preposto pelos danos causados ao consumidor durante a prestação de um serviço – clínicas médicas, transportes, hotéis etc. –

e por produtos colocados no mercado de consumo, desde que decorrentes de defeitos dos mesmos”¹⁷.

3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil quanto ao seu fundamento poderá ser: responsabilidade subjetiva, cujo principal pressuposto, em conformidade com a teoria clássica é a culpa; e a responsabilidade objetiva, baseada na chamada teoria do risco.

A doutrina subjetivista se esteia na idéia de culpa para haver responsabilidade, ou seja, em não havendo culpa, não há responsabilidade. Quanto à palavra *culpa* deve ser entendida aqui em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar a culpa *stricto sensu* como também o dolo.

Dentro desta concepção, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, esta prova passa a ser pressuposto do dano indenizável.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil subjetiva, ainda é largamente utilizada, sendo regra geral, como fica consagrado pelo artigo 186 do Código Civil pátrio.

Em síntese, pode ser afirmado, que de acordo com a teoria da culpa são essenciais tres elementos: o dano, a conduta culposa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Neste sentido, necessita que ocorra um dano de natureza moral e/ou material para existir o dever de indenizar. Já, em se tratando da responsabilidade civil, é essencial que ocorra uma conduta antijurídica, e que desta conduta advenha um prejuízo moral ou material.

“A jurisprudência é pacífica no entendimento de que não se pode falar em indenização quando o autor não comprova a existência do dano”.(TJSC – Relator Wilson Antunes julgado em 04/05/82 – RT 568/167)

É importante a averiguação de alguns requisitos para que o dano seja passível de indenização, quais sejam: certeza, atualidade e subsistência. O dano certo é o fundamentado em fato certo, não calcado em hipóteses. A atualidade diz respeito ao fato que efetivamente já

¹⁷ CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de responsabilidade civil. 2. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 130.

ocorreu. Quanto à subsistência consiste em observar que não será ressarcível o dano que já tenha sido reparado pelo responsável.

O dano ainda pode ser em reflexo ou em ricochete, correspondendo ao fato de uma pessoa sofrer, por reflexo, um dano, primariamente causado a outrem, como por exemplo, filho que deixa de perceber pensão alimentícia por motivo de superveniente incapacidade física do pai, esta decorrente de ato ilícito praticado por terceira pessoa.

Também o dano poderá ser classificado em patrimonial ou moral. O patrimonial atinge o patrimônio da vítima, perdendo ou deteriorando total ou parcialmente os bens materiais economicamente avaliáveis. Compreende os danos emergentes (o que a vítima efetivamente perdeu) e os lucros cessantes (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar), conforme dispunha o art. 1.059 do antigo Código Civil, referendado no art. 402 do Código atual.

Já o dano moral é, um prejuízo que não atinge o patrimônio econômico, mas afeta a mente, a reputação da vítima. Por oportuno informar que já foi muito controvertida a questão da ressarcibilidade do dano moral. Num primeiro momento negava-se reparabilidade ao dano moral, sob a argumentação de ser este inestimável.

Segue comentário de Silvio de Salvo Venosa ressaltando que:

“se há reflexos patrimoniais, o dano é patrimonial. Não é porque o dano exclusivamente moral é difícil de ser avaliado economicamente que deve ser deixado de lado. [...] raramente a indenização substitui exatamente o dano sofrido. Geralmente é um simples lenitivo para o credor não satisfeito”¹⁸.

Já em um segundo momento, passou-se a admitir o ressarcimento do dano moral desde que não fosse pedido de forma cumulada com o dano material, sob a alegação de que o dano material absorve o moral, o quê afastaria a possibilidade de reparação.

Porém atualmente esta discussão está superada, pois conforme este mesmo professor Venosa:

“O novo Código resolveu, em boa hora, ser expresso a respeito, no atual art. 186, admitindo a indenização por dano exclusivamente moral. A Constituição de 1988 a ele se referiu expressamente e abriu um novo horizonte para as indenizações em nosso país. Esse dano é o que afeta a integridade física, estética, a

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. P.261.

saúde em geral, a liberdade, a honra, a manifestação do pensamento etc. Trata-se de lesão que atinge valores físicos e espirituais da pessoa e que trazem amargura, privação do bem-estar, padecimento, inquietação mental e perturbação da paz”¹⁹.

Nesse sentido:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano Moral Puro – Protesto de Cheque –Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral passível de indenização. Recurso Especial conhecido e provido.” (AC. 4ª Turma do STJ, no Resp. 8.768-SP, rel. Min. Barros Monteiro, publ. 06-04-92, COAD 58.739).

Com isso ocorreu a consagração definitiva da indenizabilidade por dano moral (art. 5º, incisos V e X), pondo fim à resistência da jurisprudência.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
 X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

E ainda se manifestou o Superior Tribunal de Justiça na dicção da Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

A conduta culposa, como já comentado, é outro elemento fundamental pela teoria subjetiva para configuração da responsabilidade civil. O vocábulo culpa é tomado pelo seu vocábulo *lato sensu*, que abrange também o dolo, ou seja, todas as espécies de comportamento contrários ao direito, sejam com intenção ou não, porém atribuídas ao causador do dano.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. P.261.

Estará presente a culpa quando ocorre uma infração a um dever de conduta. Em se tratando de uma norma legal, haverá responsabilidade civil extracontratual, por outro lado, haverá responsabilidade civil contratual quando houver a infração se der através do inadimplemento de uma norma contratual.

Compreende-se por culpa em sentido estrito, a violação de um dever, legal ou contratual, por imprudência, negligência ou imperícia.

Outro requisito necessário para a responsabilidade civil é o nexo de causalidade, consistente na relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e prejuízo ocasionado ao lesado.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”²⁰.

Adotada a teoria do dano direto e imediato pelo Código Civil Brasileiro, fica regida no art. 403 que a indenização das perdas e danos limita-se às que forem consequência direta e imediata da inexecução.

Observe o art. 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Porém, com o passar do tempo, o fato é que a teoria da culpa demonstrou não ser capaz de solucionar todos os casos, deixando muitas vezes irressarcido o lesado. Situação muito verificada nos casos em que a vítima não consegue provar a culpa do agente. Desta maneira, procurando solucionar esse problema, surge a teoria da culpa presumida, onde se tem a inversão do ônus da prova, passando para o agente a incumbência de provar que não é culpado pelo ato danoso.

Portanto, o ônus da prova da culpa inverte-se, deixando de ser da vítima para ser do agente, tendo aquele apenas que provar quem foi o autor do dano, a sua extensão e o nexo causal.

De acordo com o disposto no art. 933 do Código Civil, a jurisprudência pátria (súmula 34 do STF), entendeu que existe culpa presumida nas hipóteses do art. 932 do mesmo diploma legal.

²⁰ CAVALIERI, Sérgio Filho. Op. Cit. p. 49

Entretanto, a teoria clássica da culpa não conseguia responder à todas as necessidades da vida em sociedade, pois diversos casos concretos existiam em que os danos continuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico. Assim, num fenômeno dialético, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o surgimento de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.

Embora a responsabilidade subjetiva seja a regra geral, em alguns casos, o direito brasileiro se utiliza da Responsabilidade Civil objetiva, fundada na teoria do risco. Esta teoria diz que responderá independentemente de culpa quem exerce atividade que, devido à sua natureza, cria risco de dano a direito de outrem, se o dano efetivamente vier a ocorrer.

Portanto, esta teoria dispensa qualquer juízo de valor, pouco importa se o agente causador do dano agiu ou não com culpa, tanto faz, pois será responsável da mesma forma. A responsabilidade independe de culpa.

A responsabilidade objetiva está prevista no artigo 927, do Código Civil, *in verbis*:

“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.”

Vale aqui trazer o comentário de Carlos Roberto Gonçalves, sobre o referido artigo:

“A inovação constante no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil será significativa e representara, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para o direito de outrem, da forma genérica como consta no texto, possibilita ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável”²¹.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 7. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2002.

