

A&C
Revista de Direito
Administrativo & Constitucional



EDITORA AFILIADA

Visite nosso *site* na Internet

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISBN: 1516 – 3210



Matriz / Curitiba: Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê

CEP: 80.035-000 - Fone: (0--41) 352-1200 - Fax: 252-1311

Representação / Rio de Janeiro: Excelência Assessoria Editorial

Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 – CEP: 20040-009 - Fone: (0--21) 220-2096

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454 Curitiba: Juruá, 2002.

206 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

J103

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Romeu Felipe Bacellar Filho¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito e extensão da responsabilidade do Estado. 3 Fundamentos da responsabilidade do Estado: o regime jurídico administrativo. 4 Retrospectiva da responsabilidade do Estado. 5 A responsabilidade extracontratual do Estado. 6 A responsabilidade da Administração por ato de seus agentes: objetiva em relação ao Estado e subjetiva em relação ao agente causador do dano. 7 Teorias da responsabilidade civil do Estado. 8 Excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado: o reconhecimento do dano. 9 A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público na CF/88.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos por danos decorrentes da sua atuação como agente delegado do Estado.

As atividades do Estado, prestadas direta ou indiretamente, podem produzir danos em todas as esferas, seja no âmbito do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Essa constatação determina o estudo detalhado da matéria com especial enfoque para os danos produzidos pelos Agentes Delegados da Administração Pública, no caso presente, pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público².

¹ Doutor em Direito do Estado. Professor de Direito Administrativo da UFPR e PUC/PR.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 408 e 409.

Destaque-se, inicialmente, a divergência doutrinária a respeito da denominação dada ao tema. Enquanto para alguns, tratar-se-ia de responsabilidade do próprio Estado, por ser este o detentor de capacidade e personalidade jurídica – o titular de direitos e obrigações –, para outros, a rotulação mais apropriada haveria de ser “responsabilidade da Administração Pública”, já que a responsabilização resulta de atos e omissões por esta praticados e não de atos do Estado organizado como entidade política³.

Optou-se, nesta sede, pela expressão Estado, em função da amplitude que confere ao abranger tanto a atividade típica da Administração quanto a atividade judicial e legislativa, todas passíveis de causar lesão ao cidadão. Cuida-se, então, genericamente, de responsabilidade da entidade estatal por danos decorrentes de sua atuação, direta ou indireta, seja comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, dolosa ou culposa, estendendo-se as considerações adiante tratadas aos agentes delegados.

No tocante à modalidade de responsabilidade a ser tratada, considerou-se apenas a relativa às relações extracontratuais, uma vez que as decorrentes de contratos administrativos deverão ser tratadas em oportunidade própria, fazendo-se despiciendas novas considerações.

Em sentido lato, a responsabilidade patrimonial do Estado decorre de seus atos, comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos, os quais redundam em lesão à esfera jurídica patrimonial do cidadão, configurando, pelo nexu lógico entre tais elementos, a necessidade de reparação, sem quaisquer perquirições subjetivas.

Desta forma, embora as considerações e explicações devam ser deduzidas mais adiante, é curial afirmar, desde logo, que a responsabilidade do Estado pela reparação de danos causados aos particulares é direta e objetiva, determinada pelo sistema jurídico positivo brasileiro, conforme art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Feitas tais considerações preliminares, impõe-se focalizar aspectos específicos deste instituto, com o escopo de, empreendida uma análise ampla do assunto e esmiuçados os traços mais significativos do tema, colocar em evidência a sua característica marcante: a

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 12. ed. São Paulo: RT, p. 550.

reparação de prejuízos causados pela atuação estatal, por si ou por meio de agentes delegados, no desempenho dos misteres públicos, na mais justa e equânime distribuição dos ônus e encargos sociais.

2 CONCEITO E EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Na atualidade, é sempre maior a ingerência do Estado na vida do cidadão. A razão de ser da Administração Pública, enquanto aparato constituído pelo Estado, reside no gerenciamento da coisa pública tendo por fim a realização do bem comum.

Esta atividade desenvolve-se por seus agentes, os servidores públicos em geral. É possível que estes agentes, no desempenho das missões que lhes foram outorgadas, provoquem dano ao patrimônio dos cidadãos. Assim agindo, compelem o Estado à obrigação jurídica de compor tais danos, indenizando os eventuais prejuízos.

Com efeito, a Administração responde perante os particulares pelos atos de seus agentes que venham em prejuízo daqueles. À resposta da Administração Pública ou ao dever jurídico desta em oferecê-la, confere-se a denominação de responsabilidade civil ou, como prefere Georges Vedel, responsabilidade patrimonial⁴, tendo como conseqüência a obrigação de ressarcir o dano⁵.

No início do século, já asseverava Amaro Cavalcanti que esse dever jurídico decorre tanto da igualdade de direitos quanto da solidariedade de todos perante os encargos sociais.

Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se, que os efeitos da lesão, ou os encargos da sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa: “Quod omnes tangit, ab omnibus debet supportari”⁶”.

⁴ VEDEL, Georges. **Droit administratif** 7. ed. Ed.Themis, 1980.

⁵ Sobre distinção entre indenização e ressarcimento do dano, conferir a obra de CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**, p. 2.

⁶ **Responsabilidade Civil do Estado**. Ed. Laemmert & Cia., 1905.

A responsabilidade civil advém do descumprimento ao disposto em cláusulas contratuais, ou da conduta humana comissiva ou omissiva, lesiva a interesses juridicamente protegidos, estranha à qualquer ajuste, podendo ser contratual ou extracontratual. Joachim Wolfgang Stein sustenta que a responsabilidade extracontratual “*assenta-se no respeito à pessoa e aos bens alheios, princípio geral de direito que tende a evoluir no curso do tempo, para abarcar cada vez mais as situações fáticas geradoras do dano*”⁷.

Como afirmado, fala-se, neste trabalho, tão-somente da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o fundamento desta responsabilidade, ressaltando o reconhecimento universal de tal instituto dentro do Direito Público de todos os Estados politicamente organizados:

*Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva. Esta noção é, hoje, curial no Direito Público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos*⁸.

Compreendem-se, portanto, dentro da atuação estatal capaz de produzir danos ao patrimônio particular, os comportamentos unilaterais comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos, materiais ou jurídicos, todos jungidos à tutela jurídica.

Ademais, a própria noção de responsabilidade do Estado está intrinsecamente ligada à noção de Estado de Direito. Ao Poder Público não é dado lesionar direitos alheios e, de forma ilegítima, ignorar a ocorrência da lesão ou a necessidade de reparação.

Pela mesma razão que o cidadão é obrigado a reparar os danos que porventura vier a causar a terceiros, deve o Estado indenizar suas vítimas, por imposição lógica do princípio da igualdade

⁷ *Revista Forense*, n. 264.

⁸ *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 606.

de todos perante a lei, cânone da Administração Pública, erigido à categoria de mandamento constitucional.

Tal orientação se reflete nas lições de César Chavez:

El deber de reparar es consustancial al Estado de Derecho. Es que la noción de 'responsabilidad' se encuentra íntimamente ligada al concepto de orden social. Y si este orden se configura a partir de normas jurídicas que racionalizan los conflictos que necesariamente se producen en el seno de una sociedad, la sola idea de que el sujeto que debe velar por ese orden no sea responsable de sus actos, desnaturaliza tal concepción. Es que el derecho, en última instancia, puede consentir inimputables, pero no irresponsables⁹.

Nesta medida, configura-se sobremodo antijurídico o comportamento da Administração Pública que, ao exercer atividades no interesse de toda a comunidade, onere desigualmente algum cidadão, não providenciando, com a maior brevidade, o ressarcimento ao lesado.

Tal atuação afronta a própria ordem jurídica, a qual assenta-se na máxima de que o Poder Público somente pode agir *secundum legem*, e, salvo melhor juízo, não existe lei que determine a omissão do Estado em tais casos. Pelo contrário, a Constituição Federal disciplinou o assunto determinando a reparação em caso de dano de forma objetiva.

Neste sentido, pronuncia-se Lúcia Valle Figueiredo:

aos princípios arrolados por Celso Antônio e por nós trabalhados no Capítulo I e, sobretudo, ao princípio da legalidade, do qual descende diretamente a relação de administração, [...] deve corresponder, necessariamente, a obrigação de se responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados¹⁰.

Logo, por ser o Estado sujeito de direitos e obrigações, este é plenamente responsável, na exata concepção jurídica da palavra, o que

⁹ In: “Responsabilidade del Estado. El Deber de Reparación del Estado en la Delegación Transestructural de Cometidos”, **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**. Argentina, 1997, p. 9.

¹⁰ **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 229.

implica o dever-poder de reparação em caso de dano, desde que configurado o nexo lógico entre o prejuízo e a atuação do ente estatal.

3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO: O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A responsabilidade estatal evoluiu *pari passu* com a própria evolução da concepção de regime jurídico administrativo. Tal coincidência deve-se à circunstância de que os elementos formadores do referido regime (prerrogativas e sujeições) compõem, do mesmo modo, a base teórica da responsabilidade civil do Estado.

Para elucidar esta relação – responsabilidade estatal e regime jurídico administrativo de prerrogativas e sujeições – faz-se imperiosa a análise dos caracteres deste regime jurídico e de suas conseqüências.

A Administração Pública, face à notória incumbência de promover o bem comum no seio social, é detentora de privilégios no relacionamento com o particular. Nesta medida, afirma-se que a relação jurídica administrativa é uma relação verticalizada, pois instaura uma relação de poder entre Administração, de um lado, e cidadão, de outro.

Com efeito, tais privilégios não passam de prerrogativas administrativas concedidas ao Poder Público por força da autoridade e do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual, com vistas à consecução do bem comum. Estas prerrogativas não têm equivalente nas relações privadas. Existem para possibilitar um melhor controle do equilíbrio social, tornando viável o convívio entre os cidadãos.

Podem consubstanciar-se no atributo da auto-executoriedade de certos atos da Administração, na autotutela, no poder de expropriar, de aplicar sanções, de alterar ou rescindir unilateralmente os contratos administrativos, de requisitar bens e serviços, de impor medidas de polícia, de instituir servidões, de ocupar em caráter provisório imóveis alheios e ainda, nas imunidades tributárias, nos privilégios processuais, na concentração das ações em juízo privativo, no caráter especial do processo de execução e, finalmente, na presunção de veracidade dos atos administrativos¹¹.

¹¹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 59.

Em suma, as prerrogativas da Administração traduzem-se em poderes especiais que possibilitam a sua atuação, impondo limites aos interesses do particular (poder de polícia), (mas as prerrogativas não se reduzem ao poder de polícia). Como resultado, é possível regular a possibilidade de um policial de trânsito aplicar uma multa, de o poder público municipal sancionar empresas poluidoras do meio ambiente, desapropriar bens para a reforma agrária, entre outras.

