

O Estado e sua responsabilização civil

Lisandra de Andrade Pereira

*Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais
no Rio Grande do Sul*

RESUMO

O presente trabalho aponta a importância do estudo da responsabilidade civil, no tocante à responsabilidade civil do Estado. Nesse estudo é apresentado o conceito da responsabilidade civil do Estado, suas origens, fundamentos e peculiaridades, examinando suas características e traços distintivos nas hipóteses de ação e omissão, ressaltando quais são os impactos desta responsabilidade e a que efeitos se destinam. É utilizado o método investigativo na realização de um paralelo entre a doutrina, princípios constitucionais e jurisprudência. Conclui-se que o Estado tem a obrigação de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.

Palavras-chave: Estado. Administração Pública. Responsabilidade. Responsabilização civil do Estado.

ABSTRACT

The present essay is aimed towards evidencing the importance of studying Civil Liability, mainly concerning the Civil Liability of the State. In this sense, this essay will present the concept of State's Civil Liability, its origins, basis and peculiarities, analyzing its characteristics and distinctive traits regarding action and omission and emphasizing the impacts of this liability and its effects. An investigative method and approach will be used to draw a parallel between the doctrines, constitutional principles and court precedents. In conclusion, the State is liable for compensating any damages caused by it to third parties.

Keywords: State. Government. Liability. State Civil Liability.

Introdução

Neste estudo, tratar-se-á da obrigação do Estado de reparar os danos causados, seja por ação ou omissão dos seus agentes.

O trabalho será desenvolvido, primeiramente, por meio de uma pesquisa doutrinária, que consistirá na investigação do conceito de responsabilidade civil, sua evolução histórica, seus elementos constitutivos e suas espécies.

Serão trazidos os aspectos da teoria geral da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico. Os pressupostos da responsabilidade civil, tais como a conduta do agente, o nexo causal e o dano – elementos estes essenciais na caracterização do dever de indenizar –, a distinção entre as modalidades de responsabilidade civil, objetiva e subjetiva, bem como suas teorias.

Após, será desenvolvido um paralelo com a doutrina e princípios constitucionais que norteiam a responsabilidade civil do Estado, baseando-se em fundamentos jurídico-constitucionais.

No tocante à responsabilidade civil do Estado, a riqueza de hipóteses demonstra a relevância do tema e a necessidade de se desenvolver um estudo minucioso do conceito de responsabilidade civil, especialmente no que diz respeito ao Estado, apontando as suas origens e fundamentos, bem como, se estão sendo garantidos os direitos e deveres previstos na Constituição Federal.

O trabalho buscará apresentar o conceito de responsabilidade civil do Estado, apontando as suas origens, fundamentos e peculiaridades, examinando, sob a perspectiva dos princípios constitucionais, suas características e traços distintivos nas hipóteses de ação e omissão, ressaltando quais são os impactos desta responsabilidade e a que efeitos se destinam.

Será analisada, neste estudo, a obrigação do Estado de reparar o dano causado, seja por ação ou omissão dos seus agentes, não exigindo que estes estejam em serviço quando da prática do ato danoso, bastando apenas que esteja relacionado à função.

Há, ainda, casos em que o Estado se vale de serviços terceirizados; porém, da mesma forma, se estes causarem danos, o Estado não pode eximir-se de reparar.

Os problemas abordados e explorados neste estudo serão quanto à responsabilidade civil do Estado, quando e por quais razões o Estado passa a ter a obrigação de reparar e como o Estado responde nos casos em que a obrigação de reparar nasce de sua omissão.

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise das atribuições do Estado no que diz respeito à responsabilidade civil, compreendendo, assim, a importância desse instituto.

1 A responsabilidade civil

Com o presente estudo analisaremos, no que diz respeito à responsabilidade civil, sua evolução histórica, seu conceito e função, bem como seus elementos essenciais – conduta humana, nexo causal e dano – à caracterização do dever de indenizar. Apontando, também, a distinção entre as modalidades de responsabilidade civil, objetiva e subjetiva, bem como suas teorias.

1.1 Evolução histórica da responsabilidade civil

A responsabilidade civil tem sua origem no direito romano, criador do princípio "*non neminen ledere*", ou seja, não lesar ninguém (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 1).

Teve como fase inicial a vingança privada, uma fase selvagem, em que se fazia justiça com as próprias mãos. A vítima, em um ato instintivo, buscava ressarcir-se daquilo que perdeu vingando-se do seu opressor. Nessa época, a Lei de Talião (Lei das XII Tábuas) demonstrava a reparação em "olho por olho, dente por dente" ou "quem com ferro fere com ferro será ferido".

Após essa primeira fase, veio a fase da composição voluntária, em que se passou da vingança para algo que aprouvesse melhor, ou seja, iniciou-se a busca de reparação através de bens ou dinheiro. A própria vítima escolhia o bem ou quantia e, assim, fazia o resgate de sua culpa. Nesta fase existia o perdão, assim, em vez de também ofender quem lhe agrediu, a vítima podia pedir dinheiro ou outro bem de seu interesse (GONÇALVES, 2009, p. 4).

Na terceira fase, chamada de composição tarifária, o Estado passa a intervir, pois havia danos que repercutiam não somente no âmbito privado, mas na sociedade e, por este motivo, passou-se a tarifar os danos. A partir de então, a vítima passou a pedir ao Estado e não fazer mais justiça com as próprias mãos. Nessa fase, iniciou-se o que hoje se entende por indenização (GONÇALVES, 2009, p. 4).

No entanto, os romanos, após essa terceira fase, realizaram um plebiscito e assim deram origem a *Lex Aquilia*, introduzindo o elemento culpa e trazendo também a ideia de uma reparação proporcional ao dano causado. Antes bastava o dano, com a *Lex Aquilia* passa-se a exigir o elemento culpa "*in lege Aquilia et levissima culpa venit*", ou seja, bastava a culpa, ainda que levíssima, para haver o dever de indenizar (GONÇALVES, 2009, p. 5).