A presença da Teoria do Risco, apenas para citar não é nova na legislação pátria, já foi adotado em outros dispositivos legais, como por exemplo, o Decreto nº 2.681/1912, a respeito da Lei de Acidentes de Trabalho, a Legislação Aeronáutica, às legislações relativas às instalações nucleares, e, não menos o Código de Defesa do Consumidor.

Surgiram, então, várias concepções para explicar o conceito de risco dentro da doutrina objetiva.

Em sua primeira formulação, a responsabilidade sem culpa funda-se na teoria do risco integral, modalidade já abordada, destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal.

Por outro lado a teoria do risco profissional preceitua que sempre cabe indenização quando o fato prejudicial é decorrente da atividade ou profissão do lesado. Esta teoria foi criada para justificar a reparação dos acidentes ocorridos por empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador.

A teoria do risco-proveito, diz que é responsável civilmente aquele que tira proveito do fato causador de dano à vítima, devendo esta provar que o dano resultou de benefício para o causador.

A teoria do risco criado teve entre os doutrinadores um conceituadíssimo adepto, Caio Mário da Silva Pereira, que ensina: “[...] aquele que, em razão de sua atividade ou profissão cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”²².

Neste caso, não se cogita de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente. Fazendo também abstração da idéia de culpa, importando somente o fato danoso e o nexo causal entre este e a atividade desenvolvida. Portanto, para esta teoria configura o dever de indenizar, o simples fato de alguém empreender qualquer atividade que gere prejuízos a terceiros.

O direito brasileiro é eclético, acolhendo as duas posições, teoria da culpa e teoria do risco. De regra, exige-se a culpa para que haja a obrigação de reparar, entretanto, em casos expressamente previstos a culpa é prescindível, bem como nas circunstâncias em que a atividade desenvolvida implicar em riscos para os direitos de outrem, não sendo elemento necessário à caracterização da responsabilização.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 24.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

4.1 Considerações iniciais

Neste capítulo, serão analisadas importantes questões sobre a responsabilidade civil do Estado. Certo em observar que há uma tendência do direito moderno em buscar a proteção do maior número de vítimas possível e da maneira mais completa face ao gigantismo estatal.

Quanto à nomenclatura, interessa citar uma divisão da doutrina. Alguns autores, como Hely Lopes Meirelles²³, ensina que a designação correta é “responsabilidade civil da Administração Pública”, pois essa responsabilidade surge de atos da administração, e não de atos do Estado como entidade política. Já autores como Diógenes Gasparini²⁴ e Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵, sustenta que a responsabilidade é do Estado, já que esta responsabilidade pode decorrer, de atos administrativos como também de atos legislativos e judiciais.

O fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado é bipartido, consoante seja ela decorrente de atos lícitos ou ilícitos. Na responsabilidade por atos lícitos, como a construção de um calçadão que impede a utilização de um prédio, construído e regularmente usado como garagem, o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrado²⁶, ou seja, se a atividade administrativa do Estado é favorável à toda coletividade, se é benéfica para todos, justo é que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos, o quê reflete bem o princípio da igualdade.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca, ainda, que:

“(…) os administrados não tem como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social”²⁷.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Administrativo Brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 55.

²⁴ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.617.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

²⁶ GASPARINI, Diógenes. Op. cit. p. 618

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 433/434.

No que se refere a responsabilidade do Estado por atos ilícitos, o fundamento está na própria transgressão ao princípio da legalidade. Este é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, pois o Poder Público deve se subordinar ao ordenamento jurídico. Nesse sentido o Estado ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei. Diante disso não seria concebível que o Estado pudesse, realizando atividades com o escopo de atender aos anseios da coletividade, causar prejuízos a alguém sem que este pudesse ter direito a um ressarcimento dos danos experimentados.

Questão interessante diz respeito ao fato de saber se o tema em análise é matéria de direito público ou privado.

Para autores como José de Aguiar Dias²⁸ e Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹, a matéria deve ser analisada à luz do direito público, pois se refere à tema relativo ao direito administrativo.

Porém há posicionamento diferente, do qual é adepto Yussef Said Cahali. Segundo este autor, os princípios da responsabilidade do Estado, foram concebidos pelo direito comum da responsabilidade civil, por isso matéria de direito civil. Além disso, acrescenta que a responsabilidade civil é um instituto, que apesar do desenvolvimento nos ordenamentos privados, pertence à teoria geral do direito, visto que seus princípios e fundamentos se aplicam a todos os setores jurídicos.

Ainda para melhor elucidação do tema, cumpre destacar que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello faz distinção entre responsabilidade propriamente dita e sacrifício de direito. Aquele realmente enseja responsabilização do Poder Público e este, encontra-se amparado pelo ordenamento jurídico, pois o Estado em favor do interesse da coletividade investe contra um interesse particular mediante prévia e justa indenização³⁰.

4.2 Fundamento Legal

Assentou a Constituição Federal, a responsabilidade civil do Estado no artigo 37, em seu parágrafo 6º, que segue:

²⁸ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: forense, 1995, p. 555/556

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 436

³⁰ Ibid. p. 569

Art. 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:

§ 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.

Cumpre antes tecer alguns comentários sobre o artigo 15 do Código Civil de 1916 que segue:

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

Segundo Hely Lopes Meirelles, o referido artigo consagrou a teoria subjetiva, até que foi adotada a teoria objetiva pela Constituição de 1946.

Esta, portanto, foi a primeira regra aplicada para a responsabilização do Estado até a Constituição de 1946. Este artigo, muito criticado pela redação ambígua, provocou muitas discussões entre os doutrinadores, porém restou firmado o entendimento de que consagrava a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado.

Para a doutrina majoritária, o artigo 37, parágrafo 6º da Magna Carta, teria alterado somente em parte o artigo 15, já que este ainda prevalece em se tratando de aplicação da teoria subjetiva para os casos de condutas omissivas do Estado

A palavra representantes, demonstrava a idéia de que o funcionário representava o Estado. Também as expressões “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”, expressam a demonstração da culpa do funcionário público para se tentar obter a indenização.

Quanto à Carta de 1988, seguiu posicionamento estabelecido a partir da Constituição de 1946, que conforme a doutrina e a jurisprudência, em termos de responsabilidade civil do

Estado passou a ser objetiva (conquanto em relação aos atos comissivos exista divergência, que será analisada em capítulo próprio).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 43, reproduz a mesma orientação presente no texto constitucional, porém omite a referência que este faz às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

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 direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Portanto, nota-se uma evolução da responsabilidade civilística, que necessita da culpa subjetiva do agente para a responsabilidade pública, ou seja, responsabilidade objetiva.

Esta doutrina compreende análise sob o ângulo de três teorias objetivas: a teoria da culpa administrativa, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles³¹.

De acordo com a teoria da culpa administrativa a obrigação de o Estado indenizar é derivada da ausência objetiva do serviço público em si. Trata de culpa especial do Poder Público, evidenciada pela falta de serviço público, não de culpa do agente estatal. Deve ser demonstrada pela vítima a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento.

Já para a teoria do risco administrativo necessário é apenas o ato lesivo e injusto imputável à Administração Pública. Não se perquire de culpa, basta tão somente de comprovação pela vítima do fato danoso, sem o concurso do lesado. Como já abordado, é esta teoria fundada no risco que toda atividade pública gera para os administrados, tendo em vista a possibilidade de ocasionar danos, de forma isolada, a certos membros da sociedade.

Portanto, pela teoria do risco administrativo o dever de indenizar nasce do ato lesivo causado à vítima pela Administração. Na teoria da culpa administrativa necessário é a falta do serviço.

Por fim, pela teoria do risco integral, o Estado, invariavelmente, tem o dever de reparar o dano suportado por terceiro, mesmo que em se tratando de culpa exclusiva da

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. P. 556

vítima. Esta teoria, segundo ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho³², se fosse admitida, ficaria o Estado obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso, o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade, posto que estaria impedido de invocar as causas de exclusão do nexo causal, o que, a toda evidencia conduziria ao abuso e à iniquidade.

Como a Carta Política fundamentou a responsabilidade objetiva na teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado não é absoluta e pode ser elidida nas hipóteses de força maior, de caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, pois são situações que excluem o nexo causal, obstando o dever de indenizar do Estado.

