

Responsabilidade extrapatrimonial do estado por atos da administração

State Extra-Patrimonial Liability for administrative acts

Andréa Albuquerque Lopes Bezerra

*Bacharela em Direito Pela Universidade de Fortaleza,
Pós-Graduanda em Direito Empresarial pela Universidade
de Fortaleza – UNIFOR.*

Resumo

O presente trabalho trata da responsabilidade civil do Estado em um aspecto geral, tendo como ponto extremo a teoria do risco social, também denominada risco administrativo.

Palavras-chave: *Responsabilidade do Estado. Agente Público. Direito de Ação Regressiva.*

Abstract

The present article deals with the State's civil Responsibility, analyzing the theory of the social risk, also called administrative risk.

Keywords: *State's civil Responsibility. Social risk. Administrative risk.*

Introdução

Hoje podemos afirmar que reina entre nós o princípio da responsabilidade do Estado, que é uma decorrência inevitável do Estado de Direito. Contudo, nem sempre foi assim, sendo bastante recente atribuir-se ao Estado, quando este atua, por vezes, causando danos aos administrados, a obrigação de reparar esses danos, ou seja, restabelecer o equilíbrio antes havido.

A responsabilidade estatal tem fundamento no princípio da isonomia, portanto deve haver igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos, pois, se em razão da atividade administrativa, somente alguns particulares sofrerem danos especiais e anormais, existiria um desequilíbrio na distribuição do ônus público; se somente eles agüentassem o peso daquela atividade, sendo imprescindível ressarcir os lesados à custa dos cofres públicos, para que se tente restabelecer o equilíbrio antes havido.

O Estado é pessoa jurídica de direito público, que age por meio de seus representantes, logo é a pessoa física destes quem, eventualmente, executa o ato ilícito gerador do prejuízo à vítima, ou seja, o Estado não possui vontade nem ações próprias,

porquanto manifesta-se por meio dessas pessoas físicas; por conseguinte, a relação entre a vontade e a ação do Estado e a de seus representantes, também denominados de agentes, é de imputação direta dos atos destes agentes ao Estado, por isso tal relação é orgânica.

Não se incluem no campo da responsabilidade do Estado casos que a norma jurídica permite à Administração Pública investir diretamente contra o direito de terceiros, por exemplo: a desapropriação.

A Constituição Federal de 1988 acolheu a responsabilidade objetiva do Estado, inserindo o relevante tema no capítulo concernente à Administração Pública, em que, no art. 37, parágrafo 6º, expõe, *in verbis*:

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

Concluimos que basta a ocorrência do dano, causada por ato lesivo ou injusto e resultante da atuação administrativa, independente da culpa, para que o Estado esteja obrigado a ressarcir o prejuízo

experimentado pela vítima. Nesse sentido, define Medauar² a responsabilidade civil do Estado como: “a obrigação imposta ao Estado para reparar danos a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões”.

1 Responsabilidade e a Abnegação do Direito

A responsabilidade da Administração Pública só existe quando alguém viola um direito alheio, portanto, se não houver violação, mas sacrifício de direito previsto e autorizado pelo ordenamento jurídico, não podemos falar em responsabilidade do Estado.

Eventualmente, para que haja a satisfação de um interesse público, faz-se necessário que o particular renuncie a um direito seu, em favor de um direito maior, qual seja, o da coletividade. A norma prevê que o interesse público prevalece sobre o privado, sem, contudo, ignorar a proteção do interesse privado a ser atingido. Daí estabelece-se um dever de indenizar àquele que teve seu direito imolado, para que outro interesse maior seja realizado. Exemplo: para construir, ou até mesmo, ampliar rodovias, o Poder Público desapropria terrenos de particulares, realizando indenizações. Nesse sentido, De Mello³ faz a seguinte diferenciação entre indenização e ressarcimento:

Não podemos falar em responsabilidade do estado por atos da Administração Pública, quando através do Poder que a ordem jurídica lhe concede, esta age, sacrificando um direito de outrem, já que nessa hipótese teremos um caso de indenização. Contudo, quando o Estado se vê obrigado a reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, haverá então, a obrigação de ressarcimento para o estabelecimento do equilíbrio violado.

2 Desenvolvimento Progressivo da Responsabilidade por Atos da Administração

A responsabilidade civil do Estado já recebeu diversos tratamentos ao longo da evolução da sociedade. Inúmeras teorias têm sido elaboradas, não havendo dentro de um mesmo direito uniformidade de regime jurídico, que abranja todas as hipóteses.

No sistema anglo-saxão prevalece os princípios de direito privado; em outros, como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico.

Durante muitos séculos prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado. Depois esta evoluiu para a responsabilidade subjetiva vinculada à culpa, sendo esta ainda atualmente aceita em algumas hipóteses. Posteriormente a teoria subjetiva passou por transformações gradativas chegando à teoria da responsabilidade objetiva, conforme as normas impostas pelo direito positivo.

Antes de examinarmos cada uma das teorias (teorias da irresponsabilidade; teorias civilistas e teorias publicistas) é importante ressaltar que não existe uma única linha de terminologia entre os autores que tratam sobre o tema.