O Código de Napoleão (1804), que criou a teoria subjetiva, aprimorou a *Lex Aquilia*, e em seu artigo 1382, em que trata da responsabilidade civil, acolheu a culpa (GONÇALVES, 2009, p. 6). Mais tarde, a responsabilidade subjetiva aparece no artigo 159 do Código Civil de 1916, permanecendo hoje no Código Civil de 2002, em seu artigo 186.

1.2 Conceito e função da responsabilidade civil

A responsabilidade civil nasce da violação a um dever jurídico preexistente. Traz a ideia de uma obrigação, mas uma obrigação secundária, pois surge após a violação a um direito (obrigação originária), trazendo assim um dano.

Havendo o dano, causa-se também o rompimento do equilíbrio econômico-jurídico. No entanto, esse rompimento não precisa ser apenas do equilíbrio econômico-jurídico, podendo ser também psicológico, quando haverá o dano moral. No dano moral, não se busca uma reparação, vez que o dano é irreparável, mas sim uma compensação.

A função da responsabilidade civil é tornar "indene" a vítima, ou seja, sem o dano. A reposição desse desequilíbrio pode ser feita de forma natural ou pecuniária.

O objetivo da responsabilidade civil é a "*restitutio in integrum*", ou seja, a restituição integral. A regra é indenizar os danos, nada mais, nada menos, levando a vítima ao "*status quo ante*" (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13).

Conclui-se, então, que a responsabilidade civil tem, em alguns casos, outra função que não a de reparação, mas sim a de compensação e punição ao ofensor.

1.3 Elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil divide-se em duas espécies: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

Os elementos da responsabilidade civil, comuns à responsabilidade objetiva e subjetiva, são a conduta humana (ação ou omissão), o nexo de causalidade e dano ou prejuízo. Além desses elementos, a culpa (elemento acidental da responsabilidade) deve estar presente na responsabilidade subjetiva.

1.3.1 Conduta humana

A conduta humana (culposa e voluntária) está prevista no artigo 186 do Código Civil, caracterizada pela expressão "ação ou omissão". A ação é a exteriorização da conduta, um comportamento positivo. Já a omissão podemos definir como um comportamento negativo, ou seja, é quando o agente tinha o dever de agir e impedir o resultado, mas não o fez.

A ação ou omissão "é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo" (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24). A omissão é um comportamento negativo, ou seja, não agir quando deveria. Então, a rigor, não causaria dano físico e material, pois nada foi feito. Porém, o entendimento é que o não agir, quando deveria, torna a pessoa responsável, pois acaba por permitir que a causa se opere e essa omissão adquire relevância jurídica.

A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente e, ainda, de danos

causados por coisas e animais que lhe pertençam (nesse caso, em regra é objetiva, independe de culpa).

1.3.2 Culpa

O elemento culpa (*lato sensu*) é considerado um elemento não essencial, um elemento acidental e está presente somente na responsabilidade subjetiva. Ora deverá ser comprovado para que a vítima tenha êxito na sua ação, ora será dispensado por completo. A exigência ou a dispensa desse elemento dependerá da espécie de teoria que irá fundamentar a ação indenizatória, isto é, se subjetiva, a prova desse elemento se torna necessária; se objetiva, é dispensada por completo.

Esse elemento subjetivo, culpa, *lato sensu*, divide-se em culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia) e dolo. Por dolo entende-se uma conduta intencional, ou seja, uma vontade consciente dirigida à prática de um resultado ilícito causando assim dano a outrem (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 31).

Essa culpa caracteriza-se em um comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, assim produzindo consequências jurídicas. Nesse caso, a conduta culposa do agente é o pressuposto principal da obrigação de indenizar.

Uma das maiores fontes geradoras do dever de indenizar é o ato ilícito, ou seja, um ato praticado em contrariedade ao direito.

O ato ilícito também está previsto no artigo 186 do Código Civil e exige, para a sua caracterização, além da contrariedade ao direito, a prova da culpa do agente (*lato sensu*), ou seja, deve-se provar se o agente agiu ou se omitiu dolosamente (conduta intencional) ou pela culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia), o dano e o nexo causal. Se esses três elementos se caracterizarem, haverá o dever de indenizar.

Portanto, percebe-se que a culpa é o cerne da teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, triunfa a culpa, enquanto a responsabilidade objetiva independe de culpa.

Culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil. É a “violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 32). Pode-se dizer que houve culpa *stricto sensu* quando o prejuízo da vítima é decorrente de comportamento negligente, imprudente ou imperito do autor do dano. A culpa implica a violação de um dever de diligência, ou em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los.

Para a caracterização da culpa, o critério para aferição da diligência exigível do agente é o da comparação de seu comporta-

mento com o do *homo medius* (homem médio), que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo. A culpa *stricto sensu* é também chamada de culpa aquiliana.

Portanto, constata-se que a responsabilidade civil consiste em reparar um conflito preexistente, originado em uma conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, e que não se configura na inexistência de um dano.

1.3.3 Nexo causal

O nexos causal é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Sem ele, não existe a obrigação de indenizar. Sabe-se que, para que haja a responsabilização do agente, não basta somente a prática de uma conduta ilícita por parte deste e que a vítima tenha sofrido um dano. Faz-se necessário que esse ato ilícito realmente seja a causa deste dano, ou seja, que o prejuízo seja resultado desse ato ilícito.

Sem a prova efetiva de que tal ato tenha sido relevante para o resultado danoso, não haverá obrigação de indenizar. O nexos de causalidade é elemento necessário para configurar o dever de indenizar.

Conclui-se, então, que, além da ilicitude, a conduta positiva ou negativa, a culpabilidade ou dolo e o dano causado a outrem, é essencial a verificação da relação de causa e efeito, ou seja, o nexos causal entre a conduta indevida e o dano causado.

Tanto na responsabilidade civil subjetiva como na responsabilidade civil objetiva, o nexos causal é indispensável, pois, como já mencionado, é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado, e é imprescindível sua comprovação.

1.3.4 Dano

Dano é lesar, invadir, violar direito alheio, portanto, é causar prejuízo. A partir desse prejuízo, surge o dever de reparar/indenizar, como bem estipulado no *caput* do artigo 927, do Código Civil de 2002.