Conceitua-se a força maior como sendo um fenômeno da natureza, um fato imprevisível, inevitável ou estranho ao comportamento humano, por exemplo, um terremoto.

Já o caso fortuito, é todo acontecimento resultante, de alguma forma, da vontade humana que, embora por vezes previsível, não se pode evitar.

Destaca-se que caso seja comprovada a omissão na prática de dever prescrito em lei, não há que se falar em caso fortuito ou força maior, não constituindo, assim, causa de exclusão do dever de indenizar. Porém, havendo o cumprimento do dever legal, se o serviço foi prestado corretamente e, ainda assim, o evento danoso veio a ocorrer, restaram caracterizadas estas excludentes para afastar a responsabilidade do Estado.

Outra causa excludente da responsabilidade estatal é a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, havendo também uma quebra do nexo causal, porém para não nasça o dever de indenizar para o Estado, deve ficar demonstrado que o lesado foi o verdadeiro causador do dano, e não, o Estado.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CULPA DA VÍTIMA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la. Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 254

Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-Agr 636814/ DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 15/06/2007).

RESPONSABILIDADE CIVIL DE MUNICÍPIO.
RESPONSABILIDADE OBJETIVA. - Inexistência de ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição, uma vez que o acórdão recorrido, embora aludindo à responsabilidade objetiva do Estado nos moldes da teoria do risco integral, em verdade se orientou pela teoria do risco administrativo, sustentando a inexistência de culpa exclusiva da vítima, e sendo certo que, no caso, não havia caso fortuito ou de força maior. E até foi além, afirmando, em face da prova, a culpabilidade concorrente do Município. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 238.453, voto do Min. Moreira Alves, DJ 19/12/02).

Diante disso, o Estado deve demonstrar estas excludentes para atenuar ou excluir sua responsabilidade. Porém há quem entenda que não é possível atenuação da responsabilidade do Estado, pois seria inviável falar em culpa concorrente quando se trata de responsabilidade objetiva. Todavia segundo Sergio Cavalieri Filho³³, o fenômeno não é de concorrência de culpas, mas de causas, por isso, se o dano for provocado por uma pluralidade de causas a responsabilidade ressarcitória do Estado deve ficar circunscrita ao dano efetivamente causado pela atividade administrativa.

Assim:

INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO -
 Responsabilidade do Poder Público, que independe de prova de dolo ou culpa - Prova, entretanto, no caso, de que houve culpa concorrente do particular, autor da demanda – Reforma parcial da sentença, para ordenar o pagamento da indenização pela metade (TJSP. Apelação Cível n. 263.584. Relator: Macedo Bittencourt Pinheiro Franco. 06 de outubro de 1977).

Outra importante questão a ser discutida diz respeito aos danos decorrentes de coisas ou pessoas perigosas de que o Estado tem a guarda. Nestes casos, conquanto o Estado não seja o autor direto, cria, por ato seu, a situação propícia para a sua ocorrência, que, deste

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 258.

modo, justifica sua responsabilização. São exemplos as usinas nucleares, presídios e manicômios judiciais etc.

A responsabilidade do Estado nos referidos casos é, indubitavelmente, objetiva, porém, mesmo assim, necessita do requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a conduta atribuída a seus agentes e os prejuízos causados a terceiros. Haja vista o caso de um prisioneiro que foge da cadeia e causa dano em lugar próximo ao local da fuga vários meses depois, inexistindo, neste caso, a responsabilidade civil do Estado, em razão da inexistência da relação de causalidade entre o dano e a situação de perigo criada pelo Estado³⁴.

Um caso exemplificativo foi um julgamento do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um prisioneiro que praticou assalto associado a outros marginais a uma família nobre de Curitiba, depois de 21 meses que tinha fugido da cadeia no Estado do Paraná. Apesar do Tribunal ter reconhecido responsabilidade objetiva do Estado, não foi desta maneira que a Suprema Corte se manifestou:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido varios meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no paragrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalencia das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensavel para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequivoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidencia da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o paragrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 177.

efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, 1º Turma, RE 130.764-1-PR)

Em face disso, percebe-se que de acordo com posicionamento do STF, a eventual omissão estatal não foi a causa direta e imediata do dano causado, inexistente, portanto, o nexo causal necessário para que o Estado seja responsabilizado. Neste ponto importa citar que o artigo 403 do Código Civil trata da questão do nexo de causalidade, consagrando a teoria da causalidade direta e imediata, a qual dita que uma pessoa é responsável pelos danos advindos direta e imediatamente de seus atos.

Interessa ainda destacar, que com o rol das pessoas responsáveis elencados no artigo 37, parágrafo 6º da lei Maior, foram afastadas controvérsias existentes, pois a responsabilidade objetiva foi estendida às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos. Portanto, tal como as pessoas jurídicas de Direito Público, a empresa pública, a economia mista e os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos estão sujeitos ao mesmo regime da Administração Pública no que diz respeito à responsabilidade civil.

A própria Constituição estabelece a distinção entre as empresas prestadoras de serviço público e as que executam atividade econômica. Estas estão submetidas ao regime jurídico das empresas privadas, só havendo possibilidade do Estado explorá-las quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo em consonância com o disposto no artigo 173, parágrafo 1º da Carta Maior

Com relação às empresas que executam atividade econômica, pode ser afirmado que estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, porém, caso forneçam produtos ou prestem serviços e esteja em questão relação de consumo, podem, tais empresas, vir a responder objetivamente segundo o Código de Defesa do Consumidor (artigo 12 ou 14)³⁵.

Deve-se observar que os prestadores de serviços públicos devem responder objetivamente pelo mesmo fundamento do Estado, o risco administrativo. Já se estiver em jogo relação de consumo, quanto à eficiência do serviço, a responsabilidade também é objetiva, porém com base no Código do Consumidor, conforme citado.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 173.

Assinalando que essas pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem em nome próprio, com seu patrimônio, e não o Estado por elas e nem com elas.

Conforme entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, não há que se falar nestes casos de responsabilidade solidária, visto que a solidariedade só pode advir da lei ou do contrato, o que não é o caso. Ressalte-se, ainda, que o artigo 25 da lei 8987/95, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, determina que a responsabilidade será direta e pessoal.

Assim, ressalta Sérgio Cavalieri:

“... o Estado responde apenas subsidiariamente, uma vez que exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos. Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribui a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente”³⁶.

Importa ressaltar que, embora tenha o Estado o dever de reparar os danos cometidos por seus agentes, não deve ele ser responsabilizado por atos predatórios de terceiros ou por eventos decorrentes de fenômenos da natureza. Somente haverá responsabilidade, caso seja comprovada a omissão estatal, sendo aplicada, neste caso, a teoria da falta do serviço.

Neste sentido:

Acidente com veículo em virtude de queda de árvore na via pública. Responde a Prefeitura por lesões causadas nos passageiros e danos no veículo. Comprovado que a árvore encontrava-se em estado precário, atacada por cupins, responde a Municipalidade por tal fato, sobretudo na falta de comprovação de caso fortuito ou força maior. (TJRJ, 2º C. Cível, rel. Des. Penalva Santos, v.u., Em. 26, DJE 27 de julho de 1989)

O dispositivo constitucional em comento, abrange apenas os casos de responsabilidade extracontratual do Estado, não abarca as hipóteses de responsabilidade contratual, pois aquele que com o Estado estabelece contrato, não é terceiro, visto que mantém vínculo jurídico com o Poder Público. E no caso de inadimplemento, aplicam-se as regras contratuais.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 268.

4.3 O termo “agentes”

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Não se separam agente e Estado, posto que constituem uma unidade.

No artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, está estabelecido que o Estado será responsável pelos atos de seus agentes. Através desta análise, percebe-se que o vocábulo *funcionário*, que tantas controvérsias trouxe, foi expurgado neste novo regime. Todavia, já naquele período, prevalecia o entendimento de que este termo era empregado em sentido amplo, para indicar servidor ou agente público, ou seja, todo aquele que era incumbido de realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório.