Analisando autores como: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Lúcia Valle Figueiredo, Hely Lopes Meirelles, Walter Gaspar, Diógenes Gasparini, R. Friede, Celso Ribeiro Bastos, José Cretella Júnior, Edgar Carlos de Amorim, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, entre outros, percebemos que alguns chamam culpa civil, outros de culpa administrativa; alguns ainda consideram como hipóteses diversas a culpa administrativa e o acidente administrativo; há ainda autores que subdividem a teoria do risco em duas modalidades, a saber: risco integral e risco administrativo. Por isso, diante da dificuldade em expor esse tópico, escolhemos a colocação que faz Di Pietro⁴ sobre as teorias que compreendem o tema.

1. Teoria da irresponsabilidade, foi adotada na época dos Estados Absolutos e repousa na idéia de soberania (...) Exerce o Estado a tutela do direito, daí os princípios de que o rei não pode errar (*The King can do no wrong; lê roi ne peut mal faire*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível do súdito, desrespeitando a sua soberania (...).

2. Teoria civilista, no século XIX a tese da irresponsabilidade ficou superada. Ao admitir-se, inicialmente, a responsabilidade do Estado, os princípios do Direito Civil eram os adotados, apoiados na idéia da culpa, daí falar-se em teoria civilista da culpa. (...) Logo percebemos, que havia uma distinção entre a pessoa do rei que praticava os atos de império, da pessoa do Estado que praticaria atos de gestão, através dos seus pressupostos. Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria (...). Mesmo quando afastados as imprecisas distinções, sustentava-se que a responsabilidade somente decorria da comprovação da culpa, teoria da culpa civil ou da

² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 401.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 655.

⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, p. 549.

responsabilidade subjetiva. O Código Civil adotou tal teoria no art. 43.

3. Teorias publicistas (ou de direito público), afirmam que a responsabilidade civil do Estado independe da existência da culpa do agente ou do próprio Estado; basta que se comprove a falha na prestação do serviço público ou o reconhecimento de que algumas atividades não são dissociadas da possibilidade de causar danos (...).

2.1 Teorias publicistas explicativas da responsabilidade civil do Estado

A – Teoria da Culpa Administrativa (ou culpa no serviço, culpa anônima do serviço).

A teoria da culpa administrativa significa a primeira etapa de transição entre a doutrina subjetiva da responsabilidade (fundada na **culpa**) e a tese objetiva da responsabilidade (fundada no **risco**).

A falta do serviço passa a ser suficiente para a responsabilidade, mesmo que não seja possível a individualização do agente. Ocorre a culpa do serviço ou falta de serviço quando não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou atrasado. Portanto, essa é a tríplice modalidade que apresenta e se traduz em uma ligação entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e responsabilidade objetiva mencionada na Constituição Federal.

No entanto, a responsabilidade por falta do serviço, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, não é modalidade de responsabilidade objetiva. Para este doutrinador, a responsabilidade por falta do serviço está baseada na culpa ou no dolo, portanto é de natureza subjetiva. Acrescenta, ainda, que mesmo que possa ser presumida a falta do serviço, havendo a impossibilidade de comprovação, a responsabilidade será subjetiva, já que o sujeito experimentou o dano e terá que provar a inadequação do serviço devido ou prestado pelo Estado. Sedimenta seu pensamento:

Nem todo funcionamento defeituoso do serviço acarreta responsabilidade, pois, para se caracterizar a falta, deve-se levar em conta a diligência média que se poderia legitimamente exigir do serviço. Também é sabido que culpa relacionar-se com negligência, imprudência ou imperícia. Logo, a responsabilidade por falta do serviço é indubitavelmente, responsabilidade subjetiva⁵.

B – Teoria do risco administrativo

A teoria do risco administrativo é a teoria adotada pelo Brasil para caracterizar a responsabilidade civil

da Administração Pública; ainda que no sentido marginal, a legislação brasileira também admita, com certa medida, as demais teorias. A justificativa para a adoção da teoria do risco administrativo repousa na solidariedade social, segundo a qual todos devem de forma eqüitativa contribuir para a reparação dos danos causados pela atividade administrativa.

Para que haja a responsabilização, basta que ocorra um dano causado por um ato lesivo e injusto, não importando a culpa do Estado ou de seus agentes, pois seu fundamento está no risco que a atividade administrativa gera necessariamente, e traz como pressupostos: a) a existência de um ato ou fato administrativo; b) a existência de dano; c) a ausência de culpa da vítima; d) o nexo de causalidade. Comenta Márcio Fernando Rosa⁶ que: “O risco administrativo não autoriza o reconhecimento inexorável da responsabilidade civil do Estado, admitindo formas de exclusão (culpa da vítima, ausência do nexo causal, força maior) ao contrário da teoria do risco integral”.