Não existe responsabilidade civil sem o dano (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73), e esse dano tem que ser atual, certo, direto, deve ter subsistência e, claro, violação a um interesse jurídico, material ou moral, sem o qual não há que se falar em indenização. Portanto, o dano já deve ter ocorrido no momento do ajuizamento da ação, por isso classificado como "atual" – o que não significa impossibilidade de indenização por danos futuros, desde que seja possível de apurar que eles certamente ocorrerão, ainda que num

futuro próximo (GONÇALVES, 2009, p. 589) –; dano certo, que é aquele que foi efetivamente produzido, realmente ocorreu, pois não se indenizam danos hipotéticos (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 75); direto, que é aquele sofrido pela própria vítima.

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente, ainda que a conduta tenha sido culposa, exceto nos casos de dano moral puro que existe *in re ipsa*. A reparação tem o objetivo de trazer a vítima ao estado em que se encontrava antes da prática ilícita. Então, se não houve dano, não há que se falar em responsabilidade civil e tampouco em reparação por parte do agente à vítima, tendo em vista a falta de comprovação de dano.

O dano também é um elemento essencial tanto na responsabilidade civil subjetiva como na responsabilidade civil objetiva e divide-se em duas espécies: dano material e dano extrapatrimonial.

1.3.4.1 Dano material

Dano material, também chamado de dano patrimonial, é aquele que atinge bens suscetíveis de valoração econômica, é aquilo que tem conteúdo econômico e pode ser apurado pecuniariamente (GONÇALVES, 2009, p. 705). Importante observar que não se presume dano material, sendo necessário prová-lo e assim demonstrar a relação de causa e efeito entre a conduta do agente causador do dano e o prejuízo patrimonial produzido.

Os danos materiais dividem-se em duas espécies: danos emergentes e lucros cessantes, e estão previstos em nosso ordenamento jurídico – Código Civil de 2002, artigo 402. Dano emergente é tudo que a pessoa perde imediatamente em razão do dano, não se presume e para ser concedido deve ser comprovado. Já o lucro cessante é o que a pessoa deixará de ganhar em razão do dano sofrido (GONÇALVES, 2009, p. 706-707).

1.3.4.2 Dano extrapatrimonial

Dano extrapatrimonial é um gênero e sua espécie mais conhecida é o dano moral, por esse motivo, por muitas vezes acaba dando nome ao próprio gênero, mas há outras espécies de dano extrapatrimonial, como, por exemplo, o dano estético, havendo inclusive Súmula do Superior Tribunal de Justiça¹ no sentido da cumulatividade do dano moral com o dano estético. O dano moral é aquele que lesa direito personalíssimo, causa à vítima sensações negativas ou desprazerosas, tais como dor, sofrimento, humilha-

¹ “Súmula 387 - É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”

ção, vergonha, vexame, constrangimento além do tolerável. Não se configurando nenhuma das hipóteses citadas, pode ser considerado um mero aborrecimento, incômodo, dissabor e não configura dano moral (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 87).

Com frequência, se costuma tratar o gênero dano extrapatrimonial por sua espécie mais usual, o dano moral pode ser presumido (o dano moral puro ou *in re ipsa*); no entanto, essa presunção é *iuris tantum* (relativa). Nesse sentido, ensina em sua obra o doutrinador Sergio Cavaliere Filho, quando coloca que, “por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 90).

Somente com a Constituição Federal de 1988 essa espécie de dano passou a ter previsão legal (artigo 5º, incisos V e X). O dano extrapatrimonial está vinculado a valores humanos e podemos dizer que encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

O dano moral é subjetivo (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 81-84). Portanto, não se deve fazer tabelamento de valores. A fixação do dano moral deve seguir o binômio compensatório/satisfatório e punitivo/pedagógico (GONÇALVES, 2009, p. 628). Para atingir o caráter compensatório, se deve analisar a vítima (quem era, seu poder socioeconômico, repercussão no meio social, gravidade da lesão, duração do sofrimento). Os mesmos requisitos para aferição do caráter pedagógico devem ser observados em relação ao agente causador do dano, incluindo-se ainda a gravidade da conduta e a atitude após causar o dano. Assim, tem-se que o juiz deverá fixar o dano moral atendendo o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 100). Isso significa dizer que o juiz não poderá fixá-lo num valor irrisório a ponto de não significar nada para a vítima, nem exorbitante a ponto de enriquecê-la.

Importante salientar a possibilidade de cumulação de dano moral com dano material, desde que oriundos do mesmo fato, conforme Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.²

Por oportuno, lembra-se, ainda, matéria também sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça³: a pessoa jurídica também pode pleitear indenização por danos morais se sua honra objetiva for violada.

² “Súmula 37 - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

³ “Súmula 227 - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

1.4 A responsabilidade objetiva e subjetiva

Na teoria objetiva, também chamada de teoria do risco, todo aquele que desenvolve uma atividade perigosa e que auferir lucros dela deve assumir os riscos que ela causar a terceiros e é dispensada por completo a prova da culpa do agente, exigindo-se, tão somente, a prova do dano e do nexo causal. Nessa teoria, importa apreciar o liame jurídico entre a ação ou omissão do autor do dano e o prejuízo causado à vítima, pois se o dano causado partiu de conduta dolosa ou culposa não importa e é irrelevante para que a obrigação de indenizar seja efetiva.

Pode-se concluir então que, na teoria objetiva, não se faz necessário que a reparação do dano decorra da culpabilidade, sendo suficiente que o ato lícito ou ilícito gere risco e que o prejuízo surja do fato violador de direito de outrem.

A teoria subjetiva, também chamada de teoria da culpa, analisa o comportamento do agente causador do dano (aspecto anímico), se ele agiu com culpa (*lato sensu*). Por essa teoria, a vítima deverá provar a culpa do causador do dano, o dano e o nexo causal. Essa teoria foi resumida na máxima “sem culpa não há reparação” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 29-30).

Para caracterização da responsabilidade subjetiva, além da prova da culpa do agente, se faz necessário uma ação ou omissão (conduta humana), verificação do nexo de causalidade entre essa conduta e o prejuízo causado à vítima e o dano.