Segundo Sérgio Cavalieri, a atual Carta Política, ao utilizar o vocábulo agente, deu guarida a esse entendimento doutrinário, deixando claro que a responsabilidade do Estado subsistirá ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura³⁷.

Outro ponto relevante é acerca da interpretação da expressão “nessa qualidade”, disposta neste artigo. Possível é perceber que para haver responsabilidade, necessário é que o agente esteja no exercício de suas funções.

Assim:

Responsabilidade do Estado por ato de seus prepostos – As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros, porém, sob a condição subordinativa de que seus agentes pratiquem o ato lesivo no exercício no exercício da função, ou seja, na qualidade de funcionário – Hipótese em que um soldado da Polícia Militar, por motivos absolutamente estranhos à sua atividade funcional e à paisana, distante de sua área de serviços, arrebata friamente a vida de um cidadão. Nexo funcional não caracterizado. Decisão mantida. (TJPR – 2º C. – Ap. – Rel Abraão Miguel – julgado em 31/08/83 – RT 581/166).

Ainda, para que reste configurada a responsabilidade do Estado, precisa que o causador do dano aja na qualidade de agente público, isto é, importa que a oportunidade para a prática do comportamento danoso seja dada pela condição de agente público, sendo

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 257.

indiferente para a vítima o título pelo qual o causador do dano esteja vinculado à entidade política.

Portanto, por agente público deve ser entendido quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita. Deste modo já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. PARTICULAR NOMEADO PELO JUÍZO. DEVER DE GUARDA E CONSERVAÇÃO DO BEM.

I - Trata-se de ação indenizatória movida contra o Estado do Rio de Janeiro pelos prejuízos causados quando da execução de ação de despejo contra o recorrido. Naquela oportunidade foi nomeado particular para exercer o munus de depositário judicial da criação de minhoca e húmus que havia no terreno desapossado. Quando o ora recorrido obteve decisão judicial para retornar ao imóvel, os bens tinham-se deteriorado, dando ensejo à indenização em tela.

II - O particular nomeado pelo juízo como depositário judicial deve ser considerado agente do Estado quando exerce munus próprio deste, como guarda de bens em medida judicial. Se causar danos a terceiros, agindo nessa qualidade, tal fato enseja a responsabilidade civil objetiva do Estado, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

III - A obrigação de conservar o bem depositado deriva da própria função do depositário de guardar e cuidar da coisa como se fosse sua, evitando o seu perecimento, nos termos precisos do artigo 1.266 do Código Civil de 1916 (artigo 629 do atual Código Civil).

IV - No que se refere à sua responsabilidade, o depositário judicial não se distingue do depositário particular, que assume a obrigação em virtude da celebração de um contrato de depósito. Ao contrário, exerce um munus público, de manter o bem sob sua guarda para o êxito do processo em curso. Precedente: REsp nº 276.817/SP, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 07/06/2004.

V - Recurso especial improvido. (Resp 648818/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 07/11/2005)

Também segundo a Suprema Corte, não precisa o agente público que ocasionou o dano, estar no pleno exercício de suas atribuições, ou seja, durante o serviço, mas que aja na qualidade de agente público. Neste sentido:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II. - R.E. não conhecido. (RE 160.401, Rel. Mi. Carlos Veloso, DJ 04/06/1999)

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º). Policial militar, que em seu período de folga e em trajes civis, efetua disparo com arma de fogo pertencente à sua corporação, causando a morte de pessoa inocente. Reconhecimento, na espécie, de que o uso e porte de arma de fogo pertencente à Polícia Militar eram vedados aos seus integrantes nos períodos de folga. Configuração, mesmo assim, da responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Precedente (RTJ 170/631). Pretensão do Estado de que se acha ausente, na espécie, o nexo de causalidade material, não obstante reconhecido pelo Tribunal “*a quo*”, com apoio na apreciação soberana do conjunto probatório. Inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária. Precedentes específicos em tema de responsabilidade civil objetiva do Estado. Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – RE conhecido e improvido. (RE 291035/SP, Rel. Min.Celso de Mello, DJ 06/04/2006)

4.4 Direito de regresso

Em não sendo possível o afastamento da responsabilidade, a Constituição Federal assegura às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviços públicos, o direito de regresso em face do agente causador do dano, caso tenha agido com dolo ou culpa.

O direito de regresso consiste no poder-dever que possui o Estado de reclamar do causador do evento danoso, que comprovadamente tenha agido com dolo ou culpa, a restituição da quantia que pagou à vítima a título de indenização.

Desta forma Diógenes Gasparini leciona que a ação regressiva é medida judicial de rito ordinário, que propicia ao Estado reaver o que desembolsou à custa do patrimônio do agente causador direto do dano, que tenha agido com dolo ou culpa no desempenho de suas funções. Essa ação não cabe se o agente público não agiu com dolo ou culpa. Tal medida deve ser interposta, uma vez transitada em julgado a sentença que condenou a Administração Pública, ou após esse pagamento, nos casos de acordo. São requisitos dessa ação: a) a condenação da Administração Pública a indenizar, por ato lesivo de seu agente; b) o pagamento do valor da indenização; c) a conduta lesiva, dolosa ou culposa do agente causador do dano. Desse modo, se não houver o pagamento, não há como justificar-se o pedido de regresso, mesmo que haja sentença condenatória com trânsito em julgado e o agente tenha-se conduzido com dolo ou culpa. Observe-se que o primeiro requisito pode não existir se a satisfação do prejuízo causado aconteceu por via amigável. Neste caso, devem ficar cabalmente demonstrados os dois últimos, ou seja, o pagamento e a culpa ou dolo do agente público.³⁸

Diante de tais considerações, nota-se que a ação regressiva necessita da comprovação da culpa ou do dolo do agente que causou o dano, sendo adotada a teoria subjetiva para esta responsabilização.

Uma questão a ser discutida reside em saber se o agente causador do dano poderia ser acionado diretamente pela vítima, ou se haveria responsabilidade solidária entre a Administração e o agente.

Celso Antonio Bandeira de Mello declara não existir qualquer impedimento para que a vítima proponha a ação diretamente contra o funcionário, acentuando que o fundamento desta ação será a responsabilidade subjetiva³⁹.

Já Hely Lopes Meirelles, em um posicionamento diferente, afirma não haver possibilidade do lesado mover ação diretamente contra o agente causador do dano, haja vista que somente responderia perante a própria Administração. Neste sentido, importa dizer que a Constituição confere à vítima o direito de ser reparado pela pessoa jurídica, e não, por seu agente⁴⁰.

Rebatendo esta posição, Celso Antônio Bandeira de Mello frisa que o escopo da norma constitucional é a proteção da vítima e, em virtude disto, não pode ser restringida⁴¹.

³⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 909.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p. 465.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 465.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p. 466.

De outro modo, o dispositivo constitucional busca também proteger o patrimônio público, na medida em que garante o direito de regresso, garantindo, assim, ao Estado, a possibilidade de reaver de seu agente a quantia que pagou à vítima lesada.

Há jurisprudência do Suprema Corte admitindo que a vítima acione o agente e o Estado solidariamente.

“Responsabilidade civil das pessoas de direito público – Ação de indenização movida contra o ente público e o funcionário causador do dano – possibilidade. O fato de a Constituição Federal prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano não impede que este último seja acionado conjuntamente com aquelas, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo – voto vencido. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (RE 90071, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 26/09/1980)

Questão também que levanta controvérsia, é a possibilidade de haver ou não a denunciação da lide ao autor do dano, com fulcro no artigo 70, III do Código de Processo Civil.

Segundo posicionamento de Hely Lopes Meirelles é incabível, pois a ação regressiva da Administração contra o causador direto do dano está instituída pelo § 6º do art. 37 da CF como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos e para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade independe de culpa, para o servidor a responsabilidade depende de culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil⁴².

Celso Antônio Bandeira de Mello declara não ser cabível ao Poder Público regressar, na mesma demanda, contra o funcionário, buscando sua culpa através de denunciação à lide, porque, estando em discussão a responsabilidade objetiva do Estado e não a responsabilidade civil subjetiva do servidor público, haverá diversificação de fundamentos, incompatibilizados pela opção da vítima em escolher um único fundamento para sua ação. Haveria, portanto, diversificação de fundamentos, isto acarretaria um notável acréscimo temporal da demanda, prejudicando ainda mais a vítima do dano.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 32. ed., 2006, p. 659.