A posição de supremacia, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello¹², é muitas vezes metaforicamente expressada por meio da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre a Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações de direito privado. Reconhece-se ao Poder Público a condição de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos em confronto¹³, (mas isto na esfera do exercício da função administrativa, porque nas relações de direito privado não vigora a verticalidade entre Administração e particular).

As sujeições do poder público encontram-se no mesmo patamar de importância de suas prerrogativas, completando-se, assim, os caracteres formadores do regime jurídico administrativo.

A Administração Pública possui um incomensurável número de imposições à sua liberdade de ação, significativamente maior que aquelas infligidas ao cidadão comum. São as sujeições administrativas, as quais restringem a atuação do Estado, condicionando-a ao atendimento dos princípios vetores do sistema normativo (legalidade, finalidade pública, moralidade administrativa, moti-

¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 30.

¹³ Como salienta Renato ALESSI, *a Administração Pública, no exercício da função administrativa, é considerada parte nas relações jurídicas dirigidas à realização dos interesses concretos de que cuida. Todavia, o que distingue a relação jurídica entre Administração e cidadão das relações instauradas no âmbito do direito privado é que enquanto estas substanciam relações horizontais dada a paridade e equivalência entre os sujeitos, a relação jurídica administrativa é essencialmente vertical tendo em vista a prevalência do sujeito – autoridade administrativa – sobre o sujeito privado colocado em estado de subordinação frente à supremacia da autoridade.* Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. Milano: Giuffrè, 1974, p. 12.

vação, publicidade, razoabilidade, impessoabilidade, proporcionalidade, entre outros).

As sujeições e prerrogativas da Administração Pública são justificadas pela busca do bem comum, com a recomendação de que, se não utilizadas no justo limite que o interesse público requer, implicam desvio de poder, nulidade do ato administrativo e responsabilização do agente público. O regime jurídico administrativo compõe-se, portanto, tanto pela necessidade de proteção aos direitos do particular em relação ao Estado, quanto pela obrigatória satisfação dos interesses coletivos. Desta conjugação de prerrogativas e sujeições extrai-se o dever da Administração de realizar o bem comum.

Todavia, inolvidável é a circunstância de que as atividades da Administração Pública estão intrinsecamente ligadas ao interesse público. A razão disso encontra-se na circunstância desta exercer função pública, a função administrativa: *“existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”*¹⁴.

O Estado tem um dever-poder legitimado pela busca do interesse coletivo. Significa também que ao buscar o interesse de todos, o bem comum, no uso das prerrogativas a ele conferidas, pode causar danos de pequena ou grande monta aos particulares e que, em face dos mesmos princípios que orientam a busca desse interesse, deve zelar pela sua proteção, ressarcindo o lesado.

Por conseguinte, se o regime jurídico administrativo é formado por prerrogativas e sujeições (aquelas supedaneadas pela supremacia do interesse público sobre o privado, e estas pela legalidade, finalidade, moralidade) não há outra alternativa, no caso de dano causado pelo uso dessas prerrogativas, que não o ressarcimento, em consonância com o próprio sistema principiológico norteador do regime.

Ademais, tal inferência é imperativa não só pela subordinação da Administração ao princípio norteador das sujeições – o da legalidade – mas também pela sua submissão ao princípio da igualdade e da própria moralidade administrativa.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO. *Op. cit.*, p. 31.

Com efeito, a responsabilidade extracontratual do Estado é decorrência do próprio regime jurídico administrativo, impendendo deprender a impossibilidade de sua atuação divorciada dos cânones deste, em especial dos princípios que orientam e submetem a ação do Estado, em atenção ao fato de que o poder emana do povo e em proveito dele deve ser exercido, sem arbitrariedades ou desigualdades na repartição dos direitos e encargos sociais.

4 RETROSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Desde tempos imemoriais, é ínsito ao ser humano buscar, através dos meios ao seu alcance, a reparação ao dano causado por terceiro ao seu patrimônio.

Conforme assevera Rafael Durañ Trujillo:

En los tiempos primitivos no se tuvo idea alguna de obligación y de responsabilidad. No existía el pacto mutuo de los contratos, ni la noción de culpa por hecho ilícito. Donde ocurría un daño surgía la venganza para comper-sarlo. El espíritu humano nunca se individualizó ni para castigar, ni para proteger: se ejercía la venganza en nombre de Dios, a la vez que en la aplicación del castigo intervenía el individuo, el grupo, la familia, la tribu o la Comarca¹⁵.

Como decorrência do pensamento então consagrado, a humanidade passou a conviver com a Lei de Talião, o Código de Hamurabi, a Lei de Israel, o Código da Inquisição e outros tantos Estatutos cuja característica fundamental era o rigor na reparação dos danos ocasionados.

O festejado mestre colombiano menciona uma regra de caráter geral do Pentateuco, em que se pode perceber uma pálida idéia do critério do ressarcimento:

al que haya golpeado de muerte alguna persona, hágasale morir. Y quien haya golpeado de muerte a alguna bestia, que la pague, animal por animal. Y si alguno causarle le-

¹⁵ Rafael, Durañ TRUJILLO. *Nociones de responsabilidad civil*. Bogotá: Themis, 1957.

sión corporal a su prójimo, hágasale cosa semejante a la que él a hecho. Rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente; hágansale las mismas lesiones corporales que él o hecho a otros.

Os exemplos trazidos à colação pela antiga legislação servem para demonstrar – inobstante os rigores por ela acalentados – o senso comum, sempre presente, de que as pessoas devem responder pelos danos causados por si ou por seus prepostos, a terceiros. George Ripert, citado por Caio Mário¹⁶, já salientava que “*a idéia da reparação é uma das mais velhas idéias morais da humanidade*”. Se este pensamento de meridiana obviedade sempre preponderou nas relações das pessoas entre si, o mesmo não sucedia quando o causador do dano era o Estado, por ação ou omissão de seus agentes.

A prevalência da idéia do Estado irresponsável, alicerçada no princípio da soberania, não admitia que ele pudesse fazer mal a quem quer que fosse. Na concepção política do Estado absolutista, não era lícito conceber a reparação dos danos causados pelo poder público, já que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado Soberano, que tinha a seu favor a prerrogativa da total imunidade.

Surgia sobranceiro o Estado Regalista que, pelos atos, ao Rei, delegatário dos desígnios de Deus, era impossível agir erradamente. Sob o fundamento da ilusória infalibilidade do Estado absoluto, apregoava-se ser ele inimputável em termos de responsabilidade. Consagrava-se a irresponsabilidade do Estado.

Esta concepção, pela maior substância dos argumentos de seus opositores, com o andar dos tempos, foi experimentando um total esvaziamento, o que se constatará na seqüência, quando da análise do título específico.

Indiscutível a relevância histórica da doutrina no avanço da legislação e no aperfeiçoamento da jurisprudência. Os insistentes reclamos doutrinários procuravam demonstrar que a ausência da responsabilidade constituía a própria negação do Direito por quem, primariamente, tinha a incumbência de tutelá-lo.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil do Estado**. Seleções Jurídicas ADV, p. 1.

Nos dias atuais, a teoria da irresponsabilidade do Estado não mais encontra respaldo na concepção moderna, inobstante, raramente, encontrar-se inserida na legislação de alguns países. A Itália, por exemplo, consagra a responsabilidade direta do funcionário e subsidiária do Estado. O art. 28 da Constituição Italiana foi assim redigido:

*Os funcionários e agentes do Estado e das pessoas coletivas de direito público são diretamente responsáveis, de harmonia com as leis penais, civis e administrativas, pelos atos praticados em violação dos direitos de outrem. Nestes casos, a responsabilidade civil estende-se ao Estado e às pessoas coletivas de Direito Público*¹⁷.

Uma incursão analítica aos textos constitucionais de alguns países possibilita demonstrar o tratamento dado ao tema no Direito Comparado. A Iugoslávia acata a responsabilidade objetiva, quando em sua Constituição prescreve:

Art. 199. Têm direito à indenização todos aqueles a quem tenham sido infligidos prejuízos no exercício de uma função ou de qualquer outra atividade de um órgão do Estado, ou de uma organização com funções de utilidade pública por virtude do comportamento ilegal ou irregular da pessoa ou do órgão que exerce esta função ou esta atividade.

As Constituições das antigas URSS e República Democrática Alemã, respectivamente nos arts. 58 e 104, exaltavam a responsabilidade objetiva por ato ilegal de funcionário.

A Constituição Lusitana de 1976 adota a responsabilidade solidária do Estado com os agentes públicos. O art. 21 da aludida Carta dispõe:

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares de seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

¹⁷ Constituição da Itália de 27.12.1947, alterada em 09.02.1963, 21.06.1967 e 22.11.1967. Obra: **Constituições de Diversos Países**.

A antiga Alemanha Ocidental, pela redação do art. 34 de seu texto fundamental, em se tratando de culpa anônima do serviço ou de danos praticados em razão de atos lícitos, exercita a chamada responsabilidade objetiva direta do Estado ou pessoa coletiva a cujo serviço o agente encontrar-se. Em havendo dolo ou negligência grave, o titular do cargo, causador do dano, será solidariamente responsável.

O Brasil, na sua primeira Constituição outorgada em 11.12.1823 (que teve vigência a partir de 1824), adotando a tese do Estado irresponsável, estabeleceu a estrita responsabilidade dos “empregados públicos” pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos (art. 179, inc. XXIX).

O texto foi praticamente repetido no *caput* do art. 82 da Constituição de 1891, observando-se tão-somente irrelevante alteração na redação do dispositivo.

O Código Civil (Lei 3.071 de 01.01.1916), acolhendo orientação de caráter puramente subjetivo determinada pelas idéias da época, responsabilizava as pessoas jurídicas de direito público (art. 15) por atos de seus representantes, que, nessa qualidade, causassem dano a outrem, subordinando o ressarcimento à prova de que esses servidores procederam de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei.

Em comentário ao art. 15 do Código Civil, Mário Masagão assim se expressou:

Esse texto corresponde, através de vicissitudes parlamentares, ao art. 42 do projeto CLÓVIS, inspirado na teoria de CHIRONI. Não é fácil aproximá-lo a alguma das teorias de Direito Público, que deixamos assinaladas. Não faz alusão a culpa. Não se inclina para a doutrina do risco integral, porque condiciona a indenização a ter sido o dano causado por procedimento contrário ao Direito ou com falta a dever prescrito por lei. Todavia, por esse mesmo motivo, de alguma forma pende para a teoria do acidente administrativo¹⁸.