Concluimos, então, que uma conduta ilícita (ação ou omissão) e a culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*) é que definem a responsabilidade civil subjetiva, sendo a culpa o seu principal pressuposto.

Portanto, entende-se que a vítima que quiser obter reparação pelo dano sofrido deverá provar a culpa ou dolo do agente que a lesou, além dos elementos dano e nexo causal.

1.5 A responsabilidade contratual e extracontratual

Pode-se dividir a responsabilidade civil em responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo, e responsabilidade extracontratual, conhecida também por ilícito aquiliano, delitual ou absoluto.

Na responsabilidade contratual é preciso que exista uma relação jurídica entre as partes antes da ocorrência do dano – ou seja, o vínculo jurídico entre as partes é preexistente ao dano – consubstanciada em um contrato existente e válido. Decorre da violação desse contrato, encontrando a sua fonte no descumprimento contratual. Nessa modalidade, via de regra, o ônus da prova é do

rêu da ação, do devedor, e somente nessa modalidade cabe a aplicabilidade da cláusula de não indenizar (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 15).

Já na responsabilidade extracontratual, a relação jurídica surge depois do dano. Surge da violação do dever genérico “*non neminem leadere*”, encontrando a sua fonte no ato ilícito.

Percebe-se, então, que nas duas modalidades de responsabilidade – contratual e extracontratual – deve-se levar em conta a conduta do agente, o dano e onexo. O que diferencia uma da outra, conforme Cavalieri Filho (2010, p. 288), é “[...] se a transgressão se refere a um dever estabelecido em negócio jurídico, a responsabilidade será contratual; se a transgressão é de um dever jurídico imposto pela lei, a responsabilidade será extracontratual”. Pode-se concluir, então, que o grande diferencial entre essas duas modalidades de responsabilidade civil é a natureza do dever jurídico violado.

Outra diferença que pode ser apontada entre a responsabilidade contratual e a extracontratual é quanto ao ônus da prova da culpa. Na primeira, a regra geral é que o ônus da prova cabe ao réu, pois a culpa é presumida. Já na responsabilidade extracontratual, quem deve provar a existência de fato constitutivo do seu direito é o autor, ele deve provar que o réu falhou no dever de diligência.

Com base no exposto, podemos concluir que na culpa contratual temos o não cumprimento de uma obrigação estabelecida em contrato; portanto, é a violação de um dever positivo de adimplir. Enquanto na culpa extracontratual, “viola-se um dever negativo, isto é, a obrigação de não prejudicar, de não causar dano a ninguém” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 291).

Analisados os elementos da responsabilidade civil, bem como suas teorias e espécies, pode-se passar para a análise do Estado.

2 Do Estado

O Direito é um conjunto de normas que disciplinam a sociedade. Podemos dividir o Direito em dois grandes ramos: o Direito Público e o Direito Privado. O Direito Privado regula relações entre particulares, podendo-se dizer que é regido pela autonomia da vontade. Já o Direito Público trata dos interesses da sociedade, dos interesses públicos. Então, nesse caso, não há que se falar em autonomia da vontade, e sim em uma ideia de função, um dever de atendimento do interesse público, e esse atendimento é realizado pelo Estado (MELLO, 2010, p. 27).

2.1 Origem, evolução e conceito

Uma das primeiras formas de organização política foi através do chamado Estado religioso, momento este em que toda autoridade era fundada na vontade divina e o papel do Estado era manter a segurança, os costumes e os cultos. A partir do Renascimento surge na Europa o Estado-nação, caracterizado pela centralização do poder no monarca e apresentação de certa autonomia perante a religião, mas ainda não se falava em Direito Público. Somente no final do século XVII os representantes religiosos passam a autoridade aos príncipes e, a partir deste momento, começa uma pequena separação entre público e privado, tendo em vista o nascimento do individualismo (MOREIRA NETO, 2006, p. 17).

Buscando definir a atuação do Estado, não permitindo que este ultrapassasse as suas funções de guardião e garantidor da segurança, surge o Estado de polícia, originário do liberalismo. Após essa fase, surge o segundo modelo de organização política do liberalismo, o Estado de Direito, momento este em que surge nitidamente o Direito Público (MOREIRA NETO, 2006, p. 17-18), ou seja, o nascimento do Direito Administrativo.

Conforme disposto em Meirelles (2010, p. 61), o Estado de Direito é "o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis". Nesse mesmo sentido ensina Moreira Neto (2006, p. 46):

O Estado de Direito, o que se subordina à lei, não é só aquele em que a legislação está limitada e condicionada por uma Constituição e em que a jurisdição garante sua aplicação na solução dos conflitos de interesses, mas aquele em que a administração pública está totalmente submetida ao princípio da legalidade (grifos do autor).

A sociedade, buscando exercer e garantir sua autodeterminação, organiza-se política e juridicamente em um território, instituindo assim o Estado (MOREIRA NETO, 2006, p. 7). O Estado é constituído por três elementos: o elemento humano (povo), o elemento físico (território) e o elemento condutor do Estado (governo soberano) (MEIRELLES, 2010, p. 61).

A partir da segunda metade do século XX houve o aperfeiçoamento do Estado de Direito, passando então para Estado Democrático de Direito, estando nosso país organizado dessa forma, conforme artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Verifica-se então que, com base no dispositivo Constitucional citado, o Estado é submisso ao povo e à lei.

Os poderes do Estado são divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme disposição Constitucional.

Esses poderes são a estrutura do Estado e a cada um deles é atribuída uma função. O poder Legislativo tem função normativa, ou seja, a elaboração de leis, o poder Executivo transforma estas leis em atos individuais e concretos, sendo assim de função administrativa, e o poder Judiciário tem a função de aplicação destas leis aos litigantes, ou seja, é a função judicial do Estado (MEIRELLES, 2010, p. 61). Com essa tripartição de poderes chegamos à organização do Estado.