C – Teoria do risco integral

A teoria do risco integral é aquela que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento, não levando em consideração a culpa da vítima na produção do evento danoso nem cogitando o levantamento de provas que visem a elidir essa responsabilidade. Por conseguinte, para caracterizar a responsabilidade do Estado, basta que este esteja envolvido no ocorrido. Explica Friede⁷ acrescentando:

A teoria do risco integral, como o próprio nome sugere, é a modalidade extrema das chamadas modernas teorias objetivas que cuidam da responsabilidade civil do Estado. Segundo essa teoria a Administração Pública está obrigada a suportar, através de indenização, todo e qualquer dano originário de fato ou ato administrativo, independente da existência de culpa (concorrente ou exclusivo) ou mesmo de dolo por parte da vítima.

3 O Fundamento da Responsabilidade do Estado

O princípio fundamental em que repousa a teoria do risco administrativo é o princípio da igualdade do ônus e encargos sociais, que por sua vez articula-se como princípio da justiça distributiva, o qual ordena a repartição entre todos dos prejuízos que iriam incidir sobre um só, pois tanto o prejudicado como toda a coletividade pagam tributos.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *op. cit.*, p. 665.

⁶ ROSA, Márcio Fernando. *Direito Administrativo*, p. 166.

⁷ FRIEDE, R. *Lições Objetivas de Direito Administrativo*, p. 193.

O Estado indeniza porque praticou um ato ilícito (descumprindo a lei), cujo fundamento é a própria violação da legalidade ou por causa de um ato injusto, embora lícito. Portanto, o fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado é bipartido, conforme seja, ela decorre de atos lícitos ou ilícitos.

Contudo, a justificativa mais óbvia para a responsabilização do Estado é por prática de atos ilícitos, pois, em um Estado de Direito, não é possível permitir a infração de um preceito legal, sem que isso incorra na conseqüente sanção. A prática de um ato injusto, embora fruto de um comportamento legal, faz perceber que a atuação do Estado acaba por fazer incidir sobre uma ou algumas pessoas, bem individualizadas, um ônus cuja contrapartida é um benefício que aproveita toda sociedade. Em conseqüência do exposto, afirma José Cretella Júnior⁸:

O Estado deve ressarcir o prejuízo causado, porque o particular não vai sofrer sozinho estes danos causados, próximos ou remotamente, quer por pessoa que pertença a seus quadros, quer por coisa que pertença ao seu patrimônio, quer pelo funcionamento errado, lento, quer pelo não funcionamento do serviço público.

4 Sinopse da Responsabilidade do Estado no Direito Positivo

A idéia da responsabilidade do Estado é uma conseqüência lógica da noção de Estado de Direito. Logo, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito. No Estado brasileiro, a teoria da irresponsabilidade nunca foi acolhida, pois desde as Constituições de 1824 e 1891 já era prevista a responsabilidade dos funcionários públicos pelos abusos ou omissões praticados no exercício de suas funções, e até mesmo as próprias leis ordinárias e a jurisprudência da época também previam a solidariedade do Estado para com estes.

O Código Civil Brasileiro de 1916, em seu art. 15, acolheu a doutrina subjetivista dominante em sua época, nunca admitindo a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilidade do Estado.

A Constituição Federal de 1934, no art. 171, previa a responsabilidade solidária da Fazenda Pública e dos funcionários, caso estes agissem com negligência, omissão ou abuso; se a Fazenda fosse executada teria direito de regresso contra o funcionário que tivesse produzido o dano. O mesmo critério foi

adotado pela Constituição Federal de 1937 no art. 158.

Permaneceu entre nós a doutrina subjetiva, embora insatisfatória, até a Constituição de 1946 ser promulgada e acolher no art. 194 a teoria objetiva do risco administrativo, revogando, em parte o art. 15 do Antigo Código Civil. O art. 194 estabelecia que as pessoas jurídicas de direito público interno eram civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários causassem a terceiros, tendo direito de ação regressiva contra os infratores.

Semelhantes foram os seguimentos apresentados pela Constituição Brasileira de 1967 no artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo. Na Emenda nº 1, de 1969, a norma foi mantida no artigo 107.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, parágrafo 6º, trouxe uma harmonia para os postulados da responsabilidade civil da Administração Pública em relação às exigências da sociedade contemporânea, em face do complexo mecanismo do Poder Público, que cria riscos para os seus Administrados e o amesquinha nas demandas contra a Fazenda Pública, pela hipertrofia dos privilégios do Estado. Sobre isso comenta Bastos⁹:

O art. 37 em seu parágrafo 6º da Constituição Federal veio encerrar anterior controvérsia doutrinária ao acrescentar, além das pessoas de direito público, as de direito privado, prestadoras de serviços públicos como responsáveis pelos danos causados por seus agentes a terceiros. Refletindo, com isso, que o regime jurídico da prestação do serviço público é uno; não importando quem desempenhe tal atividade.

Dessa forma, o art. 43 do novo Código Civil, seguindo a Constituição Brasileira de 1988 estabelece, *in verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

5 As Pessoas que Expõem a Perigo o Estado no Exercício de suas Atividades

A regra constitucional menciona duas categorias de pessoas sujeitas à responsabilidade objetiva: as pessoas jurídicas de direito público, entre elas as que compõem a Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica e direito privado

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, p. 346.