Como será analisado posteriormente, o dispositivo da lei civil, objeto do comentário do ilustre tratadista, foi implicitamente

¹⁸ MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*, p. 302.

revogado pelos dispositivos constitucionais que consagram a responsabilidade objetiva.

A Constituição de 1934 trouxe consigo a responsabilidade solidária entre o funcionário e o Estado ao assim expender:

Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

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

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

A Constituição de 1937, art. 107, n. 9, repete, *ipsis literis* o *caput* do art. 158 da Constituição anterior, excluindo da redação os parágrafos nela consignados.

A Constituição de 1946 trouxe grande avanço na matéria. A partir dela, a comunidade jurídica teve a oportunidade de conviver, pela primeira vez na história, com a responsabilidade civil direta do Estado encarada em termos objetivos. Dispunha o art. 194 daquele texto:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpado destes.

Na Constituição de 1967, salvo modificação na redação (art. 105), persistiu o mandamento no sentido de responsabilizar objetivamente as pessoas jurídicas de direito público, vale dizer, União, Estados, Municípios e Autarquias, pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, causassem a terceiros. A Emenda 1 de 1969, no art. 107, corroborou o anteriormente gizado.

A atual Constituição Federal Brasileira (1988) alterou sensivelmente a tratativa do tema, pois, em que pese preservar a orientação pela responsabilidade direta da Administração Pública,

estendeu-a às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, de forma inovadora:

Art. 37. (...)

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

Observa-se, então, que o legislador nacional e o estrangeiro, de forma mais ou menos contundente, têm pautado sua ação na busca da reparação dos danos causados pelo Estado no exercício da função pública, em explícito repúdio à idéia de irresponsabilidade do Poder Público.

5 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

De forma preliminar, cumpre ressaltar que a espécie de responsabilidade aqui tratada não diz respeito àquela decorrente de contratos administrativos, a qual possui tratativa e princípios próprios.

Como já mencionado, a responsabilidade objetiva não pode prescindir do evento danoso e da participação do agente causador como elementos integrantes de sua caracterização porque configuram o nexo de causalidade. A finalidade é a recomposição da situação, do *status quo ante*, da forma mais eficiente possível, a ponto de se considerar que o dano sequer existiu. De forma alguma visa proporcionar enriquecimento sem causa do particular, mas sim, uma justa e equânime repartição dos ônus e encargos sociais.

A responsabilidade objetiva representa uma correta distribuição dos encargos entre a coletividade pelo sacrifício do interesse privado motivado em face da supremacia do interesse público.

O elemento caracterizador do dano ressarcível tanto resulta de ato doloso como culposos do agente público ou, em outra seara, de falha da máquina administrativa, podendo ser, ainda, decorrente direta ou indiretamente de atividade ou omissão administrativa, lícita ou ilícita. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, tem-se, nesta hipótese, a obrigação de reparação econômica em

face dos danos lesivos causados à esfera juridicamente garantida de outrem pelo comportamento unilateral do Estado¹⁹.

Trata-se aqui de reparar aquele dano causado pela prevalência de um interesse público que não pode ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse privado, jamais daquele prejuízo juridicamente previsto pelo ordenamento e suportado por todos. Ora, neste último caso, não há violação do direito e, por essa razão, não há de se falar em responsabilidade, como assinala Renato Alessi²⁰.

Com efeito, existem casos em que o Poder Público, como qualquer outro sujeito de direitos e obrigações, no exercício de suas atividades típicas, causa lesão a bens e direitos, sem que houvesse dirigido sua vontade a tal escopo. Ela aparece como consequência da atuação legítima do Estado. A lesão aparece como resultado, originando para este, de igual modo, a obrigação de responder objetivamente pela reparação.

6 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO POR ATO DE SEUS AGENTES: OBJETIVA EM RELAÇÃO AO ESTADO E SUBJETIVA EM RELAÇÃO AO AGENTE CAUSADOR DO DANO

Sob a égide da Constituição Brasileira de 1946, já se visualizavam com nitidez as espécies de responsabilidade civil do Estado, como se depreende de seu texto:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpado destes.

No entanto, em que pese a literalidade da norma e a sua clareza, muitos doutrinadores tergiversavam a respeito, ora afirmando a prevalência da teoria objetiva, ora rechaçando tal hipóte-

¹⁹ *Op. cit.*, p. 607-608.

²⁰ **La Responsabilità della Pubblica Amministrazione**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 155.

se e assinalando o subjetivismo como tônica do Texto Constitucional.

Diante do conflito doutrinário, os Tribunais hesitavam, demonstrando incerteza na aplicação do preceito e insegurança quanto ao seu alcance.

Não obstante a disceptação doutrinária, é possível afirmar que o constituinte acolheu a idéia da responsabilização objetiva. Adotando esse pensar, Weida Zancaner definiu os sistemas de responsabilidade vigentes em nosso ordenamento jurídico:

Límpida é a letra da lei, sem meandros, incisiva mesmo, a nosso ver. Não há que se falar ter a Constituição acolhido a teoria subjetiva, nem sequer pode-se dizer que a teoria objetiva seja a única abrigada pelo art. 107 da Constituição Federal. Há concomitância das duas teorias, as duas acolhidas pela letra da lei, mas prepondera um divisor de águas: a teoria objetiva tem seu lugar nas relações entre o administrado e o Estado, restando à teoria subjetiva os casos preceituados pelo art. 107, parágrafo único, que regula as relações Estado-funcionário²¹.

A Constituição Federal consagrou definitivamente a teoria objetiva nas relações Estado-cidadão. O elemento subjetivo só é referido no parágrafo único do artigo, de forma eventual, como pressuposto da ação regressiva da Administração contra o servidor causador do dano.

O preceptivo em questão permite que o Estado, uma vez satisfeita a vítima do dano, possa ser devidamente ressarcido, desde que caracterizados dolo ou culpa do agente causador da ocorrência. Nesta vertente, a responsabilização se daria pela teoria subjetiva, sem afetar a anterior responsabilização objetiva do Poder Público. Apenas trabalhou-se o tema da responsabilidade civil em campos jurídicos diversos. No primeiro, cuidou-se dos direitos do cidadão lesado e o ente estatal. No outro, a preocupação circunscreve-se ao agente público nas suas relações com a Administração.

Nesta linha de raciocínio, é forçoso entender que o cidadão lesado deverá buscar a devida reparação em face da Administração

²¹ *Op. cit.*, p. 61.

Pública²². A relação nesse âmbito é direta e objetiva, não admitindo litisconsórcio nem solidariedade. O agente só irá responder em caso de comprovado comportamento doloso ou culposos, requisito indispensável para a obtenção pela Administração da reparação em ação regressiva.

Celso Antonio Bandeira de Mello, em posição oposta, afirma a possibilidade de ajuizamento da ação de reparação contra o agente e o Estado solidariamente²³. Em face dos argumentos anteriormente elencados que conduzem à idéia de que a ação deve ser proposta diretamente contra o Estado, não admitindo solidariedade nem litisconsórcio, discorda-se da postura assumida pelo ilustre mestre.

O Estado responde pelos danos causados, e, concomitante ou posteriormente, haverá de examinar a conduta de seu agente. Se impregnada por dolo ou por culpa, haverá de tentar o devido ressarcimento por meio da via judicial.

Neste contexto, aparece o chamado direito de regresso, exercitável somente no caso de ser o Estado acionado e individuada culpa ou dolo do agente, conforme teoria subjetiva, também insculpida nos arts. 15 e 159 do Código Civil. Atualmente a orientação não foi modificada, e a doutrina é uníssona a respeito.

Os textos legais brasileiros muitas vezes adotam a expressão funcionário público para rotular o agente causador do dano. Convém ressaltar que a expressão funcionário público é utilizada em sentido genérico, abrangendo, para fins de responsabilidade, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público ou de alguma atividade estatal, seja de caráter permanente ou temporário. Ou seja, abrange tanto a pessoa que praticou o ato no exercício de atribuições públicas, quanto aquela que o consumou a pretexto de exercê-las. O mesmo tratamento é dispensado à omissão

²² SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Op. cit.*, p. 65. *In fine: Não agindo em nome próprio, mas em nome do Estado, sendo seus atos, agindo na qualidade de representante do Estado, imputados diretamente a este, as pessoas físicas dos agentes públicos não poderão ser acionadas diretamente pelo lesado (direto ou indireto). Quem será acionado é o Estado. Paga a indenização por este, ele poderá exercer a ação de regresso, logrando-se vencedor da demanda se demonstrar ter o agente agido com dolo ou culpa.*

²³ *Op. cit.*, p. 643.

administrativa. A omissão configura-se nos casos em que se exija a obrigatória atuação do agente público. Se tal atuação não se implementa e desse comportamento omissivo decorre gravame ao particular, o Estado deve responder e ressarcir o lesado.

6.1 Da característica do dano ressarcível

Não se advoga, neste trabalho, por evidente, a idéia do ressarcimento a qualquer dano. O dano ressarcível é aquele que se mostra especial, anormal e ofensivo a direito ou interesse legitimamente protegido. A especialidade do dano o faz distinto daqueles casos em que uma atuação geral da Administração, utilizando o Poder de Polícia, possa acarretar qualquer tipo de diminuição patrimonial ou afrontar interesses dos cidadãos. Ofereça-se, como exemplo, as genéricas limitações administrativas ou a proibição do exercício temporário de atividade. Não haverá nestas hipóteses ou em situações similares qualquer direito a ressarcimento. A anormalidade do dano haverá de ser constatada pela superação de razoáveis limites de suportabilidade. Em qualquer caso, o bem ou interesse reclamados deverão de estar juridicamente protegidos, de modo a impedir que o ressarcimento possa abranger bens oriundos de comportamentos reprováveis ou interesses considerados excusos de acordo com o conjunto normativo.

6.2 Da ação regressiva e da apuração da falta pessoal

Afirmada a responsabilidade objetiva do Estado, restaria aduzir que, uma vez satisfeito o dano, torna-se indispensável a averiguação da culpa ou dolo do agente causador, para, em caso afirmativo, configurar-se a viabilidade de ação regressiva.

Conforme leciona Adilson Dallari, a ação regressiva constitui verdadeiro poder-dever para o Estado, ao qual não resta alternativa em caso de ser verificada culpa ou dolo do agente público²⁴. Esta opinião é aceita, com a ressalva, apenas, de que se trata de dever-poder, em face da acentuação do caráter de obrigação do Ente Estatal e não de prerrogativa, levando sempre em conta a indisponibilidade do interesse público.

²⁴ DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. São Paulo: RT, p. 118.