Percebemos então que o Direito Administrativo é ramo do Direito Público, ocupando-se com uma das funções do Estado, a função administrativa. Por esta função entende-se, conforme o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, a “atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica” (MELLO, 2010, p. 29). Esse *dever* de alcançar o interesse público é o objetivo maior do Estado em todos os setores do Governo e Administração e esse serviço é realizado por suas entidades (pessoas jurídicas), seus órgãos públicos (centros de decisões) e seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções) (MEIRELLES, 2010, p. 64-66).

Portanto, podemos concluir que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito (MELLO, 2010, p. 47) e tem como função primordial regular as relações entre o Estado e os cidadãos. O Direito Administrativo surge para dar limites à conduta do Estado e, assim, consequentemente, proteger a sociedade, atuando por meio dos órgãos públicos que integram a estrutura do Estado e desempenham funções estatais através de seus agentes.

2.2 Atos administrativos

O ato administrativo é a manifestação de vontade da Administração Pública e destina-se a produzir efeitos jurídicos, sendo então classificado como uma espécie de ato jurídico (MOREIRA NETO,

2006, p. 135). Ato jurídico, conforme doutrina de Meirelles (2010, p. 153), é “todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

O ato administrativo possui os mesmos elementos do ato jurídico, o que os diferencia é que no primeiro o sujeito é sempre um agente com prerrogativas públicas e o objeto está determinado ao interesse público (CARVALHO FILHO, 2010, p. 107).

O ato administrativo constitui, conforme Medauar (2006, p. 135), “um dos principais meios pelos quais atuam e se expressam as autoridades e órgãos administrativos”. O ato administrativo, então, é a maneira pela qual a Administração Pública realiza sua função executiva.

Analisando o ato administrativo, percebemos a existência de cinco elementos necessários à sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objeto (MEIRELLES, 2010, p. 155).

No ato administrativo, a competência é a primeira condição para sua validade e caracteriza o sujeito ativo do ato administrativo.

Em se tratando de ato jurídico, é exigida apenas a capacidade do agente, mas para a prática do ato administrativo o que realmente importa é se a manifestação de vontade da Administração Pública partiu do ente, órgão ou agente incumbido por lei na função de exprimi-la e de vinculá-la juridicamente (MOREIRA NETO, 2006, p. 138).

Portanto, a competência decorre de norma expressa, ou seja, da lei e nesta encontram-se suas dimensões e limitações quanto às atribuições dos agentes, órgãos e entes públicos no que diz respeito às suas funções.

Quanto à finalidade, segundo elemento do ato administrativo, está diretamente ligada ao interesse público. Ou seja, o ato administrativo tem que atingir o interesse público.

Como vimos, o ato administrativo é a manifestação de vontade da Administração Pública exteriorizada por agente ou órgão incumbido desta função através de lei, cuja finalidade é atingir o interesse público.

Outro elemento caracterizador do ato administrativo é a forma. A forma é elemento que leva o ato administrativo a ser válido. Mello (2010, p. 394) assim dispõe sobre esse elemento: “Forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência”.

Portanto, forma é o modo de se exteriorizar materialmente o ato administrativo, bem como a maneira pela qual a manifestação de vontade da Administração Pública se expressa.

O quarto elemento do ato administrativo vem como fundamento da manifestação de vontade praticada pelo ente, órgão e

agente público. Esse elemento, o motivo, “é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo” (MEIRELLES, 2010, p. 157).

O motivo, mais um elemento necessário à formação do ato administrativo, pode ser vinculado ou discricionário. O primeiro se dá quando o motivo é expresso em lei; o segundo fica a critério do administrador.

O motivo, no âmbito do direito administrativo, significa uma situação de fato e de direito que provoca a realização do ato administrativo. Temos como situação de fato um conjunto de acontecimentos que levam a Administração a praticar o ato, e situação de direito quando é na lei que o ato se baseia (DI PIETRO, 2010, p. 210).

O quinto e último elemento do ato administrativo é o objeto. Por objeto entende-se o resultado prático que a Administração pretende alcançar, “exprime sua *eficácia* jurídica: o *resultado visado* pelo ato, que será sempre a constituição, declaração, confirmação, alteração ou desconstituição de uma relação jurídica” (MOREIRA NETO, 2006, p. 140, grifos do autor).

O objeto do ato administrativo deve ser lícito, possível, certo e moral (DI PIETRO, 2010, p. 206). Portanto ele deve ser conforme previsto em lei, praticável no mundo dos fatos e do direito, definido quanto aos seus efeitos, tempo e lugar e de acordo com padrões de comportamento aceitos como corretos e justos.

Apontado os elementos necessários à formação do ato administrativo, passa-se às suas características de atuação no mundo do direito: a presunção de legitimidade, imperatividade e a autoexecutoriedade (MEIRELLES, 2010, p. 162).

Por presunção de legitimidade entende-se que, até prova em contrário, os atos administrativos têm essa qualidade, portanto, são presumidos verdadeiros e de acordo com o Direito (MELLO, 2010, p. 418). Esta presunção de legitimidade está relacionada à conformidade do ato com a lei (DI PIETRO, 2010, p. 197). Outra característica da presunção de legitimidade é “a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca” (MEIRELLES, 2010, p. 162). Portanto, até que seja dada a anulação do ato administrativo, este terá plena eficácia.

Já o conceito de imperatividade é bem colocado em Meirelles (2010, p. 164-165):

A imperatividade é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. [...] A imperatividade decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo

ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a *presunção de legitimidade* (grifos do autor).

Quanto à autoexecutoriedade, pode-se dizer que é o “atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2010, p. 200). Por essa característica pode-se dizer que assim que praticado o ato administrativo pode ter seu objeto alcançado com sua imediata execução (CARVALHO FILHO, 2010, p. 134).

Com o exposto, conclui-se que a existência do ato administrativo no mundo do Direito está ligada à integração dos cinco elementos fundamentais à sua formação e, ainda, que possui características próprias e condições diferenciadas de atuação, tendo em vista surgirem do Poder Público, e a necessidade de distinção dos atos jurídicos privados.

2.3 Agentes públicos

Agentes públicos são todos aqueles vinculados à Administração Pública, direta e indireta, que prestam serviços ao Estado (DI PIETRO, 2010, p. 510-511).