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, p. 190.

que prestam serviços públicos. O objetivo do constituinte foi o de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público àquelas que, embora com personalidade jurídica de direito privado, se dedicam à prestação de serviços públicos. Entretanto, pode-se, a princípio, considerar como classificadas nessa categoria as pessoas privadas da Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mistas e fundações públicas com personalidade de direito privado), os concessionários e permissionários de serviços públicos expressamente referidos no art. 175 da Constituição Federal de 1988, como é o caso das empresas de transporte coletivo, de distribuição de energia elétrica, telefônica e coleta de lixo. Esclarece com muita propriedade José dos Santos Carvalho Filho¹⁰:

As pessoas privadas que se enquadram no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal devem prestar os serviços de forma delegada pelo Poder Público, sendo necessário que haja um vínculo jurídico de direito público entre o Estado e seu delegatário. Assim sendo, algumas pessoas privadas só aparentemente prestam serviços públicos, mas como o fazem sob regime de direito privado, sem qualquer elo jurídico típico com o Poder Público, não estão inseridas na regra constitucional. Estando fora do dispositivo também as pessoas privadas que exercem atividades comerciais e industriais, porque inexistem qualquer relação de direito público entre elas e o Poder Público. Entende também, que as pessoas de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos) estão sujeitas à responsabilidade objetiva atribuída ao Estado. Sua atividade possui caráter eminentemente social, podendo considera-se que se qualifica como serviço público. Além do mais, têm vinculado como Estado, porquanto foi este que fez editar as respectivas leis autorizadoras da criação das entidades e as vincula à seus objetivos institucionais, obrigando-as, inclusive, à prestação de contas em razão dos recursos que auferem, decorrentes do recolhimento de contribuições compulsórias.

O Estado é a pessoa jurídica, portanto não pode causar dano a ninguém. Porém o Estado está subordinado à lei, ou seja, tem que cumprir os ditames da lei, e o faz por meio de seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real, e esta vontade real é imputada ao Estado. Logo, o Estado responde pelos danos que seus agentes no exercício de suas atividades causarem a terceiros.

Ao utilizar a expressão *nessa qualidade* no art. 37, parágrafo 6º da Magna Carta de 1988, o relator determinou que o Estado só pode ser responsabilizado

se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, esteja se conduzindo a pretexto de exercê-las. Por conseguinte, se causar um dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil. À mesma idéia filia-se Meirelles¹¹:

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo *agente*, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da relação de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou 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, atual, fora ou além de sua competência Administrativa.

6 Dano Indenizável

Para que seja indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja certo, vale dizer, não apenas eventual, possível, podendo ser tanto atual como futuro, desde que seja certo, real e que englobe o que se perdeu e o que se deixou de ganhar. Também deverá possuir a característica de especial e anormal. Especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, mas disseminado pela sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas. Entende-se por dano anormal como sendo aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. Viver em sociedade implica aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravantes econômicos, a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, em escala variável e dependente de fatores circunstanciais. Com efeito, expõe de forma ordenada Gasparini¹²:

O dano só é reparável pela Administração Pública causadora do evento danoso se for *certo* (possível, real, aferível, presente exclui-se, pois, o dano eventual, i.e., o que poderá acontecer), *especial* (individualizado, referido à vítima, pois, se geral, configura ônus comum à vida em sociedade, *anormal* (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), *referentes a uma situação protegida pelo Direito*

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 370.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes, p. 627.

¹² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, p. 805.

(incidente sobre uma atividade lícita; não são protegidos, por exemplo, os danos decorrentes da destruição de uma plantação de maconha) e *de valor economicamente apreciável* (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório).

6.1 Danos morais

Por meio da Constituição de 1988, o ressarcimento do dano moral era quase de todo impossível. Mesmo quando isso se dava, tinha como fundamento os danos materiais advindos do agravo moral. A reparação do dano moral é complexa. Sobre isso comenta Friede¹³:

A identificação do prejuízo moral nem sempre é fácil, porque, na maioria das vezes, este se entrelaça com os prejuízos patrimoniais, oriundos do mesmo fato danoso. Assim, os eventos cotidianos, como a morte do chefe de família, a difamação de profissional e a deformação no rosto de atriz, de manequim, de atores, ocorre dano moral (traduzido pelo dano no afeto, no amor próprio, ou no sentimento estético), estando a ele ligado o dano patrimonial, mensurado, por seu turno, através da privação total, ou pelo menos, na sensível diminuição da renda efetiva das atividades próprias da vítima.

O Estado ao agir pode violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, estando igualmente obrigado a reparar o dano moral. Percebe-se, por conseguinte, que o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal não restringe o dever de indenizar às pessoas privadas, mas obriga também ao Estado, devendo este sempre agir com cautela. Conforme elucida De Mello¹⁴:

Não configura dano moral providências legítimas, embora às vezes constrangedoras, como a revista, desde que efetuada sem excessos vexatórios, por agentes policiais ou alfandegários em alguma pessoa, seja por cautela, seja por suspeita de que porta consigo arma, bem ou produto que não poderia postar ou que, na circunstância, ser-lhe-ia defeso trazer consigo.