È interessante acrescentar que, para a maioria da doutrina administrativista, não é cabível a denúncia da lide, pois constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não importante para a concretização do ressarcimento a que tem direito.

Assim:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA. FALSIDADE DA PROCURAÇÃO UTILIZADA NO ATO. ALEGAÇÃO DE FRAUDE. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE DO TITULAR DO CARTÓRIO RESPONSÁVEL PELO REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. INTRODUÇÃO DE FATO NOVO. RESPONSABILIDADE NEM SEMPRE OBJETIVA. FALHA DO SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTES. DOUTRINA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SUFICIÊNCIA DA PROVA DOCUMENTAL. POSSIBILIDADE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denúncia nos casos de alegado direito de regresso cujo reconhecimento demandaria análise de fundamento novo não constante da lide originária.

II - A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da prestação na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios". [...] (Resp 210.607, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04/02/2002)

Há, porém, posições contrárias, segundo Yussed Said Cahali a denúncia da lide é admissível com fulcro no artigo 70, III do Código de Processo Civil, buscando atender ao princípio da economia processual.

Nesta ordem:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRA O PODER PÚBLICO. ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTE PÚBLICO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE DE SER INDEFERIDA.

1 - A denúncia da lide contra servidor público autor do ato ilícito discutido em ação de responsabilidade civil proposta contra o Poder Público, se por este requerida, não pode ser indeferida pelo juízo.

2 - A adoção desse sistema de fixação de tal relacionamento processual visa se homenagear o princípio da economia processual, evitando-se uma nova demanda. Efeitos da ação regressiva.

3 - Recurso provido. (Resp. 95368, Min. Rel. José Delgado, DJ 18/11/98)

“Embora cabível e até mesmo recomendável a denúncia à lide do servidor público causador do dano, uma vez indeferido tal pedido, injustificável se torna, nesta oportunidade, a anulação do processo para referida providência, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais” (STJ – 1ª T. – Resp. – Rel. Garcia Vieira – j. 17.5.93 – RSTJ 48/213).

“Responsabilidade civil – Servidor público – Denúnciação à lide – Art. 70, III, do CPC – Nada impede que a Administração Pública denuncie à lide, na qualidade de terceiro, o seu funcionário, na forma estabelecida no art. 70, III, do CPC” (STJ – 2ª T. Resp. – Rel. José de Jesus Filho – j. 6.12.93 – RSTJ 58/260)".

4.5 Atos legislativos

É através da função legislativa que se opera o fenômeno da criação do Direito, compreendendo-se como o conjunto de regras jurídicas que organizam e disciplinam a vida da coletividade e do próprio Estado.

No direito brasileiro, a regra geral, é a irresponsabilidade do Estado pelos atos legislativos típicos. Pois conforme ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, estes atos não podem causar prejuízo a ninguém enquanto norma genérica, abstrata e impessoal; seus efeitos positivos ou negativos dependem da sua efetiva incidência sobre o caso concreto, quando, então, passível de reparação será o ato jurídico ou administrativo que ensejou a aplicação da norma, jamais a lei em tese. E ainda acrescenta que a lei absolutamente genérica nada mais que simples interesses pode contrariar. A eventual lesão de direito subjetivo decorrerá diretamente da aplicação da lei e apenas indiretamente dela⁴³.

Outro argumento utilizado na defesa da irresponsabilidade estatal alega que a lei é ato de soberania, posto que o Poder Legislativo é soberano, por isso não há que se falar e indenização ocasionado por ela⁴⁴. Porém este argumento não persiste, pois, se assim fosse, Judiciário e o Executivo também estariam acobertados pela mesma imunidade.

Tal regra, todavia, não se aplica às leis meramente formais, também chamadas de leis de efeitos concretos, que regulam situações subjetivas e individuais. Embora rotuladas de leis,

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 286

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 438.

não passam, na realidade, de meros atos administrativos emanados do Poder Legislativo. O tratamento a ser dispensado a esses casos é o mesmo dos atos administrativos típicos⁴⁵.

Por outro lado a orientação da doutrina vem posicionando-se no sentido de proclamar a plena submissão do poder público ao dever jurídico de reconstruir o patrimônio dos individuais cuja situação pessoal tenha sofrido agravos motivados pelo desempenho inconstitucional da função de legislar⁴⁶.

Portanto, o Estado responde pelos prejuízos causados pela aplicação de lei declarada inconstitucional pelo poder judiciário, ou seja, depende de prévia declaração do vício por parte do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

“Responsabilidade civil do Estado – Lei inconstitucional – Indenização – O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar”. (STF – RE 153.464, de 02.09.92 – Rel. Min. Celso de Mello)

Importa destacar, o ensinamento de Maria Helena Diniz, que o Estado não possui direito de regresso face ao legislador, pois a inviolabilidade dos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos está consubstanciada no artigo 53 da Constituição Federal⁴⁷.

4.6 Atos judiciais

Neste tópico, faz-se uma análise da responsabilidade civil do Estado por atos praticados pelo Poder Judiciário.

Deve ser observada, em princípio, a diferença entre atos judiciais e atos jurisdicionais. Os atos judiciais são todos os atos que emanam do Poder Judiciário. Deste modo a função judicial é gênero, de que a função jurisdicional e a atividade administrativa do magistrado são espécies.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 286.

⁴⁶ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 372.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 440.

No caso da atividade administrativa do juiz predomina a teoria objetiva, com fulcro no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, posto que tais atos se equiparam aos demais praticados pela Administração Pública.

Questão de grande polêmica diz respeito a se deve ou não o Estado responder civilmente pelos atos dos juízes no exercício da função jurisdicional, ou seja, quando o juiz resolve o litígio aplicando o direito ao caso concreto.

Tem-se adiante os principais argumentos pró-irresponsabilidade estatal pelos atos jurisdicionais.

Os defensores desta teoria alegam que os atos do Judiciário não poderiam acarretar responsabilidade para o Estado pois a atividade jurisdicional é expressão da soberania do Estado.

Porém, importa observar que a soberania não é atributo de um ou outro poder (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas o é da pessoa jurídica Estado, de forma indivisível e inalienável. De outra forma, se procedesse tal argumento, não apenas pelos atos jurisdicionais seria irresponsável o Estado, mas por todos os atos que viesse a praticar, pois inexistiria hierarquia entre as funções administrativa, legislativa ou jurisdicional.

A tese da irresponsabilidade em virtude de soberania tem sido utilizada pelos tribunais, até mesmo o Supremo Tribunal Federal, decidiu em sessão plenária que: “O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania”. (RTJ 64/689)

Outro argumento preleciona que a irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juízes advém da independência da Magistratura. Pois os magistrados têm que agir com independência no exercício de suas funções, sem o temor de que, a cada passo, na sua função de dizer o direito, possam engendrar responsabilidade, para si e para o Estado que representam.

De fato é imprescindível que não haja subordinação hierárquica no desempenho da função do magistrado, assegurando sua imparcialidade. Por isso, é portador de certas garantias contidas no artigo 95 da Magna Carta (vitaliciedade, inamovabilidade e irredutibilidade de vencimentos), além das vedações inclusas no parágrafo único deste mesmo artigo.

Ainda, em prol da tese da irresponsabilidade, afirmava-se que o artigo 107 da Constituição de 1967, que tratava da matéria, não se aplicaria ao Judiciário, vez que estava

localizado no capítulo do Poder Executivo na seção relativa aos funcionários públicos. Argumentava-se que o juiz seria um órgão e não um funcionário público.

O argumento foi totalmente prejudicado, pois a Carta de 1988 superou o impasse ao colocar o dispositivo que trata da responsabilidade estatal no capítulo que cuida de forma genérica da Administração Pública, dispondo em seu artigo 37, que os princípios ali consagrados se aplicam à Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Portanto, o dispositivo em comento é aplicável aos três poderes e não apenas ao Executivo.