Tal ação representa medida de extrema justiça e moralidade, alcançando os agentes públicos *lato sensu*, já que irrelevante a categoria funcional, a hierarquia, a natureza do respectivo vínculo com o Poder Público. Presentes o dolo ou a culpa, a resposta perante o Estado se dará na exata medida da condenação sofrida pelos cofres públicos em sede da ação de indenização ou ressarcimento.

A lógica da ação regressiva é de singela compreensão: o Estado indeniza o particular vítima de lesão, de forma objetiva. O agente público ressarce o Estado, regressivamente, provados a culpa ou dolo. É a aplicação da teoria subjetiva nas relações Estado-funcionário. A partir do momento que o Estado for acionado (e não o agente), tem-se como provável a propositura da referida ação.

Questões de relevância significativa devem ser consideradas neste ponto. *A priori*, cabe mencionar que o direito de regresso do Estado é sempre possível se configurada e individuada culpa do agente faltoso, mesmo no caso, de este não ter solicitado a integração do agente na lide (denúncia da lide ao agente) ou esta ser indeferida, por força do comando constitucional atinente (questão que, oportunamente, poderá ser melhor elucidada).

De igual modo, em face de ser medida de caráter patrimonial destinada à reparação, o direito do Estado de, regressivamente, ser indenizado transmite-se aos herdeiros do agente, aos seus sucessores.

O direito de regresso possui como *conditio sine qua non* a comprovação de dolo ou culpa do funcionário na verificação do evento danoso. Para Aguiar Dias: “*se a ação regressiva cabe quando tiver havido culpa do funcionário público, segue-se que não haverá ação regressiva quando inexistir culpa, embora o Estado continue a responder pelas conseqüências do evento lesivo*”²⁵.

As lesões provocadas pelo funcionamento regular do serviço, especiais ou anormais, são indenizadas pelo Poder Público, sem autorizar o direito de regresso, porque não há caracterização do núcleo permissivo de tal direito, ou seja, a culpa de agente público no desempenho de função pública.

Todavia, no que tange à ineficiência administrativa, Yussef Cahali²⁶ afirma que a simples ineficiência do funcionário não

²⁵ “Responsabilidade Civil do Estado”. *Revista Forense*, 145/18.

²⁶ *Op. cit.*, p. 137 e s.

configura, *de per si*, causa de responsabilidade deste, ausentes dolo ou culpa. A falta funcional, segundo o ilustre doutrinador, daria ensejo ao ilícito administrativo e à aplicação de pena disciplinar, mas jamais à responsabilidade civil, pela ausência do elemento nuclear para tanto, a culpa ou dolo.

Parte da doutrina entende que o direito de regresso só pode ser exercido após a condenação do Ente Estatal, acrescido ao fato de se constatar atuação dolosa ou culposa do agente. Desenvolvendo raciocínio neste sentido, Odoné Serrano defende que esse sistema funcionaria

como uma espécie de escudo de proteção, para que os agentes públicos não sejam incomodados com ações infundadas, com intuitos vexatórios ou de vingança. O agente público só será acionado pelo Estado, após a condenação deste na ação direta e somente nos casos em que se vislumbrar conduta dolosa ou culposa daquele^{27/28}.

De qualquer maneira, ambas as formas passam por um processo de conhecimento em que será verificada a incidência de dolo ou culpa do servidor. A Administração não pode, portanto, proceder a descontos em folha de pagamento, de forma unilateral e ilegal, no intuito de satisfazer os valores pagos em indenização. O devido processo legal deve ser respeitado, sob pena de violação constitucional e de conseqüente ilegalidade do ato.

No que respeita às faltas pessoais, vale dizer, na vida privada, cabe ressaltar que estas estão desvinculadas do serviço estatal, não podendo deste modo ensejar a responsabilidade do agente, até porque, na ação de indenização, visa-se à reparação de lesão cometida no exercício da função pública por dolo ou culpa (falta individual do agente) ou à reparação da lesão por falta anônima do serviço.

Afinal, a falta pessoal não guarda correlação com os pressupostos da responsabilidade civil do Estado, pela desvinculação com o exercício da função pública. Significa dizer que pode existir a hipótese de o particular ser lesado por funcionário público, porém, a lesão não é proveniente de atividade relacionada ao Estado,

²⁷ No mesmo sentido Diógenes GASPARINI. *Op. cit.*, p. 593-594.

²⁸ *Op. cit.*, p. 68-69.

ao *munus publico*, mas sim, oriunda da relação particular que o agente, na individualidade do convívio privado, travou com o cidadão. Neste caso, não há como responsabilizar o Estado, devendo a controvérsia ser sanada na seara do direito civil²⁹.

Assim, a apuração da falta pessoal em nada deve relacionar-se com a propositura de ação regressiva, vez que os possíveis danos provenientes de sua ocorrência não podem ser resolvidos na esfera do direito público, devendo obedecer aos princípios informadores do processo administrativo disciplinar e sua reparação ser regulada pelas disposições da lei civil.

Neste ponto, oportunas as lições de Juan Carlos Cassagne:

El funcionario público no responde directamente por las faltas del servicio. Frente al tercero o administrado la responsabilidad es sólo del Estado. En caso de que el Estado deba responder por una falta de servicio podrá después hacer efectiva la responsabilidad de este último. El agente público responde directamente frente al tercero en caso de falta personal. Se aplica aquí – igual que en Francia – el artículo 1109 del Código Civil [...] En cuanto al concepto de ‘falta personal’ ella existirá siempre que los hechos reprochados a un agente público se aparten de lo que puede considerarse atinente al servicio, incluso en su funcionamiento defectuoso³⁰.

Cabe salientar que a noção de agente público deve ser entendida de forma ampla. Agente público para os efeitos de responsabilidade civil é toda pessoa investida em função pública, independente do vínculo que ostenta. Incluem-se, por conseguinte, os colaboradores da administração, todos responsáveis civilmente³¹. São abrangidas, assim, todas aquelas pessoas que tomam decisões ou realizam atividades de alçada, em virtude do desempenho de um

²⁹ Nessa linha Welda ZANCANER, *op. cit.*, p. 65.

³⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. V. 1. 5. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 311-312.

³¹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 414: “A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o art. 37, § 6º, da Constituição (...) que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço”.

mister público, do *status* jurídico de funcionário público, ressalte-se, em qualquer escalão³².

Em suma, agente público é todo aquele em condições de efetuar comportamentos imputáveis ao Estado, no seu sentido amplo (pessoas jurídicas de direito público, empresas privadas prestadoras de serviço público, colaboradores, entre outros).

Finalmente, o rito da ação regressiva é ordinário, de consonância com o preceituado na parte final do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, sujeito ao Código de Processo Civil, devendo esta ser instaurada somente entre a pessoa de direito público interessada e o seu servidor culpado, no intuito de ressarcimento dos cofres públicos.

7 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Jacira Nunes Mourão sustenta que “*a matéria jurisprudencial nos diversos países tem demonstrado uma evolução acentuada, separando as diversas formas de responsabilidade do Estado, destacando-se várias teorias como: Teoria da Irresponsabilidade do Estado, Teorias Civilistas e Teorias Publicistas caracterizadas pelo regime político dominante*”³³.

A teoria da irresponsabilidade do Estado teve sua formação com o crescimento dos Estados absolutos e consagrou-se, fundamentalmente, com a afirmação da idéia de soberania. Ao soberano cabia o exercício da tutela de direitos, o que levava ao contrassenso da afirmação de que em razão de tal fato não poderia o Rei agir contrário a esta tutela³⁴.

As teorias civilistas, alicerçadas na idéia da culpa, marcaram a história da evolução do direito no que cinge à responsabilidade do Estado pois, de forma inédita, contrapuseram-se à consolidada e injusta idéia de que o soberano era irresponsável por seus atos (“*the king can do not wrong*”).

³² *Op. cit.*, p. 620.

³³ Artigo publicado na **Revista de Direito Civil**, n. 3, p. 63.

³⁴ Conforme Said CAHALI, *op. cit.*, p. 10: “Resguardava-se, assim, o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois sendo ele o próprio direito, jamais praticaria injustiças”.

A evolução acentuada da matéria levou ao abandono da idéia da culpa, em face de suas limitações e à adoção da teoria publicista da objetividade para fins de responsabilização da Administração Pública.

No Brasil, o processo de evolução da responsabilidade objetiva do poder público foi lapidado nas construções jurisprudenciais, mediante o desenvolvimento de teorias que forneceram o suporte necessário para o atual sistema normativo. São elas: teoria da culpa, do acidente administrativo, do risco administrativo e do risco integral.

7.1 Teoria da culpa

Tal corrente doutrinária representou uma forte dissociação ao princípio da irresponsabilidade do Estado. A teoria da culpa buscou distinguir os atos praticados pela Administração Pública que ensejariam ou não, a indenização pelo Estado.

Com efeito, o grande mérito desta teoria foi romper com os tradicionais argumentos utilizados para justificar a irresponsabilidade absoluta do Estado, contestando a sua essência, conteúdo e aplicabilidade. A teoria da culpa foi o alicerce para o desenvolvimento do que hoje denomina-se responsabilidade objetiva do poder público, em todas as suas nuances.

O fulcro da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente público causador da lesão. Admitia-se a responsabilidade do agente público quando o ato lesivo pudesse ser atribuído diretamente a ele. Esse caráter culposo ou doloso era o fator condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Os conceitos de culpa e dolo aplicados em âmbito privado eram os mesmos aplicados em relação ao Estado. A noção de culpa era fundamental para a imputação da responsabilidade. A ocorrência de um ato ilícito ou de uma conduta contrária ao direito que ocasionasse dano a terceiro era pressuposto essencial para a obtenção de reparação.

Todavia, em que pese o progresso evidenciado em relação à teoria da irresponsabilidade, a teoria da culpa demonstrava-se insuficiente aos interesses da própria idéia de realização da justiça, na medida em que impunha aos cidadãos lesados um encargo muito penoso, consubstanciado na obrigação de comprovar o dano e o comportamento culposo do agente estatal.

Nesta fase, para alcançar o ressarcimento pecuniário em face do ato praticado pelo Estado, fazia-se uma remissão aos fundamentos principiológicos embaixadores da responsabilização por fato de terceiro, ou melhor elucidando, uma utilização ampliada e extensiva da teoria da representação, aplicada em Direito Civil, abrangendo-se, também, os entes públicos.

Por tal ficção justificava-se a responsabilidade do Estado em caso de lesão somente por culpa do agente público, representante do Estado, pela figura da presunção da culpa, a qual podia ser derogada sempre que se provasse ausência de *culpa in vigilando e culpa in eligendo*.