O dano moral não precisa ser necessariamente recomposto mediante uma indenização em dinheiro. O importante é que se estabeleça a ordem sócio-jurídica lesionada. Apesar da dificuldade em se mensurar o *quantum* não poderia ser obstáculo a sua reparação, o fato de não ser possível medir, como por exemplo: as lágrimas derramadas pelo sujeito que experimentou a ofensa, pois a indenização, ainda que possa ser simbólica, será a desafronta no Estado de Direito.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990) da mesma forma traz no capítulo III sobre o Título dos Direitos Básicos do Consumidor, uma hipótese específica que também obriga a reparação por dano moral em seu art. 6º, inc. VI, in verbis: “art. 6º são direitos básicos do consumidor: (...) VI – A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (...)”.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça emanou a Súmula 227 reconhecendo que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Logo, não só a pessoa física, mas também a pessoa jurídica, pode vir a pedir ressarcimento por danos sofridos.

6.2 Danos decorrentes de obras públicas

A responsabilidade do Estado oriunda de danos provocados por obras públicas realizadas por empreiteiras privadas contratadas apresenta as seguintes tendências: a) pelo fato da obra, isto é, pela existência da obra, responde somente a administração, por exemplo: obra pública que impede acesso à garagem; b) por dolo, negligência, imprudência, imperícia da empreiteira na construção, a responsabilidade é solidária, da Administração Pública e da empreiteira, podendo a vítima escolher quem vai acionar ou acionar ambas. A essa mesma idéia filia-se Gasparini¹⁵:

O dano causado por **Obra Pública** (por exemplo, um viaduto que desaba) gera para a Administração a mesma responsabilidade objetiva estabelecida para os serviços públicos. Embora a **Obra Pública** seja um Fato Administrativo, deriva de um ato administrativo de servidor que ordena sua execução e acompanha a mesma. Essa responsabilidade do Estado está presente ainda que a obra seja executada por empreiteiro particular por ordem do Poder Público.

Contudo, antes da Carta Constitucional de 1988, a posição majoritária da doutrina defendia simplesmente *in casu* a tese da não-responsabilidade objetiva do Estado, sustentavam essa tese no risco administrativo.

6.3 Danos por ação do Estado

Quando o Estado produz o evento lesivo, aplica-se a responsabilidade objetiva, já que a noção de Estado de Direito reclama a de Estado responsável. Portanto, se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da legalidade

¹³ FRIEDE, R., *op. cit.*, p. 203.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 681.

¹⁵ GASPARINI, Diógenes, *op. cit.*, p. 313.

é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado.

O Estado pode, eventualmente, lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, que seria uma conduta comissiva legítima, na qual não poderíamos pensar em dolo, culpa do serviço ou qualquer outro sinal relacionado à responsabilidade subjetiva. Mesmo assim, o Estado indeniza aqueles que tiveram seu direito sacrificado para a satisfação da coletividade. Porém, em muitos casos, a conduta geradora do dano não é legítima, gerando para o Estado a obrigação de ressarcir o dano oriundo de um ato ilícito. De Mello¹⁶ coloca um resumo explicativo que tipifica as diferentes situações por comportamentos comissivos do Estado.

a) Por comportamentos lícitos;

a.1 *Atos jurídicos* – como, por exemplo, a determinação de fechamento legítimo e definitivo do perímetro central da cidade a veículos automotores, por razão de tranqüilidade, salubridade pública e desimpedimento do trânsito, que acarreta para os proprietários de edifícios – garagem, devidamente licenciados, indiscutível dano patrimonial anormal

a.2 *Atos materiais* – como, por exemplo, o nivelamento de uma rua, procedido com todas as cautelas e recursos técnicos, que, entretanto, pelas características físicas ambientais, implica ficarem algumas casas em nível mais elevado ou rebaixado em relação ao leito da rua, causando séria desvalorização daqueles imóveis.

b) Por comportamentos ilícitos:

b.1 *Atos jurídicos* – como, *verbigratia*, a edição de jornal ou revista.

b.2 *Atos materiais* – o espancamento de um princípio, causando-lhe lesões definitivas.

6.4 Danos por omissões do Estado

O Estado causa danos aos particulares tanto por ação como por omissão. O fato administrativo será comissivo, quando os prejuízos experimentados pelos administrados forem gerados por condutas culposas ou não.

A responsabilidade objetiva do Estado ocorrerá diante da presença dos seus pressupostos – fato administrativo, o dano e o nexos causal. No entanto, quando a conduta estatal for omissa, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Em vista disso, nem toda conduta omissiva retrata uma negligência do Estado em cumprir um dever legal; se assim for,

não se configurará a responsabilidade estatal. Apenas quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar o dano.

Logo, somos fiéis seguidores da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷, pois para nós a responsabilidade do Estado no caso de conduta omissiva só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizem o descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do evento danoso.