Além disso, a atual Constituição empregou o termo “agentes” e não funcionário, compreendendo todos aqueles que exercem legitimamente função estatal.

Deste modo, Sergio Cavalieri Filho diz que “Nesta categoria incluem-se, sem dúvida, não somente os membros do Poder Judiciário como agentes políticos, como também, os serventuários e auxiliares da justiça em geral, vez que desempenham funções estatais”⁴⁸.

Existe entendimento em favor da irresponsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais com fulcro no artigo 133 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que o juiz responderá por perdas e danos pelo prejuízo que causar quando agir com culpa ou dolo, restando excluída, destarte, a responsabilidade estatal.

Com isto nasceu uma nova dúvida: estaria o artigo 133 do Código de Processo Civil em desconformidade com o artigo 37, parágrafo 6º da Magna Carta?

Para Cretella Junior, visto que não seria possível responsabilizar pessoalmente o juiz, na medida em que este e o Estado formam um todo indissociável, este dispositivo é inconstitucional. Deste modo, deve o Estado indenizar e, depois, acionar o juiz regressivamente⁴⁹.

Neste sentido:

“Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções,

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 280.

⁴⁹ Apud Wambier, Luiz Rodrigues. A responsabilidade Civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 37.

com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 228.977/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 12/04/2002)

Para o referido autor, a relação processual se verifica entre as partes e o Estado, representado pelo juiz, e não, entre aquelas e a pessoa física do juiz.

Por outro lado, Mário Moacyr Porto entende que o juiz também deverá responder, regressivamente, perante o Estado pelo que este dispender pela indenização, não existindo, portanto, contradição entre o Código de Processo Civil (artigo 133, I) e a Magna Carta de 1988⁵⁰.

Nas hipóteses do inciso II, do mesmo artigo, diz Maria Helena Diniz:

“(...) o Estado responderá patrimonialmente, tanto se o dano for por culpa, dolo ou fraude do órgão judicante quanto se a demora na prática dos atos jurisdicionais ou a procrastinação no andamento do processo se der por negligência do juiz ou por “falta de serviço”, isto é, por deficiência do serviço judiciário”⁵¹.

Nos casos de omissão na prestação jurisdicional, para Álvaro Lazzarini, tem-se a responsabilidade direta do Estado, pois é a parte legítima para responder objetivamente e, em ação regressiva, discutir a responsabilidade do magistrado⁵².

Para Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade do juiz, não exclui a do Estado, pois se o Estado responde pela simples negligência ou desídia do juiz, por mais forte razão deve também responder quando ele age dolosamente. Em ambos os casos o juiz atua como órgão estatal, exercendo função pública. Porém, no último caso, poderá o lesado optar entre acionar

⁵⁰ Apud Wambier, Luiz Rodrigues. Op. cit. p. 38.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 444.

⁵² LAZZARINI, Álvaro. Responsabilidade civil do Estado por atos omissos dos seus agentes. RJTJESP, p. 21.

o Estado ou diretamente o juiz, ou, ainda, os dois, porquanto haverá aí, uma solidariedade estabelecida pelo ato ilícito⁵³.

Importa dizer que é inquestionável que para exercer a jurisdição sem eventuais erros é impossível e até inevitável. E por isso estão previstos os recursos na lei a fim de evitar ou corrigir erros.

Daí, o entendimento predominante no sentido de só poder o Estado ser responsabilizado pelos danos causados por atos judiciais típicos nas hipóteses previstas no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal. Contempla-se, ali, o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Para Cavalieri, por erro judiciário deve ser entendido o ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil; ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial) no exercício da função jurisdicional.

Entretanto, a maioria da doutrina, que tem como uma de suas representantes Odete Medauar, entende que só é possível a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário de natureza criminal.

Vale citar aqui o posicionamento da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão”⁵⁴.

A Carta de 88 fortaleceu a corrente doutrinária que acredita que a responsabilidade do Estado por atos judiciais é fundada na teoria do risco administrativo, pois que o serviço judiciário é uma espécie do gênero serviço público, sendo o juiz um agente público⁵⁵.

Assim:

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p 285.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 356.

⁵⁵ DERGINT, Augusto do Amaral. Apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 281

Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C.Pr.Penal, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça”. (RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/10/07)

Para Maria Emília Mendes Alcântara, o Estado é tão responsável pelos atos jurisdicionais quanto o é pelos atos administrativos ou legislativos, sendo aplicada, em todos os casos, a regra constitucional. Acrescenta, ainda, que:

“Da mesma forma, tanto aquele que foi vítima de um ato administrativo ilegal, quanto o que foi privado, ilegalmente de sua liberdade ou atingido por lei inconstitucional, encontra-se na mesma posição jurídica. Houve, nas três hipóteses cogitadas, ruptura do princípio da legalidade e pelos danos decorrentes responde o Estado”⁵⁶.

Preceitua o artigo 630 do Código de Processo Penal:

Art. 630 - O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º - Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça

⁵⁶ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Op. cit. p. 31.

do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º - A indenização não será devida:

- a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
- b) se a acusação houver sido meramente privada.

Este artigo reconhece o direito à indenização pelo erro judiciário e teve tratamento de forma específica no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal.

No entender de Sergio Cavalieri Filho, existem duas normas igualmente constitucionais que cuidam da responsabilidade do Estado; a do artigo 37, parágrafo 6º, de natureza geral, aplicável a toda a Administração Pública, inclusive ao Judiciário quando exerce atividade meramente administrativa, e a do artigo 5º, LXXV, restrita à atividade jurisdicional em face da sua natureza e peculiaridades⁵⁷.

Ainda há a questão da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional cautelar. Nesses casos, o mencionado autor diz que, só poderá haver responsabilidade estatal caso fique provado o erro judicial, o abuso de autoridade, a ilegalidade do ato, não sendo suficiente a mera absolvição por falta de provas. Deste modo, a medida que for decretada nos termos e nos limites da lei, não enseja responsabilidade civil do Estado⁵⁸.

Por outro lado, Maria Emília Mendes Alcântara entende ser cabível a indenização, caso, após o decreto de prisão preventiva, fique comprovada a inocência do acusado, mesmo que o juiz tenha agido nos termos e limites da lei. A referida autora acredita que, nesta situação, o prejuízo apenas será passível de indenização se repercutir na esfera patrimonial do indivíduo. Haja vista a hipótese em que o acusado é demitido de seu emprego em virtude da prisão⁵⁹.

Portanto, chega-se à conclusão de que cabe a responsabilidade do Poder Público quando se tratar de atos judiciais que possuam conteúdo administrativo. Porém, em relação aos atos jurisdicionais, há dificuldade na jurisprudência em aceitar que o Estados seja responsabilizado pelo mesmo. No geral, a jurisprudência só admite

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Filho. Op. cit. p. 282.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Filho. Op. cit. p. 283.

⁵⁹ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Op. cit. p. 41.

a responsabilização nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, que se referem a decisões criminais (art. 5º, LXXV).

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO.

Considerações especiais sobre a questão da responsabilidade civil do Estado por omissão serão feitas neste capítulo. O estudo será fundamentado na análise doutrinária e jurisprudencial.

O Estado pode causar danos aos administrados por conduta comissiva ou omissiva. Em relação aos prejuízos derivados de condutas comissivas, não resta dúvida, quanto à aplicação da teoria objetiva para os autores pátrios.

Em conformidade com a teoria objetiva, é válido lembrar, que não há necessidade do lesado demonstrar a culpa, sendo suficiente que prove o dano causado e a relação de causalidade entre o dano experimentado e o comportamento do agente, para fins de indenização. Diferentemente, na relação entre o Estado e seu agente aplica-se a teoria subjetiva, quando deve ficar provado que o agente público agiu com dolo ou culpa para fins de responsabilização através de ação regressiva.

Primeiro, necessário ressaltar que em sede de responsabilidade por omissão, esta sempre decorrerá de ato ilícito, pois apenas será possível a constatação de omissão quando houver um dever legal de obstar a ocorrência do dano, um agir imposto pela norma. Sem a presença de tal norma não há como se imputar ao Estado um comportamento inerte, principalmente porque o princípio da legalidade que circunda a administração somente permite a atuação desta quando tal comportamento encontre previsão no ordenamento jurídico⁶⁰.