Em virtude do desenvolvimento da teoria do órgão (Otto Gierke), a idéia da representação foi desaparecendo. Por esta teoria, o órgão possui como pressuposto a existência de uma só pessoa, o próprio Estado, enquanto que a representação clama pela existência de distintas pessoas, representante e representado, não se adequando, portanto.

Mais adiante, a culpa civilística encontrou amparo na diferenciação entre os chamados “atos de império” e os “atos de gestão” e na existência de culpa decorrente da ação ou omissão do agente público, fatores os quais, se agregados, determinariam a responsabilidade do Poder Público.

Imperioso, nesta oportunidade, analisar a distinção entre a natureza dos atos emanados do Estado, dada a sua estreita ligação com a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil.

Para fundamentar a teoria da culpa, fazia-se uma clara distinção entre os atos emanados do Estado, destacando-os como atos de império e atos de gestão, donde decorriam sérias e gravosas conseqüências. Atos *iure imperii* seriam os atos praticados sob o manto de Potestade Pública, no exercício da soberania do Estado, praticados por ele na qualidade de poder supremo, supra individual, impostos unilateralmente e de forma coercitiva e, portanto, insuscetíveis de gerar direito à indenização. Ao exercer tais prerrogativas, o Estado estaria isento de qualquer responsabilidade, mesmo havendo lesão ou dano ao cidadão pela prática do ato.

Por sua vez, atos *iure gestionis* seriam aqueles exercidos pelo Estado em situação de igualdade, de equiparação ao particular, no intuito da conservação e desenvolvimento do patrimônio público

e para gestão de seus serviços, o que levava ao reconhecimento da responsabilidade civil nas mesmas condições e proporções a que se submetem os cidadãos.

Por tal entendimento, sempre que se configurasse evidente culpa do agente em caso de lesão e se tratasse de atos de gestão, o Estado tornava-se responsável e obrigado a indenizar. Se não integralmente caracterizada ou comprovada a culpa no atuar, não se lhe imputava nenhuma responsabilidade.

Do mesmo modo, distinguia-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar), praticante dos atos de império, da pessoa do Estado, praticante dos atos de gestão por meio de seus prepostos.

A diferenciação apontada não logrou êxito como referencial da responsabilização ou não, do Estado, eis que insatisfatória se apresentava tal solução, ainda mais em se considerando despicienda qualquer indagação a respeito da natureza do ato (de império ou de gestão), pois ambos retratam forma de atuação administrativa, passíveis de lesionar o particular e de gerar obrigação de ressarcimento.

No entanto, embora abandonada a diferenciação entre atos *iure imperii* e atos *iure gestionis*, pela dificuldade de fracionamento da personalidade do Estado e pela impossibilidade de se definir como de gestão todos os atos praticados pelo Poder Público na administração dos interesses patrimoniais da comunidade, muitos autores continuaram apegados à teoria civilista, aceitando a doutrina da responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa do agente.

Cabe ainda mencionar que, segundo uma parte da doutrina, a teoria subjetiva da culpa civil acabou por desembocar na modalidade da culpa anônima da Administração, esta por sua vez enraizada na culpa ou falta do serviço. Esta temática suscita certa controvérsia no mundo jurídico, pela inserção do assunto, por alguns autores, na matéria alusiva às teorias subjetivas, o que mostrasse inaceitável, conforme será demonstrado.

De fato, a doutrina da culpa civil não resolvia os casos de lesão ocasionada por falha da máquina administrativa. Tal hipótese não permite individuar o agente público, assim como aquela resultante da própria falta de serviço, denominada culpa anônima da Administração ou culpa administrativa.

Para equacionar o problema, com base em construção jurisprudencial do contencioso administrativo francês, optou-se por desen-

volver nova concepção inerente à responsabilidade, baseada na ausência da figura do causador direto do dano (agente público) e na aceitação do fato de o serviço estatal funcionar mal, não funcionar ou funcionar atrasado, ensejando com isso certa reparação.

No primeiro caso, se não havia possibilidade material de individuação do agente público a quem poderia ser imputada a ineficiência, a imputação da responsabilidade recaía na entidade responsável pelo serviço, no caso, o Estado.

No segundo, tratava-se da chamada *faute de service*, em que não se indagava culpa subjetiva do agente público mas havia perquirição no que tange à falta objetiva do serviço em si mesmo, considerado bastante e suficiente como fato gerador da obrigação de ressarcir a lesão ocasionada.

A falta do serviço não dependia da existência de ato individualizado do agente, pois configurava a má condição do serviço, elemento bastante para ensejar a reparação. Trata-se do que mais adiante se denominará de acidente administrativo.

Sem embargo, a superação da idéia da culpa individual pela idéia da falta do serviço constituiu o elo de ligação entre as teorias civilistas e a atual teoria publicista objetiva, relativas à responsabilidade do poder público.

A teoria da culpa administrativa constituiu o primeiro passo na mutação da ideologia subjetiva da culpa civil frente à responsabilidade objetiva do Estado, consubstanciada na tese do risco administrativo (a seguir aclarada), pois conferiu relevo e importância à falta do serviço.

Assim, pode-se dizer que a culpa anônima da Administração foi o embrião do que hoje se entende como teoria objetiva da responsabilidade do Estado, aliás, a única capaz de compatibilizar a posição do Poder Público frente à dos cidadãos e o ordenamento constitucional vigente.

7.2 Teoria do acidente administrativo

No item anterior, desenvolveu-se claro raciocínio acerca da evolução da teoria da culpa, culminando na chamada falta do serviço (o serviço estatal funcionava mal, não funcionava ou funcionava atrasado), elemento este caracterizador do que comumente

denomina-se teoria do acidente administrativo, com a conseqüente ligação entre toda a doutrina civilística e as teorias publicistas consagradas pela objetividade.

Com efeito, da falta do serviço (funcionamento irregular) genericamente considerada e da não-individuação da culpa de agente público nasceu a teoria do acidente administrativo, que impunha a responsabilidade do Estado sempre que a sua atuação impessoal e irregular resultasse em danos ao particular.

Existe certo conflito na doutrina acerca da inserção da falta de serviço no contexto jurídico da responsabilidade civil objetiva do Estado. Hely Lopes Meirelles, ao lado de muitos, defendeu a tese de que a *faute du service* caracterizaria elemento formador da teoria civilista da culpa administrativa, onde aquela representaria o passo inicial para a evolução da doutrina do dano objetivo³⁵. Para o ilustre doutrinador, a falta do serviço conjugada com a culpa da Administração comporia o binômio que respaldaria a obrigatoriedade de indenização pelo Estado.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, tal modalidade de responsabilidade civil estava inserida no contexto da doutrina civilista. A noção de culpa ainda encontrava-se arraigada e presente, apenas assumindo caráter de culpa especial, pois era relativa somente à Administração. Bastava que se configurasse ausente ou defeituoso o serviço, para demandar a responsabilidade do Estado por danos daí decorrentes³⁶.

Por outro lado, alguns juristas acabaram por considerar a falta de serviço elemento formador das teorias publicistas do dano objetivo, afirmando que a responsabilidade do Poder Público, por sua natureza, só poderia reger-se sob o império das regras de direito público, únicas capazes de, tecnicamente, realizar a justiça e compor o desequilíbrio entre as partes³⁷.

³⁵ **Direito administrativo**. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 552.

³⁶ **Curso de direito administrativo**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, p. 615.

³⁷ Conforme Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. **Direito administrativo**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 411: “Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. A partir daí começaram

Crê-se que é possível inserir a falta de serviço dentre a doutrina objetiva. Afinal, em face do dever de eficiência imposto ao Poder Público, prescinde-se de qualquer perquirição de culpa, ainda que especial.

Reafirme-se que a *faute du service* acabou por desencadear o processo de evolução que culminou com as teorias objetivas do risco, sem contudo sepultar, face o posicionamento de significativa parte da doutrina, o resquício civilista da culpa. A teoria do acidente administrativo baseada na falta de serviço desmembrou-se no que hoje denominamos teorias do risco (integral e administrativo).

Pedro Lessa, citado por Yussef Said Cahali³⁸, delinea os traços gerais da responsabilidade por *faute du service*, defendendo que tal teoria concilia os ditames da culpa administrativa e do risco integral, numa espécie de fração intermediária rumo à responsabilidade objetiva.

O referido autor sintetizou as características da teoria ora analisada segundo os seguintes critérios: 1^a) elegeu como alicerce o princípio da igualdade e da repartição dos ônus e dos encargos sociais entre a coletividade; 2^a) evidenciou certo resquício da noção de culpa, porém, a culpa, nesse caso, é tratada de forma impessoal, objetiva, eminentemente do serviço público.

Em outras palavras, a *faute du service* determinava o ressarcimento ao particular sempre que este se visse lesado por dano resultante da atuação estatal, sem dedicar preocupação em detectar o agente que o causou.

Não obstante, voltando a vista para o terreno publicístico, tal teoria vinculou o Estado a um dever de indenizar sempre que a lesão sofrida emanasse de um fato material oriundo do funcionamento passivo do serviço público.

Destarte, o que caracterizou tanto a teoria da culpa administrativa como a teoria do acidente administrativo foi a transposição para o terreno publicístico da noção civilista da culpa, o que,

a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco”.

³⁸ **Responsabilidade civil do Estado.** São Paulo: RT, 1982, p. 25.

nas palavras de Yussef Said Cahali, significou identificar “*na falta anônima do serviço a causa do dano reparável*”³⁹.

7.3 Teoria do Risco

No Brasil, assentada a responsabilidade objetiva ou direta, consectária da Constituição de 1946, e sepultada a teoria subjetiva da culpa, cuja orientação buscava nascedouro no art. 15 do Código Civil, a comunidade jurídica passou a conviver com a teoria do risco. Tal teoria fundamentava-se basicamente na atividade de risco que a Administração desenvolve na figuração de seus misteres. Exemplificando: o poder público municipal, ao efetivar o alargamento de uma via pública, corre o risco de danificar a propriedade particular; a Força Policial, ao perseguir transgressor das normas penais, sujeita-se ao risco de ferir populares. Esta dinâmica laborativa caracterizada pelo risco que lhe peculiariza (no tema maior: responsabilidade objetiva) alberga duas teorias: a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo.

Os fundamentos teóricos resultantes da construção doutrinária acerca da nova orientação constitucional fulcraram-se no princípio da equidade, na idéia do risco que a atividade pública gera para os particulares e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais, no princípio do enriquecimento ilícito e na idéia de segurança social⁴⁰.

Em síntese, a Carta Federal de 1946 agasalhou a responsabilidade objetiva do Estado, determinando que, em sendo lesionado, o cidadão não mais teria que provar em juízo culpa ou dolo do funcionário ou da Administração, dado o caráter objetivo da repa-

³⁹ *Op. cit.*, p. 26.