Contudo, grande parte dos doutrinadores, entre eles José dos Santos Carvalho Filho,¹⁸ sustentam em seus textos doutrinários a afirmação:

A omissão estatal é sempre caracterizada como conduta culposa, não é menos verdade que a responsabilidade objetiva, sendo *plus* em relação à responsabilidade subjetiva, pode ser sempre aplicável para condutas estatais, ainda que estas sejam revestidas de culpa. Mesmo que culposa a conduta, estarão presentes os pressupostos suficientes para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado.

6.5 Danos dependentes de situações produzidas pelo Estado diretamente propiciatório

O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem os criou e a esses danos se aplica o princípio da responsabilidade objetiva. Nesse caso, a ação danosa não é efetuada por agente do estado, mas é o próprio Estado que produz a situação da qual o dano depende. Cita como exemplo para esse tipo de dano Gasparini¹⁹:

A exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e o exercício, mediante monopólio da pesquisa, da lava, do enriquecimento e reprocessamento, da industrialização e do comércio de minas nucleares e seus derivados, o inc. XXIII do art. 21 da Constituição Federal atribuiu a União esses direitos. Contudo na alínea “C” desse inciso, instituiu a responsabilidade civil por danos nucleares independentes de culpa (responsabilidade objetiva), ou seja, se ocorrer lesões radioativas oriundas de vazamento por avalanche ou qualquer outro fenômeno da natureza, a União deverá ressarcir o dano.

7 Reparação do Dano

A reparação do dano pode ser: amigável pela via administrativa ou judicial. Pela via administrativa,

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 671.

¹⁷ *Id.* *Ibid.*, p. 672.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p.377.

¹⁹ GASPARINI, Diógenes, *op. cit.*, p. 815.

a vítima ou o seu cônjuge, companheiro, herdeiro se dirige à administração mediante requerimento, depois de apurado o *quantum*, para que em sede de procedimento administrativo próprio, que se dá direta e internamente, propor ressarcimento. Trata-se de forma rara de ressarcimento, porque mesmo sendo evidente a responsabilidade, a Administração em geral propõe ressarcimento vil ou simplesmente rejeita o pedido, para que a vítima se dirija à via jurisdicional. A segunda via é a jurisdicional, que se interpõe contra pessoa jurídica de direito público ou privado, prestadora de serviço público, uma ação para se obter a reparação do evento danoso. Acrescenta Medauar²⁰:

Nos casos de abuso de autoridade, a Lei 4.898/65 permite que a vítima acione diretamente o agente, sem prejuízo da Ação contra a Administração. A jurisprudência vem admitindo, ainda, que o autor proponha a ação contra a Fazenda Pública e contra o agente, cumulativamente, num litisconsórcio facultativo.

O art. 37, parágrafo 6º, da Magna Carta de 1988, esclarece que o responsável perante o prejudicado é a pessoa jurídica causadora do dano, tendo esta pessoa jurídica direito à ação regressiva contra o seu agente, que agiu com dolo ou culpa.

Todavia, há muita divergência quanto à aplicação do art. 70, inc. III do Código de Processo Civil, o qual determina a *denúnciação da lide*. Contrários à denúnciação da lide podemos citar: Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini, Celso Ribeiro Bastos²¹, que sustentam os seguintes argumentos para a não denúnciação da lide:

a) Os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor são distintos; b) Necessidade de priorizar o direito da vítima evitando demora no caminhar do Processo pelo ingresso de mais um sujeito; c) O inc. III do art. 70 do Código de Processo Civil refere-se ao garante, não inclui o servidor, no caso de ação regressiva prevista na Constituição.

Diante dessa controvérsia doutrinária, comungamos com a afirmação que Di Pietro²² realiza ao fazer resumo que vem elucidar a polêmica sobre a denúnciação da lide, a qual é a aceita majoritariamente:

1. Quando se tratar de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, denúnciação não cabe,

porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não argüida pelo autor;

2. Quando se tratar de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com argüição de culpa do agente público, a denúnciação da lide é cabível como também é possível o litisconsórcio facultativo (com citação da pessoa jurídica e de seu agente) ou a propositura da ação diretamente o agente.

8 Ação Regressiva

Fixada a responsabilidade do Estado, é realizado o ressarcimento devido ao particular que sofrera a lesão, terá a Administração Pública a possibilidade de regresso em face daquele que causou o dano, que poderá ser agente público ou não.

O direito tem a característica de dever e não está sujeito a prazo prescricional, segundo o art. 37, parágrafo 5º da Constituição Federal. Diante dessa afirmação conclui Márcio Fernando Rosa²³:

O Estado ajuizará a ação regressiva sempre que reunidas provas da culpa dos agentes públicos, buscando reaver tudo quanto tenha sido efetivamente pago pelo dano suportando por outrem. O falecimento, a demissão, a exoneração a disponibilidade ou aposentadoria do agente não obsta as ações regressivas, que pode ser ajuizada e face de herdeiros ou sucessores (art. 122, parágrafo 3º da Lei 8.112/90).