Quanto aos danos decorrentes de uma conduta omissiva, a maior parte da doutrina entende que a responsabilização do Estado é subjetiva.

Interessa ressaltar que destoando da visão majoritária, Diógenes Gasparini afirma que o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, se aplica tanto às condutas comissivas quanto às condutas omissivas e ressalta, citando Hely Lopes Meirelles, que o importante é que se verifique se a ação ou omissão foram praticadas pelo agente no exercício de suas funções⁶¹.

Nesta mesma corrente, segundo Odete Medauar, a responsabilidade do Estado, fundamentada na teoria do risco administrativo, apresenta-se, hoje, na maioria dos ordenamentos jurídicos, regida pela teoria da responsabilidade objetiva. Aduz que, como nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar o dolo ou culpa, melhor se asseguram os direitos da vítima pela aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado⁶².

Neste sentido, Yussef Said Cahali entende que o artigo constitucional acolhe, sob o manto da responsabilidade objetiva, tanto a conduta comissiva quanto a omissiva⁶³.

Em contrapartida, Maria Helena Diniz sustenta que a regra constitucional que prevê a responsabilidade objetiva, só seria aplicável aos atos comissivos, ou seja, quando ocorresse um comportamento positivo do agente estatal, enquanto nas hipóteses de omissão, a regra aplicável seria a da responsabilidade subjetiva, fundamentada no artigo 15 do Código Civil de 1916⁶⁴.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Op. cit. p. 61.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op.cit. p. 663.

⁶² MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 430.

⁶³ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 434.

Da mesma forma, Diogo de Figueiredo Moreira Neto acrescenta que o artigo 15 do antigo Código Civil não se encontra totalmente revogado, mas apenas derogado no que tange aos atos comissivos⁶⁵.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, deve ser aplicada a teoria subjetiva à responsabilidade do Estado por conduta omissiva, ou seja, quando o serviço não funcionou, funcionou mal, ou funcionou atrasado⁶⁶. Pode-se notar que a responsabilidade do Estado por omissão está fundamentada na teoria da falta do serviço, cabendo então ao lesado, provar a falta impessoal do serviço, sem ser necessário a identificação do agente que obrou de forma culposa ou dolosa. O Poder Público só se desobriga do dever de indenizar, se provar que o serviço foi prestado corretamente e, mesmo assim, o dano ocorreu.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta sua posição não só na preexistência de um dever legal de atuação que foi omitido mas na diferenciação que faz, entre causa e condição. Assim:

“(…) há previsão de responsabilidade objetiva do estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos ensejadores da reparação hajam sido causados por agentes. Se não forem eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa é outra; não decorre do comportamento dos agentes, terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Donde não há cogitar, neste caso, responsabilidade objetiva (...). A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço esta tal genericamente. É a culpa anônima ou ‘*faute de service*’ dos franceses, entre nós traduzida por ‘falta do serviço’”⁶⁷.

Com efeito, se a Administração Pública possuía o dever legal de agir, mas se omitiu ou agiu de forma deficiente, em virtude de comportamento abaixo do padrão legal exigível, incorreu em conduta ilícita ensejadora de responsabilidade.

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. 460.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 588.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Responsabilidade extracontratual do estado por comportamentos administrativos. In. RT 552/13.

Válido destacar que caracterizada estará a responsabilidade civil do Estado por omissão, mesmo que o evento danoso resulte da conduta de terceiros, a que cabia ao Estado obstar, mas não o fez, ou atuou de modo insatisfatório.

Será também responsável civilmente por omissão nas hipóteses de dano decorrente de fato da natureza quando a Administração Pública tiver o dever de impedir, mas nada fizer, e se o que fizer for de maneira insuficiente.

O caso fortuito também, como comentado, é excludente da responsabilidade do Estado. Porém, para isto, necessário é que o agente público não tenha atuado com culpa, pois, se ficar demonstrado que houve omissão na prática de dever prescrito em lei, não há que se falar em fortuito como causa de exclusão do dever de indenizar. Doutra forma, se o serviço foi prestado corretamente, houve o cumprimento do dever legal, e ainda assim, ocorreu o dano, restará caracterizado o fortuito apto a afastar a responsabilidade do Estado.

Assim afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(...) ademais, solução diversa conduziria a absurdos. E que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre argüir que o serviço não funcionou. A admitir-se a responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se alertados a tempo de evitá-lo omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuricidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública”⁶⁸.

A seguir posicionamentos da jurisprudência.

Indenização. Ato omissivo do Poder Público. Aplicação da Teoria Subjetiva. Na avaliação de ato omissivo do Poder Público não se aplica a teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, por tratar-se

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 588.

de Responsabilidade Subjetiva, apreciável segundo os critérios do caso fortuito e as regras da concorrência de causas. (TJSP – 4ªC. – Ap. – Rel. Olavo Silveira – j.13.2.86 – RT 607/55)

Constitucional. Administrativa. Civil. Dano Moral. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Ato omissivo do Poder Público. Morte de presidiário por outro presidiário: Responsabilidade Subjetiva: Culpa Publicizada – *Faute du service*, CF, art.37, §6º. A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público. Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imprudência ou imperícia, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *Faute du service* dos franceses. Ação julgada procedente, condenando o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência de *Faute du service*. RE não conhecido. (RE 179.147-1 – Rel.Carlos Velloso – j.12.12.1997 – DJU 27.02.1998, p.18)

“Nega-se provimento ao recurso, adotando-se a fundamentação da r. sentença da lavra do M.M. juiz Rui Stoco: “A responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz ou atua de modo insuficiente. O Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da Constituição da República (se a atividade da qual decorreu o gravame foi lícita) como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude da *faute de service*)”.(RJTJESP 156/90)

A jurisprudência tem consagrado a teoria subjetiva para os casos de omissão, porém também há exemplos de posicionamento diverso. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 109.615-2/RJ, do qual foi relator o ilustre Ministro Celso de Mello, o STF se posiciona diversamente. Trata-se de recurso interposto pelo Município do Rio de Janeiro contra acórdão

do Tribunal de Justiça do Estado que, reconhecendo a responsabilidade objetiva do recorrente, condenou-o a indenizar a vítima do acidente ocorrido nas dependências de uma de suas escolas municipais por omissão da Administração. Enquanto brincavam durante o recreio, uma criança atingiu o olho de outra, causando-lhe deformidade traumática com incapacidade permanente para o trabalho – perda total do globo ocular direito. O ilustre relator, em seu voto destaca:

“A teoria do risco administrativo consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamentos doutrinários à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos, por ação ou omissão, houverem dado causa. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público faz emergir, da mera ocorrência de dano lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou demonstração de falta de serviço público, consoante enfatiza o magistério da doutrina.

As circunstâncias do presente caso – apoiadas em pressupostos fáticos soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* – evidenciam que o nexo de causalidade material restou plenamente configurado em face de comportamento omissivo em que incidiu o agente do Poder Público (funcionário escolar), que se absteve de adotar as providências reparatórias que a situação estava a exigir. Na realidade, consta nos autos que, por incompreensível omissão administrativa, não só deixou de ser solicitado e prestado imediato socorro médico à vítima, mas, também, absteve-se a própria administração escolar de notificar os pais da aluna atingida, com a urgência que o caso requeria.

É preciso enfatizar que o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho deste encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno, os quais, muitas vezes, decorrem da inércia, da omissão ou da indiferença dos servidores estatais.

Não tem sentido, por isso mesmo, que, por falha na vigilância ou por falta de adequada fiscalização, as crianças, que se acham sob o cuidado do Poder Público nas escolas integrantes da rede oficial de ensino, venham a sofrer injusta ofensa em sua própria incolumidade física, agravada pela ausência de imediata adoção, por parte dos órgãos competentes da administração escolar, de medidas eficazes destinadas a atenuar os gravíssimos efeitos decorrentes do ato lesivo.