⁴⁰ ZANCANER, Weida. *Op. cit.* p. 30: “Partindo do princípio da equidade, Otto Mayer desenvolveu sua teoria acerca do sacrifício, entendendo que, quando um indivíduo fosse submetido a um sacrifício especial frente aos demais administrados, e havendo nexo de causalidade entre o evento danoso e a atividade do ente público, fosse a atividade lícita ou não, se impunha ao Estado o dever de reparar o dano. Já Léon Duguit adotou posição em que a segurança social é o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. Segundo Duguit, sempre que houver um dano ao administrado, o Estado fica obrigado a repará-lo, independentemente do fato de ter o serviço público funcionado normal ou anormalmente”.

ração do dano. Bastava-lhe evidenciar o nexo de causalidade entre o evento danoso e o Poder Público. O elemento norteador da indenização deixou de ser a falta do serviço para repousar no fato do serviço⁴¹.

Tais assertivas conduzem a uma justiça distributiva, com a partilha dos ônus e encargos sociais entre toda a sociedade, na mais perfeita coadunação com um dos princípios cânones do Estado Democrático de Direito – o princípio da igualdade de todos perante a lei.

Washington de Barros Monteiro também reconhece a igualdade de distribuição dos ônus e encargos sociais como preceito publicístico a justificar a teoria do risco: *“Presentemente, para que o Estado responda civilmente, basta a existência do dano e do nexo causal com o ato do funcionário, ainda que lícito, ainda que regular”*⁴².

Para compensar a desigualdade individual entre Administração e cidadão, todos os componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano. A idéia é a de que os benefícios advindos da atuação estatal repartem-se por todos, assim como os prejuízos sofridos por alguns. O equilíbrio de encargos sociais deve ser mantido entre todos os particulares, sem distinções.

Em outra seara, se a determinação constitucional autoriza a interpretação de que o Estado é obrigado ao ressarcimento tão-só configurado o nexo causal entre a participação do agente público (nessa qualidade) e o resultado lesivo constatado, a princípio pode parecer difícil o estabelecimento de uma distinção entre as duas teorias aventadas. Todavia, assim não é.

Ambas as teorias, como visto, buscam na responsabilidade objetiva a sua razão de existir. A tão-só comprovação da relação de causa e efeito entre o dano e a participação do agente público gera a obrigação de indenizar.

Neste particular, permite-se afirmar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência são acordes em acolher a responsabilidade

⁴¹ Hely Lopes MEIRELLES. *Op. cit.*, p. 552.

⁴² **Curso de direito civil.** Parte Geral, p. 107-109.

do Estado pelos danos que causar aos particulares na figuração dinâmica de sua atividade pública, haja ou não culpa do agente público causador do dano, bastando para isso que a ação ou omissão parta de servidor público, nessa qualidade.

A doutrina estrangeira não diverge desse posicionamento, como se pode verificar das palavras de Reiriz:

*La fundamentación jurídica de la Responsabilidad del Estado en principios propios del Derecho Público. Es preciso abandonar la fundamentación civilista. En la evolución histórica de la responsabilidad del Estado, constituyó un paso trascendente el abandono de las fuentes civilistas y su reemplazo por principios y normas del Derecho Público*⁴³.

7.3.1 Teoria do Risco Integral

Como já afirmado, o risco integral acolhe a idéia de que a mera comprovação da relação de causa e efeito (nexo causal) entre o evento danoso e a participação do agente público enseja a obrigação de reparação pelo Estado.

Realmente, a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver o que hoje denomina-se, genericamente, teoria do risco, que acolhe duas espécies: a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas aceita certas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito).

Logo, o traço distintivo entre ambas as teorias concentra-se no desprezo dedicado pela teoria do risco integral a fatores circunstanciais (como força maior e caso fortuito) e a um personagem cuja atuação pode ter sido nenhuma ou decisiva para a configuração do evento danoso: a vítima.

⁴³ GRACIELA, Maria. **El derecho administrativo hoy**. Editorial Ciencias de la Administración – División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 1996, p. 224.

Milton Luiz Pereira, em notável decisão prolatada no ano de 1984, isentou de responsabilidade o Poder Público julgando improcedente a ação proposta contra o Banco Central, Autarquia Federal, em que o autor, um Banco Rural, propunha a responsabilidade objetiva daquela Entidade, aspirando à indenização por perdas e danos, trazendo como fundamento a injusta e implacável fiscalização contra si exercida, redundando na decretação da liquidação extrajudicial da Instituição Bancária, cujos efeitos resultaram na indisponibilidade dos seus bens além de outros sérios prejuízos.

Neste caso específico, o ilustre Magistrado isentou de responsabilidade a União Federal, por entender caracterizada a participação integral da vítima para a ocorrência do ato danoso.

Cite-se trecho da memorável decisão:

No que concerne às pessoas públicas, a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo, que diferindo da teoria do risco integral, admite abrandamentos, a conduta de quem se diz vítima influi, serve para minorar, ou mesmo para excluir a responsabilidade civil do Estado. (Ação Ordinária 6.789/79 – 1ª Vara/JF)

Nas palavras de Odoné Serrano Júnior, pelo desprezo ao comportamento da vítima na ocorrência do evento danoso, a teoria do risco integral pregava que o “Estado tornar-se-ia uma espécie de ‘segurador universal’”⁴⁴. De fato, à luz de tal orientação permitir-se-ia o absurdo de que todo e qualquer dano que envolvesse a Administração devesse ser por esta indenizado, independente da ocorrência de fatores excludentes.

Com integral razão, Hely Lopes Meirelles aduz:

*A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima*⁴⁵.

⁴⁴ **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.** Curitiba: Juruá Editora, p. 58.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 553.

Para essa corrente doutrinária, a idéia da causalidade do ato veio substituir a da culpabilidade do agente⁴⁶, sem, contudo, precisar objetivamente a atuação da vítima ou de fatores externos, para o evento danoso. Admitir-se-ia, então, que, no caso de um suicida intentar dar cabo a sua existência, utilizando-se para tão nefasto fim de um veículo automotor de propriedade do Estado, este seria responsável pela reparação à família daquele, pela total desconsideração da atuação da vítima no evento danoso⁴⁷. O Estado estaria sempre obrigado à assunção de um risco integral no exercício de suas atividades. Essa orientação, sem dúvida, acabaria gerando convulsões sociais, na exata medida de sua radicalidade.

Por tais motivos, a modalidade do risco integral não foi adotada pela maciça maioria da doutrina brasileira.

Diga-se, no entanto, que parcela significativa da doutrina não aceita a distinção antes deduzida, afirmando que a diferenciação entre as espécies acolhidas pela teoria do risco retrata mera questão semântica⁴⁸, pois nunca se pretendeu ou cogitou que a Administração ficasse obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima, pretendendo-se, sim, estabelecer um critério objetivo de apuração da responsabilidade, com a devida exclusão ou atenuação em face de fatores, voluntários ou não, que pudessem ter prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto⁴⁹.

Não há por que dissentir do entendimento supracitado, pela sua evidente clareza, haja vista que, até em âmbito de direito civil, ao se discutir a relação causal, quando ocorrem situações em que o lesado tenha concorrido para o agravamento ou a ocorrência do prejuízo, o julgador deve ponderar tais fatores para diminuir ou relevar a responsabilidade⁵⁰.

⁴⁶ Washington de Barros MONTEIRO. *Op. cit.*, p. 107.

⁴⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, p. 591.

⁴⁸ ZANCANER Weida. *Op. cit.*, p. 60. Yussef Said CAHALI. *Op. cit.*, p. 32. Alcino Pinto FALCÃO. **Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de direito público**, RDP 11/45.

⁴⁹ Yussef Said CAHALI. *Op. cit.*, p. 33.

⁵⁰ Alcino Pinto FALCÃO. *Op. cit.*

O mesmo acontece com o Estado. A letra da lei estabelece a reparação em face do risco da atividade estatal, seja lícita ou ilícita, atenuada ou excluída pelo comportamento da vítima, ou fatores externos. É a síntese da teoria do risco administrativo, a seguir minudentemente aclarada.

7.3.2 Teoria do Risco Administrativo

A orientação da CF/88 acerca da responsabilidade estatal repousou no risco administrativo, pelo qual se leva em conta a potencialidade de ações danosas do Estado, sejam normais ou anormais, lícitas ou ilícitas, aliada ao fator de possível anormalidade de conduta da vítima e eventos exteriores na determinação do dano injusto.

Com isso, buscou-se agilizar a indenização pelo Estado ao particular, isentando-o de provar, para fins de reparação, a falta do serviço ou a falta de funcionário público, bastando-lhe a comprovação da relação de causalidade entre o dano sofrido e a atuação ou omissão estatal, ressalvada a hipótese de concorrência culposa sua na produção do evento danoso.

Tal hipótese retrataria a inversão do ônus da prova, compelindo a Administração Pública a comprovar a culpa de quem se diz vítima, no escopo de se eximir total ou parcialmente da responsabilidade pela reparação.

Nessa linha, Maria Sylvia Zanella di Pietro assinala:

Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado⁵¹.

Como já salientado, diante da potencialidade do Estado em individualmente causar danos a terceiros, decorre a fundamentação da teoria do risco administrativo e o seu dever de indenizar, por meio dos cofres públicos, os prejuízos oriundos da atividade desempenhada em benefício da coletividade.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 413.

A comprovação pelo Estado de um comportamento culposo ou doloso da vítima serve para graduar, diminuir, mitigar ou até excluir a sua responsabilidade.

De mesmo modo, no caso de eventos danosos resultantes exclusivamente de fatos necessários ou inevitáveis da natureza, o Estado pode eximir-se da reparação, com fulcro na força maior ou no caso fortuito, entre outros.

Se outro fosse o entendimento, poder-se-ia supor que o Poder Público estaria fadado ao colapso total, pela profusão de ações indenizatórias fundadas em fatos que envolvessem o Estado, todavia, sem guardar com este nenhuma relação causal quanto ao evento danoso. O erário público e, em sentido lato, a própria coletividade acabariam arcando com um ônus praticamente impossível de ser suportado.

Ao contrário, o mandamento constitucional determina reparação em função apenas do funcionamento do serviço público. Essa é a lição de Caio Mário:

a teoria do risco administrativo encara o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a atuação do preposto ou agente estatal⁵².

Finalmente, a expressão “nessa qualidade” que figura no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, abrange a ação ou omissão do servidor no exercício da função pública ou utilizando de prerrogativas que lhe são conferidas pelo fato mesmo de pertencer aos quadros administrativos do Estado. Significa dizer: mesmo que o agente público não esteja no exercício da sua função precípua, mas se utilize das prerrogativas e vantagens oriundas do *status* de funcionário do Estado, deve a Administração Pública reparar o dano, de forma objetiva, se dessa atuação advier lesão ao cidadão particular.