9 A Responsabilidade do Estado e o Código de Defesa do Consumidor

O Estado, quando provoca danos a outrem por atos omissivos, é obrigado a restabelecer o equilíbrio antes existido, por meio de ressarcimento, mas para isso é necessário provar a falta do serviço ou *faute du service*. Contudo, quando tratamos de prestação de serviço público, por força do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1999, o mesmo não acontecerá, quando o caso for de omissão de dever de fiscalizar, ou seja, falta de fiscalização devida. Exemplifica Lúcia Figueiredo²⁴: “Em atividades trespassadas à iniciativa privada, quer seja em decorrência de privatizações ou atribuição dos serviços a concessionários, permissionários ou auto”.

²⁰ MEDAUAR, Odete, *op. cit.*, p. 408.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 692; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 263; GASPARINI, Diógenes, *op. cit.*, p. 808; BASTOS, Celso Ribeiro de, *op. cit.*, p. 200.

²² PIETRO, Maria Sílvia Zanella di, *op. cit.*, p. 561.

²³ ROSA, Márcio Fernando, *op. cit.*, p. 172.

²⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *op. cit.*, p.255.

9.1 O Estado como fornecedor de produtos e serviços

Os órgãos públicos e suas autorizadas são responsabilizados objetivamente, à semelhança das empresas privadas ou particulares, pelo fornecimento de serviços imperfeitos, pela falta de fornecimento de serviços essenciais e pelos danos que daí decorram. É o que determina o art. 22 e seu parágrafo único do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, resultante, ou melhor, produto do princípio da eficiência previsto no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988. José dos Santos Carvalho Filho²⁵ tem o seguinte entendimento sobre esse artigo:

A partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Estado pelo funcionamento dos serviços públicos não decorre da falta, mas do fato do serviço público, ficando evidente que o legislador pátrio acolheu a Teoria do Risco Administrativo. O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor expressamente prevê a responsabilidade independentemente da culpa, portanto objetiva, pelo fato do produto.

Os serviços públicos de que trata o Código de Proteção e Defesa do Consumidor serão somente aqueles denominados de comerciais e industriais, ou seja, aqueles cuja prestação importe em atividade produtiva secundária ou terciária, e cujo funcionamento é permitido graças à quitação de taxas pelo usuário-consumidor, ou mesmo, e mais freqüentemente, por tarifas individualizadas que caracterizam cada vez mais a particularidade da prestação, tais como as de correios, transportes, fornecimento de água e energia elétrica. Afastadas estarão as regras do Código de Defesa do Consumidor se houver gratuidade na prestação de qualquer desses serviços, mesmo que não haja a descaracterização do serviço como público comercial e industrial.

9.2 Consumidor e fornecedor

Consumidor é o destinatário final dos bens ou serviços e seus equipamentos, ou seja, é quem adquire bens ou serviços para seu próprio consumo e não para transferi-lo a terceiros ou para impulsionar atividade econômica. É o que elucida o art. 2º e seu parágrafo único do Código de Proteção e defesa do consumidor, *in verbis*:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo Único. Equipara-se a consumidor a

coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A definição de consumidor é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim lucrativo, quando adquire um produto ou simplesmente utiliza um serviço.

O art. 3º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seus parágrafos primeiro e segundo, prescreve não só a definição de fornecedor como de produto e serviços, os quais, na visão do doutrinador Aramy Dornelles da Luz,²⁶ têm os seguintes conceitos:

Fornecedor é todo aquele que produz ou comercializa produto ou serviço que se destina ao consumo final, seja pessoa física, jurídica ou entes que tenham existência fática.

Produto, grosso modo, é tudo o que seja passível de venda para fins de consumo, que não possa ser confundido com o exclusivo emprego de habilidade.

É serviço é, em esforço de simplificação, exclusivamente a habilidade vendida para consumo, que não esteja contida em eventuais relações de trabalho com vínculo empregatício.

O Poder Público só é fornecedor quando presta um serviço mediante a cobrança de preço, como o fornecimento de água, luz e telefone. Os demais serviços públicos mantidos com a cobrança de impostos não constituem reação de consumo.

10 Responsabilidade Estatal na Ordem Internacional

É importante para terminarmos este artigo traçarmos algumas linhas sobre a responsabilidade do Estado na Ordem Internacional. A responsabilidade no direito internacional surge imediatamente posterior ao evento que proporcionou o dano. Logo que ocorre o esgotamento dos recursos de direito interno, surge o direito formal, a interferência diplomática. Dessa forma, recusar a justiça identificada como infração do dever internacional de proteção jurídica ao estrangeiro ou o esgotamento dos recursos jurídicos proporcionados aos queixosos constituem a verdadeira base da responsabilidade internacional do Estado perante particulares, tendo a obrigação de restabelecer o equilíbrio rompido, por meio de ressarcimento moral e patrimonial, conforme o prejuízo sofrido pelo lesado. Diniz²⁷ acrescenta o seguinte comentário:

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 102.

²⁶ LUZ, Aramy Dornelles da, p. 14.

²⁷ DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado - Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*, p. 567.