Se é certo que incumbe ao Poder Público garantir o acesso de todos à educação formal – que visa ao pleno desenvolvimento da

pessoa, no seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho – também é irrecusável reconhecer que assiste à entidade governamental o dever de preservar o bem-estar e a segurança de todos os que, matriculados nas escolas da rede oficial – e durante o período de sua permanência no recinto escolar – freqüentem as aulas ministradas nos estabelecimentos escolares mantidos pelas instituições estatais.

A obrigação de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação e vulnerada a integridade corporal do aluno – tal como no caso ocorreu – emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, atenção, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares.

No caso presente, restou plenamente evidenciado que o Tribunal *a quo* proferiu decisão que interpretou, com absoluta fidelidade, a norma constitucional que consagra, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público. O acórdão impugnado nesta sede recursal extraordinária, ao fazer aplicação do preceito constitucional em referência, reconheceu, com inteiro acerto, no caso em exame, a cumulativa ocorrência dos requisitos concernentes (1) à consumação do dano, (2) à omissão administrativa; (3) ao vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal e (4) à ausência de qualquer causa excludente de que pudesse eventualmente decorrer a exoneração da responsabilidade civil do Município. (RE n.109.615– RJ – Relator: Min.Celso de Mello.1ª Turma, 28.05.96)

Aqui, nota-se de forma clara, que o Ministro Celso de Mello, adotou posicionamento diverso. Em seu voto reconheceu a responsabilidade objetiva do município frente à ocorrência de omissão administrativa.

Assim também:

“Indenização. Estado. Delegacia de polícia. Preso. Morte na cela. Integridade física. Dever constitucional. Responsabilidade. Danos material e moral. É dever do Estado assegurar aos presos a integridade física e moral (art. 5º, XLIX, da CF), cabendo à responsabilidade da pessoa jurídica de direito público o descumprimento do comando constitucional causador de danos materiais e morais ao preso ou a sua família. O constituinte ao imputar a responsabilidade objetiva em decorrência de conduta do agente público, exclui o elemento subjetivo

(dolo ou culpa) e, ao valorar objetivamente a conduta, não faz distinção entre a positiva (ação) ou negativa (omissão), dando ênfase somente à relação de causa e efeito. Tratando-se de omissão do Estado decorrente da falta de observância do dever constitucional de zelar pela integridade física e moral dos presos, excepcionalmente, o nexo de causalidade se faz presente no restrito campo da responsabilidade objetiva, não com relação à omissão propriamente dita, mas sim com a conduta a que o agente estava obrigado, e que, por desídia, deixa de observar, descumprindo o Estado com seu dever constitucional que, concomitantemente, viola um direito-garantia do preso provisório ou condenado. (TJMG – AC n.152.486-7/0 – Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro – 4ªCCTJMG – j.23/9/1999)

Neste ponto, segundo o professor Sérgio Cavaliere, os nossos Tribunais tem reconhecido a responsabilidade por omissão específica do Estado, quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não-impedimento do evento, sustenta que antes de se afirmar a responsabilidade do Estado por omissão, deve-se fazer uma distinção entre omissão genérica e omissão específica. Esclarece, escorando-se em monografia de Guilherme Couto de Castro, não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir⁶⁹.

Assim:

“Responsabilidade Civil. DNER. Deslizamento. Dever de Conservação.

1 – Na hipótese de dano proveniente de omissão estatal, a responsabilidade é objetiva quando se tratar de omissão específica, vez que estará presente o dever individualizado de agir.

2 – O DNER, administrador da Rodovia BR-040 (Rio-Juiz de Fora), não tomou providências cabíveis no sentido de evitar a ocorrência de deslizamentos das encostas próximas à estrada na região de Petrópolis, embora estivesse devidamente alertado para tal, pois o local é sabidamente castigado pelas chuvas de verão e freqüentemente palco de soterramentos, não configurando, pois, a chuva torrencial havida em motivo de força maior apto a afastar o nexo de causalidade.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 261.

3 – A pensão alimentícia indenizatória deve ser fixada em meio salário mínimo para cada um dos autores, por ser este o valor que lhes seria devido, a título de pensão por morte previdenciária.

4 – Quanto ao dano moral, relegado ao prudente arbítrio do julgador, entendo razoável o valor de R\$ 80.000,00, considerando-se a negligência na prestação do serviço público, a posição social do órgão causador do dano, a gravidade dos fatos e o golpe sofrido pelos autores

5 – Remessa obrigatória e recurso parcialmente providos”. (TRF 2º Reg., Rel.Juiz Fed. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Ap. Cível 1995.51.01.042314-0)

6 CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, na presente monografia, é possível perceber que para introduzir o tema, foi apresentada uma breve explanação sobre os aspectos evolutivos do instituto da responsabilidade civil. Logo após, restou verificado que em termos de responsabilidade civil do Estado, houve uma evolução da fase em que vigia o princípio da irresponsabilidade estatal até a teoria objetiva, fundamentada na teoria do risco administrativo.

Portanto, ocorre uma evolução da responsabilidade civil do Estado para a fase publicista, sendo regida por princípios próprios.

Observou-se que a responsabilidade subjetiva é empregada como regra geral no direito brasileiro, porém em alguns casos é utilizada a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, a fim de possibilitar maior proteção à casos que ficavam, por vezes, impossibilitados de reparação pela dificuldade de se comprovar o elemento culpa.

No que diz respeito à Administração Pública, ficou consagrada a responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco administrativo. Esta teoria, como restou demonstrado, dispensa qualquer juízo de valor, a responsabilidade independe de culpa, não importando se o agente que causou o dano agiu ou não com culpa.

Esta responsabilidade estatal também encontra esteio no princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados, ou seja, todos os cidadãos devem responder pelos ônus decorrentes da atividade estatal, pois esta é exercida em prol da coletividade.

Porém, deve-se trazer a comento que a responsabilidade estatal baseada na teoria objetiva não é absoluta, podendo ser elidida por situações que excluem onexo causal, como as hipóteses de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Ao final, foi discutida sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão, em que foram acentuadas as distinções entre as condutas comissivas e omissivas pela doutrina. Quanto às condutas comissivas, restou claro, a aplicação da teoria objetiva, baseada no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Porém, quando o dano decorrer de uma omissão, a maior parte da doutrina entende que deverá esta ser encarada sob o ângulo subjetivo, fundamentada na teoria da falta do serviço, cabendo ao lesado provar a falta impessoal do serviço.

Portanto, o Estado não pode ser compelido a indenizar em todos os casos, pois senão estaria erigido em segurador universal, o que seria absurdo face à inviabilidade do erário de arcar com todas as despesas provenientes de ações indenizatórias.

Interessante destacar é que se as condutas omissivas são derivadas de atos ilícitos, ou seja, não estão em conformidade com o direito, não deveria existir maior proteção para o administrado de danos decorrentes destes atos?

Aliado à isso, com certeza o lesado terá uma dificuldade em provar a culpa ou dolo de algum agente ou que o serviço não funcionou como deveria.

Deste modo, é muito importante sempre estimular uma melhoria na estrutura do Estado, buscando sempre mais eficiência nos serviços prestados, para que os administrados estejam cada vez menos suscetíveis a prejuízos decorrentes de condutas estatais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil.** In: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v.59, nov. 1993. p. 5.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais.** RT, 1988.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos.** In: RT 552/13.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro: Secretaria de Estado de Negócios do Brazil, 1824.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.**

Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.**

Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1934

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Edição histórica. 7. tir.

Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 1, [s.d.].

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de responsabilidade civil.** 2. ed. rev. aum. atual. São

Paulo: Malheiros, 1999.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de responsabilidade civil.** 2. ed. São Paulo:

Malheiros, 2000.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de responsabilidade civil.** 6. ed. rev. aum. atual. 3 tir.

São Paulo: Malheiros, 2006.

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

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 7.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário eletrônico**. São Paulo: Nova Fronteira, ver. 2.0, 1996.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. atual. e amp., São Paulo: Saraiva, 2002.

LAZZARINI, Álvaro. **Responsabilidade Civil do Estado por atos omissos dos seus agentes**. RJTJESP, n. 117, 8-26 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 32. ed., 2006.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. ver. at. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Reais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A Responsabilidade Civil do Estado decorrente de Atos Jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.