É o caso do policial que, não estando a serviço, encontra-se fardado e acaba por infligir a certo particular danos patrimoniais,

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1, n. 116, p. 394.

a pretexto de exercer suas atribuições, em que pese a sua real intenção. Tal hipótese configura caso de responsabilidade objetiva no que tange à relação Estado-vítima, e subjetiva (com apuração de culpa e dolo) no que concerne à relação Estado-funcionário.

Ou, ainda, nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

*o essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa*⁵³.

Desta maneira, prescinde de maiores considerações a aludida matéria, restando clara a idéia de função administrativa como pressuposto lógico para a qualificação do dano como indenizável e para a configuração do nexos lógico entre o evento danoso e a atuação do agente estatal.

8 EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO: O RECONHECIMENTO DO DANO

Reconhecida a ocorrência de dano ao patrimônio do cidadão e o seu nexos de causalidade com a atividade estatal, o mandamento constitucional impõe a reparação pelo Estado, de forma objetiva, e dispensada a comprovação da culpa.

No entanto, como já referido, existem certas hipóteses em que o caso concreto recomenda exclusão total (excludentes) ou parcial (atenuantes) da responsabilidade do Estado. São elas: caso fortuito e força maior, culpa da vítima e estado de necessidade.

O caso fortuito e a força maior retratam situações que afastam ou diminuem a responsabilidade estatal. Os dois institutos, quanto aos seus respectivos conceitos, até hoje, são objeto de divergência doutrinária. Para alguns, caso fortuito é o evento imprevisível decorrente da atividade humana, no caso, falha da máquina administrativa, e por tal característica enseja responsabilidade do Estado (ex: explosão dos fios da rede elétrica), enquanto força mai-

⁵³ *Op. cit.*, p. 556-557.

or é o evento imprevisível decorrente da ação da natureza, inevitável pelo Estado, não podendo deste modo ser propiciador da referida responsabilidade (ex: tufão, terremoto, dilúvio).

Algumas definições encontradas na doutrina são exatamente inversas. Considera-se caso fortuito como o evento decorrente da natureza, e força maior como aquele oriundo da ação humana. Outras situam as ocorrências praticamente no mesmo patamar.

É o caso de Carvalho Filho, para quem as causas acima descritas constituiriam apenas fatos imprevisíveis, de idênticos efeitos, os quais, dependendo do caso, levariam ou não à responsabilidade:

São fatos imprevisíveis aqueles eventos que constituem o que a doutrina tem denominado de 'força maior' e de 'caso fortuito'. Não distinguiremos, porém, essas categorias, visto que há grande divergência doutrinária na caracterização de cada um dos eventos. Alguns autores entendem que a força maior é o acontecimento originário da vontade do homem, como é o caso da greve, por exemplo, sendo o caso fortuito o evento produzido pela natureza, como terremotos, tempestades, os raios e trovões. Outros dão caracterização exatamente contrária... Pensamos que o melhor é agrupar a força maior e o caso fortuito como fatos imprevisíveis, também chamados de 'acaso', porque são idênticos os seus efeitos⁵⁴.

A distinção não oferece nenhuma dificuldade. Em se tratando de caso fortuito, o traço marcante é a imprevisibilidade. Se o evento pudesse ser previsto, certamente poderia ser evitado. Já em se tratando de força maior, o que transcende é a irresistibilidade. O evento, em muitos casos, embora previsível, afigura-se inevitável por sua força maior.

Detectados fatos imprevisíveis e inevitáveis, a princípio o Estado não responde. São causas excludentes da responsabilidade. Admita-se, porém, a hipótese de que, na prevenção do evento danoso, haja ação ou omissão do Estado, ou ainda, concausas na produção do dano, o Estado haverá de responder, ainda que proporcionalmente.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 330.

Cabe mencionar a importância do nexo de causalidade na determinação das excludentes ou atenuantes da responsabilidade do poder público, em face de que esse é o pressuposto que fornece o sustentáculo para que o dano seja efetivamente reparado, dado o seu papel de elo de ligação com a atividade administrativa.

Como visto, também a culpa da vítima afasta ou diminui a responsabilidade estatal, merecendo destaque esta hipótese pela sua reiterada ocorrência.

Primeiramente, impõe-se traçar uma distinção entre a culpa exclusiva da vítima e aquela concorrente com a culpa do Poder Público, com o objetivo de estabelecer causa atenuante ou excludente da responsabilidade estatal.

Como asseverado, pode ocorrer que o lesado tenha contribuído para a produção do evento lesivo, o que isenta em parte o Estado, só respondendo este na proporção de sua ação ou omissão (causa atenuante).

De outra sorte, o evento lesivo pode ter como única causa a culpabilidade da vítima, o que determina a exclusão da responsabilidade do Estado (causa excludente). De qualquer modo, não se pode olvidar que a culpa a ser analisada para fins de determinação da atenuação ou exclusão da responsabilidade é a culpa do lesado e não a da Administração, regida pela teoria objetiva.

Convenha-se que o nexo causal no evento em que há culpa exclusiva da vítima não pode se afirmar concretizado. Em se tratando de contribuição parcial desta, a relação não se forma por inteiro, exigindo-se, na exata proporção, a isenção da responsabilidade estatal.

Desta forma, em que pese a aparência contraditória, o Estado deverá responder frente ao dano objetivamente, o que não o impede de defender-se alegando a culpa da vítima, como atenuante ou excludente, a qual, por razões óbvias reguladas pela lei civil, só poderá ser averiguada com uma análise subjetiva da culpabilidade do terceiro ofendido.

O estado de necessidade constitui a terceira e última classe de situações que afastam ou diminuem a responsabilidade estatal, pois traduz hipótese em que prevalece o interesse coletivo sobre o

individual. Sobre o tema consulte-se o magistério de Brandão Cavalcanti⁵⁵.

Com efeito, é o nexos causal que determinará, em todas as situações elencadas, as causas excludentes ou atenuantes e a responsabilização do Estado. Como mencionado, se na relação de causalidade não existir a participação da atividade do Estado na produção do dano, não há e nem pode haver indenização pelo poder público, por ausência de indispensável pressuposto.

9 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO NA CF/88

Sedimentada a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira, principalmente em razão dos mandamentos constitucionais a partir das Constituições de 1946 e 1967, suscitava-se com alguma controvérsia o posicionamento em relação ao assunto das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Se a dificuldade em estabelecer contornos à expressão “serviço público” sempre atormentou os estudiosos de Direito Administrativo, pairava, por igual, crucial indagação a propósito do estabelecimento do nexos causal entre o dano e a participação do poder público. Isto porque, ao agir em nome próprio, por sua conta e risco, as pessoas jurídicas de direito privado não eram abrangidas pelo teor do art. 194 da Constituição Federal de 1946 e nem pelo art. 105 da Constituição de 1967, posteriormente, art. 107, da Emenda Constitucional 1 de 1969.

A Constituição vigente, promulgada em 05.10.1988, a par das notáveis conquistas sociais que fez expargir, ao modificar a redação que já vinha perdurando desde 1946, alterou sensivelmente a tratativa do tema.

De fato, o § 6º do art. 37 da Constituição Federal dispõe:

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 ter-

⁵⁵ Tratado de direito administrativo. 3. ed. 1955. V. 1, p. 422.

ceiros, assegurado o direito de regresso contra o servidor nos casos de dolo ou de culpa.

O dispositivo constitucional alargou incomensuravelmente o campo de apreciação da responsabilidade objetiva, estendendo-a às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público. O estudo do tema frente à nova postura, objetivando uma fixação de critérios, é, no mínimo, perigoso e no geral fascinante.

Abstraindo-se a destinação do texto em relação às Entidades Federativas (União, Estados e Municípios) e às Autarquias, dotadas de personalidade jurídica de direito público, a preocupação concentra-se em ingressar nos tortuosos caminhos que se oferecem a partir da análise da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (de um modo geral empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, concessionárias, permissionárias e autorizadas).

De plano, valerá notar que certas pessoas jurídicas de direito público, como a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Regional de Medicina, hoje classificadas como Autarquias Corporativas, não possuem a função precípua e exclusiva de prestação de serviço público, embora também o executem sob diversos aspectos, estando, portanto, isentadas da responsabilização objetiva sempre que a sua atuação não caracterizar a prestação de misteres públicos.

Pelo texto anterior, a generalização da extensão da responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público gerava imprecisões de interpretação, culminando muitas vezes por considerar objetiva a responsabilidade de determinadas Autarquias que não tinham por escopo a prestação de serviços públicos. Parece que nestas condições o Constituinte, ao corrigir antiga distorção, evitou interpretações equivocadas e despidas de juridicidade.

Do mesmo modo, é conveniente aprofundar no tema alusivo à responsabilidade subsidiária do Estado em face ao dano produzido pela empresa privada prestadora de serviço público, por ser matéria diretamente ligada ao tema central e por constituir mais uma forma de garantia do cidadão na satisfação do seu prejuízo.

Curial, pois, a análise dos aspectos jurídicos da imputação da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado em exercício de função pública, e de sua implicação na reparação do dano proveniente de tal atividade.

9.1 A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público

9.1.1 Agentes delegados

Agentes delegados são aqueles que exercem uma função pública ou prestam serviços públicos em regime de colaboração com a Administração visando a uma contraprestação. São nomeados, designados ou contratados, outorgando-se-lhes uma delegação de função, ofício ou serviço.

Tais agentes colaboram com a Administração, exercendo funções públicas das mais variadas, embora não prescindam de um vínculo jurídico com o Ente Estatal. Todavia, o Estado apenas transfere o exercício de sua competência, mas não a titularidade do serviço público, que continua sendo público.

O exercício da função ou atividade delegada rege-se por atos administrativos que os ligam ao Poder Público ou por contratos estabelecendo cláusulas e obrigações entre as partes, sendo certo que, no caso, a responsabilidade do Estado é subsidiária, devendo tais agentes responderem civilmente, *a priori*.

Nesse sentido, César Chavez sinteticamente define a atividade do agente delegado de forma inversa, por meio da ótica do Ente Estatal:

El Estado puede ejercer determinadas actividades que son de su competencia, por si o a través de terceros. Cuando a éstos sólo le transfiere el ejercicio de su competencia, mas no la titularidad, estamos en presencia de una delegación que se há conceptualizado como 'delegación transestructural de cometidos.