Quanto ao conceito desta expressão, pode-se dizer que “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal” (MEIRELLES, 2010, p. 75).

Os agentes públicos, conforme Meirelles (2010, p. 76), dividem-se em cinco espécies diferenciadas: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

Os agentes políticos são aqueles que têm com o Estado um vínculo político, e não de natureza profissional, e esta relação advém das leis e da Constituição Federal. Eles têm a função de conduzir o destino da sociedade e do país. Pode-se dizer então que os agentes políticos são o Presidente da República, os governadores, prefeitos e vices, ministros e secretários de Estado, senadores, deputados federais e estaduais e os vereadores (MELLO, 2010, p. 247-248).

Quanto aos agentes administrativos, também denominados de servidores públicos, estes sim têm vínculo de natureza profissional com o Estado. Não exercem atribuições políticas, estão sujeitos à hierarquia funcional – podendo inclusive ter uma parcela de autoridade pública, mas jamais poder político – e são remunerados por

prestarem serviço à Administração Pública, são sujeitos ao regime da entidade que servirem e às normas do órgão em que estiverem trabalhando (MEIRELLES, 2010, p. 80).

Os agentes honoríficos são aqueles que exercem função pública momentaneamente e, pelo período que exercerem, estão sujeitos à hierarquia e disciplina do órgão que estiverem desempenhando tal função, mas não são servidores públicos. É um serviço voluntário e pode ser pago um *pro labore*. O exercício dessa função pública não gera vínculo empregatício, porém pode contar como tempo de serviço público (MEIRELLES, 2010, p. 81).

Dos agentes delegados pode-se dizer que não são enquadrados no conceito de agentes públicos, são apenas pessoas que recebem a incumbência de executar determinada tarefa, obra ou serviço público, atuam por conta própria e assumindo os riscos da atividade, porém seguem as normas do Estado e ficam sob a fiscalização do delegante. São pessoas físicas ou jurídicas que formam uma categoria à parte de colaboradores do Estado, não sendo enquadradas como agentes honoríficos nem servidores públicos. Como exemplo pode-se citar os tradutores e intérpretes públicos que são delegados a uma atividade estatal de interesse público (MEIRELLES, 2010, p. 81-82).

Definidas as espécies de agentes públicos, passa-se a análise e conceito dos cargos, ou empregos, ou função na Administração Pública.

O cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, é criado por lei e tem definido o seu padrão de remuneração e suas atribuições (DI PIETRO, 2010, p. 510-518). Todo cargo quando criado já tem definidas as funções que a ele são atribuídas e estas funções correspondem às tarefas a serem realizadas pelo servidor titular do cargo.

Função pública “significa o exercício de atividade da competência da Administração, em nome desta e de acordo com as finalidades desta, ou seja, para atender ao interesse público” (MEDAUAR, 2006, p. 261). Todo cargo tem função, “porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 662), porém há função sem cargo – como exemplo, os empregados públicos.

Quanto ao empregado público, pode-se dizer que são pessoas que não possuem cargo público, mas sim uma função (atividade), tem uma relação funcional trabalhista com a Administração Pública. Emprego público “são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los” (MELLO, 2010, p. 256).

Conclui-se, então, que agentes públicos são as pessoas que têm vínculo com a Administração Pública, prestando serviços ao Estado com a finalidade de atender ao interesse público, exercendo a função atribuída ao cargo que efetivamente ocupam.

2.4 Contratos administrativos: concessão e permissão

Entende-se por contrato um acordo de vontades, firmado de forma livre pelas partes, com objetivo de criar obrigações e direitos recíprocos. Via de regra, o contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, portanto, as pessoas que realizam um contrato se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens (MEIRELLES, 2010, p. 214).

Todo contrato é regido por dois princípios básicos: o “da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*). O primeiro impede a alteração do que as partes convencionaram; o segundo obriga-as a cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente” (MEIRELLES, 2010, p. 214).

A Administração Pública utiliza-se da instituição contrato, todavia suas regras são baseadas em normas e princípios próprios do Direito Público, portanto é nominado de contrato público. Contrato público é o gênero, sendo sua espécie os contratos administrativos que são classificados como o “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 191).

Quanto ao contrato administrativo pode-se dizer que é sempre consensual, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*.

É possível apontar várias espécies de contratos administrativos, neste trabalho é analisado somente quanto aos contratos de concessão e de permissão que estão expressos na Constituição Federal, no artigo 175.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Tanto a concessão como a permissão de serviço público “impli- cam prestação de serviços públicos por particulares” (MEDAUAR, 2006, p. 326). As diferenças substanciais dessas espécies de contra- tos administrativos são apontadas por Medauar (2006, p. 326-327):

a diferença entre concessão e permissão de serviço pú- blico situa-se em dois aspectos: a) a concessão é atribuí- da a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquan- to a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica; b) a concessão destinar-se-ia a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração (grifos do autor).

Ainda diferenciando concessão e permissão de serviço públi- co, pode-se dizer que “a diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão” (DI PIETRO, 2010, p. 301).

Portanto a concessão de serviço público é quando o Estado transfere ao particular algumas faculdades, é um processo de descentralização, sempre formalizado por instrumento contratual e o concessionário tem a seu cargo o exercício de atividade pública (CARVALHO FILHO, 2010, p. 204).

Quanto à permissão de serviço público, pode-se dizer que é ato precário, por motivo de interesse público pode ser alterado ou revogado a qualquer momento, o permissionário fica sujeito às condições estabelecidas pela Administração, bem como a sua fisca- lização, tem como objeto a execução de serviço público e depende de licitação, conforme a Constituição Federal. Portanto, as diferen- ças entre o instituto da concessão e da permissão quase não se per- cebem (DI PIETRO, 2010, p. 302).

Tanto a concessão quanto a permissão têm suas normas gerais estabelecidas na Lei nº 8.987/1995.