O Estado responde, como uma unidade, na ordem internacional, até mesmo pelas normas que promulgam ofensivas aos direitos internacionais reconhecidos, pelas nações, aos estrangeiros, residentes ou não no Brasil, sendo por isso, cada vez mais, menos necessário o recurso à intervenção diplomática. Para pedi-la será mister que o estrangeiro que queixa do dano acarretado por ato de autoridade pública ou de pessoas privadas de outro país lance mão de todos os meios jurídicos, permitidos no país, para tutelar direitos. O princípio acolhido pela maioria dos juristas baseia-se na consideração de que a responsabilidade internacional do Estado perante particulares só ocorre nos casos de denegação de justiça, e esta é mera hipótese, quando o particular não a pedir, valendo-se dos meios jurídicos pelo Estado, incriminados para a satisfação do prejuízo.

Conclusão

Como visto, em termos gerais, a responsabilidade extracontratual do Estado por atos da Administração Pública surge com maior participação, tanto na área social como na econômica do Poder Público. Essa atuação se dá por meio dos seus agentes públicos, nessa qualidade, com intuito de satisfazer as necessidades coletivas e atingir os fins aspirados pelo Estado.

A responsabilidade sobre a qual fizemos a pesquisa é de natureza patrimonial, extracontratual e tem seus fundamentos assentados nos princípios jurídicos republicanos, dos quais decorrem outros, como o da igualdade dos encargos perante a administração pública e o democrático, sob o qual residem os seus sustentáculos, que são os princípios da legalidade, da isonomia e da responsabilidade.

No entanto, o Estado quando atua, por vezes, não consegue evitar a produção de danos particulares, ensejando conseqüentemente o problema da reparação do dano, uma vez que a responsabilidade é a marca do Estado Democrático Contemporâneo.

Ainda que hoje possa afirmar que existe um princípio aceito e respeitado de responsabilidade do Estado, crescendo em sentido contínuo a proteger cada vez mais os interesses privados, todavia isso nem sempre foi assim. É bastante recente a obrigação do Estado de reparar os seus danos, pois houve momentos de absoluta irresponsabilidade por parte do Poder Público.

No Estado brasileiro a teoria da irresponsabilidade nunca foi recepcionada, e até a Constituição Federal de 1946 permaneceu entre nós a doutrina subjetiva, embora insatisfatória. A harmonia para os postulados da responsabilidade civil da Administração Pública chegou com a Constituição Federal de 1988, que adotou a responsabilidade objetiva para o Estado e a subjetiva para os agentes

públicos, nessa qualidade, ou seja, a Carta Magna de 1988 estabeleceu ao Estado a obrigação de reparar os danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões, assegurando o direito de regresso contra o responsável. Logo, não se inclui no dever de reparação por parte do Estado casos que a norma jurídica permite sua ação direta contra o direito de terceiros, pois não houve violação do direito alheio, mas um sacrifício de direito em prol do interesse coletivo.

Para a finalidade deste trabalho, de tamanha importância é esclarecer que o Estado é uma pessoa jurídica de direito público, que age por meio de seus representantes, portanto, é a pessoa física destes que eventualmente pode produzir os danos; e basta a ocorrência do prejuízo causado por ato lesivo ou injusto, resultante da atuação da Administração Pública, independente da culpa e sobre o fundamento da teoria do risco administrativo, para que o Estado esteja obrigado a ressarcir o prejuízo experimentado pela vítima.

Contudo, apesar de não ser a corrente dominante entre os doutrinadores, procuramos seguir os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello e sustentamos o pensamento que a falta do serviço é modalidade de responsabilidade subjetiva, por estar baseada no dolo ou na culpa, sendo necessária a comprovação da falta do serviço, para se caracterizar a responsabilidade do Estado. Assim, o Estado só responderá de forma objetiva nos casos de ação e não de omissão.

Conclui-se, então, que a responsabilidade do Estado, no caso de conduta omissiva, só se formará quando estiverem presentes os elementos que caracterizam o descumprimento do dever legal de evitar a produção ou consumação do evento danoso atribuído ao Poder Público, respondendo o Estado porque tinha o dever de agir e não o fez, constituindo dessa forma a responsabilidade subjetiva, pois terá o lesado de demonstrar a inadequação do serviço devido ou prestado pelo Estado, sendo este o entendimento da jurisprudência mansa e pacífica.

Não obstante, essa teoria entra em confronto com a Constituição Federal de 1988 e com a corrente doutrinária dominante que em seus textos afirmam que a responsabilidade objetiva pode ser aplicada para condutas estatais, ainda que estejam revestidas de culpa, ou melhor, omissas.

Referências

- AMORIM, Edgar Carlos. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

- BASTOS, Núbia M. Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. Fortaleza: [s.n.], 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo da ordem pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado: lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FIGUEREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FRIEDE, R. *Lições objetivas de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GASPAR, Walter. *Resumo de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1994.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MEDAUAR, Odete. *Coletânea de legislação administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ROSA, Márcio Fernando. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.
- SAID, Yussef. *Novo código civil brasileiro: lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVA, Plácido de. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TELLES, Antônio A. Queiroz. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- XIMENES, Sérgio. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.