Convém asseverar que a subsidiariedade deve-se ao fato de a função ou atividade delegada consistir em obrigação originária do Estado, e, portanto, de responsabilidade deste, ainda que em última instância. O particular não pode ver-se afrontado em seus direitos por ato de agente delegado e não ser indenizado, competindo ao Estado, em caso de insolvência deste, proceder à reparação.

Quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, é necessário, antes da análi-

se da extensão do dispositivo constitucional em relação às atividades por estas desenvolvidas, lembrar a lição de José Cretella Júnior:

Regra geral, a atividade econômica é impulsionada pelo lucro, sendo este a força motriz da iniciativa do particular. A não ser na hipótese, toda especial, em que a atividade econômica se identifica com o serviço público (pois que tais noções, na maioria dos casos, não são excludentes), caso em que a sociedade de economia mista é Administração Indireta, nas demais formas de exploração, quando a atividade econômica é puro e inequívoco serviço privado objetivando lucro, a sociedade de economia mista é concorrente da empresa privada⁵⁶.

O autor estende às empresas públicas o seu lúcido modo de pensar.

Concordando com o ilustre tratadista, parece que tanto as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo poder público, quanto os chamados Entes Estatais de Cooperação que ostentam personalidade jurídica de direito privado, salvo exceção ainda não detectada, sempre prestam, com maior ou menor intensidade, serviço público (entendida a expressão em sentido amplo). As duas primeiras Entidades quando a atividade econômica identifica-se com o serviço público; a última quando o objetivo de sua instituição é caracterizar a prestação de um serviço público.

Como assinalado, o art. 37, § 6º, da Constituição precisou o alcance exato da responsabilidade civil do Estado, ao taxativamente incluir sob a responsabilidade objetiva as empresas privadas prestadoras de serviços públicos.

O preceito foi esclarecedor ao definir que somente aqueles atos praticados no exercício da função pública é que seriam objeto de responsabilidade objetiva, até porque a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público não está vinculada somente ao cometimento do Estado, podendo travar negócios de natureza privada. Ou seja, em suas relações particulares, ela não pode ser obrigada a se submeter a um regime de direito público.

⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**, V. 1, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 93.

Logo, ditas empresas, inobstante sua estrutura organizacional, ao exercerem cometimentos do Estado (delegações, concessões, por exemplo) respondem objetivamente apenas pelos atos que seus prepostos pratiquem no exercício do *munus* público. Toda e qualquer atividade danosa desvinculada de tal fim deve ser reparada pela via do direito civil, não se impondo a responsabilidade objetiva.

A lógica de tal imputação deve-se à circunstância de que a atividade é estatal e apenas foi transferida por delegação ou concessão, porém conservando seu caráter originário. Até porque não constituiria medida de justiça que a simples delegação de serviço, por si só, eliminasse a responsabilidade objetiva do Estado.

Se tal sucedesse, estar-se-ia diante de verdadeira fraude à Constituição, pois a transferência do serviço público para a pessoa jurídica privada, bastaria para que o poder público se esquivasse do cumprimento do comando constitucional. Além de séria ofensa ao princípio da legalidade, consistiria em gravame ao direito subjetivo do cidadão à reparação pelos prejuízos sofridos por si, sofridos em face de uma atividade própria do poder público.

Desta forma, o dano causado em função dessa atividade – ainda que exercida pelo setor privado – deve ser reparado com o mesmo rigor que aquele originado do Poder Público, vale dizer, objetivamente.

Resta ainda ressaltar que, em se tratando de concessão de serviço público, existem duas relações jurídicas diversas, como informa Lúcia Valle Figueiredo⁵⁷, a existente entre o poder concedente e o concessionário, que se rege pelo disposto no contrato de concessão, e a que interessa em matéria de responsabilidade civil, existente entre o concessionário e o usuário de serviço público.

Nesta última relação, há incidência de responsabilidade objetiva, respondendo o concessionário por danos decorrentes do serviço por ele executado e concernente à atividade delegada. Isso porque é o usuário detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública, mesmo sendo esse serviço prestado por terceiros que não o Estado.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 243.

Esta é a posição de César Chavez:

En el punto anterior se hizo referencia a la relación que se establece entre la Administración y un tercero en virtud de la delegación. Pero, si tal delegación permite que un tercero lleve a cabo un cometido público que antes gestionaba aquélla directamente, nos aparece aquel sujeto en virtud del cual se justifica la publicatio: el usuario. El es el beneficiario de la prestación, y quien tiene frente a cualquiera que ostente el poder jurídico de ejercer servicio público (continuidad, igualdad, regularidad, generalidad, uniformidad, obligatoriedad). La delegación operada no modifica la posición del usuario; éste debe seguir gozando del servicio. Como explica Barra, la publicatio tiene la finalidad de garantía en beneficio de los administrados y la delegación no modifica tal status. De tal modo, la relación entre delegado y usuario respecto al objeto principal de la delegación se rige por normas de derecho público.

Esse especial modo de vinculação entre o usuário e o concessionário deriva da própria relação orgânica decorrente da natureza e finalidade da delegação, de mister público. A consequência não pode ser outra: o concessionário deve prestar o serviço de forma ideal, posto que o serviço reveste-se de caráter público, assim como deve responder pelo dano objetivamente, por igual razão.

Convém frisar que o núcleo gerador da responsabilização objetiva, no caso em apreço, não pode ser outro, senão o caráter público do serviço, o exercício de atividade pública, de serviço público.

Nesta linha de raciocínio, é permitido concluir que a cogência da determinação constitucional aplica-se às entidades antes referidas, quando o dano for constatado em razão do exercício de uma atividade revestidora da característica de serviço público. Se, de modo diverso, a atividade em análise não configurar prestação de serviço público, seria a entidade dispensada da responsabilização objetiva, respondendo ao dano de conformidade com o art. 159 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

9.2 A responsabilidade subsidiária do Estado por ato das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público

Com a evolução das comunidades e o significativo aumento das sociedades organizadas, as atividades do Estado aumentaram consideravelmente, impondo-se a descentralização, assim como a transferência para terceiros, ora para melhor atender ao cidadão, ora pela circunstância de o Estado não reunir condições de executá-las.

Cogita-se neste tópico da responsabilidade subsidiária do Estado em função de atos que estes terceiros ou seus prepostos praticaram no exercício de atividade pública.

Como analisado, a Constituição evoluiu na matéria, igualando, para efeito de responsabilização civil, a pessoa jurídica de direito público com aquela que ostenta personalidade jurídica de direito privado, desde que prestadora de serviço público.

No entanto, resta a questão: e na omissão da pessoa jurídica delegada, o Estado responde, ainda que subsidiariamente?

Em se tratando de um Estado Democrático de Direito e de uma sociedade organizada sob tal primado, não há como negar o dever do Estado de subsidiariamente responder pelo dano.

O interesse que deve ser protegido por força do comando constitucional é o do usuário de serviço público, melhor dizendo, do cidadão contribuinte, legítimo detentor do direito público subjetivo de ser ressarcido, pela natural repartição dos encargos sociais. Não se pode olvidar que se o dano existiu em função do *munus* público, e se seu caráter é anormal e especial, a responsabilidade objetiva persiste, e o Estado responde subsidiariamente, com base nos mesmos fundamentos que o levam a responder quando se trata de ato derivado de atuação direta do Poder Público.

Com inteira razão Juarez Freitas adverte que as concessionárias e permissionárias de serviço público não são pessoas jurídicas como outras quaisquer. Apresentam-se parcialmente publicizadas, embora menos que as sociedades de economia mista e as empresas públicas⁵⁸.

⁵⁸ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47.

Se a simples delegação não constitui fator impeditivo ao concessionário de responder objetivamente, dada a pública natureza da função, desarrazoado seria inferir que o poder concedente, o detentor da função pública, não respondesse de forma subsidiária, se aquele se esquivasse ou não pudesse, em face de insolvência, arcar com o ônus.

O Estado é detentor de suas potestades com o exclusivo fim da busca do bem comum e do interesse público, não podendo permitir que se ofendam princípios basilares do ordenamento e da Constituição. A reparação deve ser efetuada, ainda que subsidiariamente. Afinal, foi o Estado que colocou nas mãos do particular o exercício da atividade pública que lesionou o cidadão.

Esse posicionamento foi de forma singular defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme transcrição de Cahali:

*É razoável, então, concluir que os danos resultantes de 'atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço', ainda que realizado de modo faltoso, acarretam, no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária do poder concedente. O fundamento dela está em que o dano foi efetuado por quem agia em nome do Estado e só pode ocorrer em virtude de estar o concessionário no exercício de atividade e poderes incumbentes ao concedente*⁵⁹.

Reparado o dano, o Estado deve regressivamente acionar a pessoa jurídica de direito privado para reaver os valores despendidos na indenização ao usuário. Ademais, o próprio ordenamento jurídico impõe tal reparação, como se depreende do *caput* do art. 22 e parágrafo único do Código do Consumidor⁶⁰, onde existe determinação legal do Estado ou de suas concessionárias e permissionárias (responsabilidade subsidiária) para a prestação de serviço eficiente, seguro, contínuo e para reparação em caso de dano.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 80.

⁶⁰ **Art. 22.** *Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.*

Parágrafo único. *Nos casos de descumprimento total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.*

Saliente-se, por fim, que, como a própria expressão está a referir, a responsabilidade do Estado em tal caso é subsidiária, só existindo o dever de reparação pelo ente estatal se o responsável originário (pessoa jurídica de direito privado) não puder cumprir com a obrigação de reparar o dano.

10 REFERÊNCIAS

- CAHALI, Yusef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**, p. 2.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**, v. 1. 5. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 311-312.
- “Constituição da Itália de 27.12.1947, alterada em 09.02.1963, 21.06.1967 e 22.11.1967”. Obra: **Constituições de Diversos Países**.
- CRETILLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**, v. 1, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 93.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. São Paulo: RT, p. 118.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 508 e 409.
- FALCÃO, Alcino Pinto. *Op. cit.*
- FALCÃO, Alcino Pinto. **Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de direito público**, RDP 11/45.
- FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, p. 591.
- GRACIELA, Maria. **El derecho administrativo hoy**. Editorial Ciencias de la Administración – División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 1996, p. 224.
- La Responsabilità della Pubblica Amministrazione**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 155.
- MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**, p. 302.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 12.ed. São Paulo: RT, p. 550.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 1, n. 116, p. 394.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil do Estado**. Seleções Jurídicas ADV, p. 1.
- Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, p. 58.
- “Responsabilidade Civil do Estado”. **Revista Forense**, 145/18.
- TRUJILLO, Rafael Durañ. **Nociones de responsabilidad civil**. Bogotá: Themis, 1957.
- VEDEL, Georges. **Droit administratif**. 7. ed. Ed. Themis, 1980.