3 A responsabilidade civil do Estado

Nesta seção analisaremos, no que diz respeito à responsabi- lidade civil, as atribuições do Estado nas hipóteses de ação e omissão, bem como sua origem, fontes e caracterização do de- ver de indenizar; apontando, também, a distinção entre as mo- dalidades de responsabilidade do Estado, objetiva e subjetiva, e suas teorias.

3.1 Origem e fontes da responsabilidade do Estado

A responsabilidade civil do Estado, também chamada de responsabilidade da Administração Pública, nos dias atuais encontra-se positivada nos casos de responsabilidade objetiva; porém, para que chegasse a esse estágio foi necessário um longo tempo, uma evolução lenta e com origem no Direito Francês, com a construção do Conselho de Estado (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 239).

No princípio, época dos Estados absolutos em que predominava a ideia de soberania, o que vigorava era a irresponsabilidade do Estado, ou seja, o Estado não tinha responsabilidade pelos atos de seus agentes. Tinha-se nessa época a noção de que “o rei não erra”, seria uma ofensa ao rei e a sua honra atribuir ao Estado qualquer tipo de responsabilidade (DI PIETRO, 2010, p. 644). Nessa fase, sendo o Estado imune a qualquer responsabilidade pelos danos causados aos indivíduos, e sendo ele o guardião do Direito e responsável por atender aos interesses públicos, chega-se à conclusão de que esta teoria da irresponsabilidade “era a própria negação ao direito” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 239).

A partir da segunda metade do século XIX, esta teoria da irresponsabilidade foi superada e passou-se a responsabilizar o Estado com base na culpa do agente, passando então para uma segunda fase, a da concepção civilista da culpa (DI PIETRO, 2010, p. 644).

No primeiro momento, a responsabilidade era dividida em atos do império e atos de gestão. Atos do império decorriam do poder soberano e estariam isentos de responsabilidade, enquanto os atos de gestão se assemelhavam com os atos do direito privado, ou seja, sua atuação era “equivalente à dos particulares em relação aos seus empregados ou prepostos; como para os particulares vigorava a regra da responsabilidade, nesse plano o Estado também seria responsabilizado, desde que houvesse culpa do agente” (MEDAUR, 2006, p. 366) .

Esta separação da responsabilidade em atos do império e atos de gestão foi uma forma de suavizar os prejuízos causados pela teoria da irresponsabilidade, houve uma separação do que eram atos do rei (atos do império) dos atos do Estado (atos de gestão) (DI PIETRO, 2010, p. 645).

Esta pequena forma de responsabilização foi um passo muito importante na evolução da responsabilidade civil do Estado, pois havia a “possibilidade de responsabilizar o Estado, mesmo em pequena escala, o que seria antes inadmissível” (MEDAUAR, 2006, p. 366).

Em seguida percebeu-se que o Estado, por ser pessoa jurídica, não teria como manifestar vontade nem ação e que essa facul-

dade caberia somente às pessoas físicas; porém, o Estado age através dos agentes atuantes em seus órgãos e estes sim exteriorizam a vontade do Estado. Essa é a teoria do órgão, em que o “Estado é concebido como um organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que realizam as suas funções” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 240), não se divide mais em Estado e agente, passa-se a falar em unidade.

O marco do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado foi a jurisprudência francesa do famoso caso Blanco. Esse caso trata-se de uma menina (Agnès Blanco) que ao atravessar uma rua foi atropelada por um vagonete que pertencia ao Estado. Seu pai promoveu ação de indenização baseando-se no princípio de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros em razão de ação danosa praticada pelos agentes. Nessa questão o Tribunal de Conflitos decidiu que o problema deveria ser solucionado pelo tribunal administrativo por tratar-se de responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Assim, foi entendido que a responsabilidade do Estado estava sujeita a regras especiais – baseadas na necessidade do serviço –, e não aos princípios do Código Civil (DI PIETRO, 2010, p. 645).

A partir de então surgem as teorias publicistas da responsabilidade do Estado, tendo em vista que a concepção civilista da culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em culpa do serviço ou falta do serviço “que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 241). Esta concepção, também chamada de culpa anônima, não está mais ligada a um agente determinado, basta a vítima comprovar uma falha ou o simples mau funcionamento do serviço público para que se caracterize a responsabilidade do Estado.

A última fase dessa evolução da responsabilidade do Estado é com a teoria do risco, que, adaptada à Administração Pública, serviu de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, dando origem à teoria do risco administrativo (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 242).

Na teoria do risco não importa se houve falta ou culpa do serviço, pois, se o Estado exerce suas atividades para o benefício da sociedade – parte-se do princípio de que todos são alcançados por esse benefício –, nada mais justo que ao causar danos a alguém a reparação seja também realizada por todos, ou seja, cabe ao Estado indenizar o prejudicado (DI PIETRO, 2010, p. 646).

Nessa teoria não há que se falar em culpa, o que importa é “a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243), ou seja, o nexo de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o

dano sofrido pela vítima. Nesse caso não se questiona se o serviço público funcionou bem ou mal, o que importa é a prática de um ato lícito ou ilícito por um agente do Estado, um dano específico e anormal e se há nexo causal entre o ato do agente e o dano suportado pela vítima. Essa, então, é a responsabilidade objetiva do Estado (DI PIETRO, 2010, p. 646).

Cabe ressaltar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a teoria do risco integral. Na primeira, o Estado é responsabilizado “pelo risco criado e sua atividade administrativa” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243); na segunda, “a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resulte de culpa ou dolo da vítima” (MEIRELLES, 2010, p. 683).

A teoria do risco administrativo dispensa a prova da culpa do Estado, mas permite que o Estado afaste sua responsabilidade nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior e fato exclusivo de terceiro, pois nesses casos é afastado o nexo de causalidade.

Quanto à teoria do risco integral, pode-se dizer que é uma versão extremada da doutrina do risco (MEIRELLES, 2010, p. 683), que responsabiliza o Estado mesmo nos casos de fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato exclusivo de terceiro.

Com base no exposto, pode-se concluir que a responsabilidade civil do Estado consiste em uma obrigação de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.

3.2 Responsabilidade subjetiva do Estado

No Brasil não foi acolhida a teoria da irresponsabilidade do Estado. Mesmo com a falta de normas legais expressas, os tribunais e doutrinadores brasileiros não aceitavam esta teoria (DI PIETRO, 2010, p. 648).

Em 1824, com a Constituição do Império, e em 1891, com a Constituição Republicana, não havia responsabilidade do Estado, e sim previsão de responsabilidade do funcionário em casos de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções. Nessa época havia apenas leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, que era acolhida pela jurisprudência como sendo solidária à responsabilidade com os funcionários (DI PIETRO, 2010, p. 648).

Foi no Código Civil de 1916, no artigo 15, que a responsabilidade do Estado teve previsão legal. A doutrina predominante na época atribuiu a esse dispositivo o entendimento de que a responsabilidade do Estado era fundamentada na teoria da culpa, ou

seja, na concepção civilista. Na Constituição Federal de 1934, no artigo 171, era prevista a responsabilidade solidária da Fazenda Pública e dos funcionários quando estes agiam com negligência, omissão ou abuso, sendo direito da Fazenda Pública ação de regresso contra o funcionário causador do dano (MEDAUAR, 2006, p. 367).

A atual Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, traz duas questões: relações jurídicas entre pessoas diferentes e diversos fundamentos jurídicos.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

Percebe-se que na primeira parte do dispositivo a relação jurídica se dá entre o Estado e a vítima e verifica-se a responsabilização por parte do Estado pelos danos causados à vítima, portanto trata-se de responsabilidade objetiva do Estado. Já na segunda parte, a parte final do texto, o que se tem é uma relação entre o Estado e o seu agente, garantindo àquele o direito de regresso contra o agente responsável em caso de dolo ou culpa, portanto trata-se de responsabilidade subjetiva.

Dessa maneira, estão presentes, “no preceito constitucional, dois tipos de responsabilidade civil: a do Estado, sujeito à responsabilidade objetiva, e a do agente estatal, sobre o qual incide a responsabilidade subjetiva ou com culpa” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 604).

Outra questão importante é se esse dispositivo refere-se somente à conduta comissiva do Estado ou também à conduta omissiva. Para Cavalieri Filho (2010, p. 251, grifos do autor), “o art. 37, § 6º, da Constituição não se refere apenas à atividade *comissiva* do Estado; pelo contrário, a ação a que alude *engloba tanto a conduta comissiva como omissiva*”.

Focando na conduta omissiva do Estado, “se o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*” (MELLO, 2010, p. 1012-1013, grifo do autor).

Contudo, se não houve uma ação por parte do Estado, não pode ele ser responsabilizado como autor do dano. Porém, se este tinha o dever de impedir a ocorrência do dano e não o fez, pode ser responsabilizado por não impedir o evento lesivo.

Quanto ao ato ilícito, o Estado pratica não só em casos de omissão (deixar de fazer o que deveria ser feito), mas também nos casos de comissão (faz o que não deveria fazer) (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252).

A omissão é dividida em omissão genérica do Estado e omissão específica. Na primeira, o Estado tem uma atuação deficiente quando deveria impedir o evento danoso, quando deixa de realizar algo que seria normalmente exigível ou não faz algo que lhe seria possível, nesse caso haverá responsabilidade subjetiva do Estado. Já na segunda, “haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252). Nesse caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Uma questão que não foi trazida no § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal foi quanto à responsabilização do Estado por atos praticados por terceiros e por danos decorrentes de fenômenos da natureza, pois a menção no dispositivo legal é sobre os danos que *seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*.

Como causas excludentes da responsabilidade são consideradas a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro, tendo ainda como atenuante a culpa concorrente da vítima. Por força maior entende-se um “acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio” (DI PIETRO, 2010, p. 652). Nesses casos não há responsabilidade do Estado, pois não existe nexos causal entre o dano e a conduta da Administração. Quando se tratar de culpa da vítima, deve-se verificar se é culpa exclusiva (o Estado não responde), ou culpa concorrente com o Poder Público (diminui a responsabilidade, é dividida entre o Estado e a vítima) – esta questão é consagrada pelo nosso Código Civil, no artigo 945.⁴ Já quanto à culpa de terceiro, “também tem sido apontada como excludente de responsabilidade. No entanto, nem sempre é essa a solução diante de inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002” (DI PIETRO, 2010, p. 653).

Analisada esta questão das excludentes, cabe salientar que nos casos de força maior poderá haver responsabilidade do Estado se este se omitir na realização de um serviço.

⁴ “Art. 945 - Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

Percebe-se que a responsabilidade subjetiva do Estado ainda existe em nosso sistema jurídico, tendo em vista fato de terceiros e fenômenos da natureza, caracterizando a responsabilização da Administração com base na culpa anônima – por considerar que a omissão nem sempre deixa vestígios –, ou falta de serviço, incluindo assim o fato de o serviço não ter funcionado quando deveria, porque funcionou mal ou tardiamente.

Ademais, em nosso ordenamento jurídico está a cláusula geral da responsabilidade subjetiva, artigo 186 do Código Civil.⁵ Então, sempre que não for responsabilidade objetiva ou esta não estiver configurada, aplica-se esta cláusula geral.

3.3 Responsabilidade objetiva do Estado

Iniciando o estudo da responsabilidade objetiva do Estado, é importante salientar que na época da vigência do art. 15 do Código Civil de 1916, mesmo a doutrina predominante atribuindo a esse dispositivo o entendimento que a responsabilidade do Estado era fundamentada na teoria da culpa, houve doutrinadores que começaram a sustentar a tese de responsabilidade objetiva do Estado, tendo em vista a redação ambígua desse artigo. Nessa época o Supremo Tribunal Federal, em seus votos, já falava na teoria do risco administrativo e, por esse motivo, se conclui que antes de a responsabilidade objetiva do Estado se transformar em texto legal ela já existia na jurisprudência (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 245).

A responsabilidade objetiva do Estado, em texto positivado, aparece em nosso ordenamento jurídico somente com a Constituição de 1946, em seu artigo 194 (CAHALI, 2007, p. 31).

Este artigo não mencionava a culpa do funcionário como condição à responsabilidade do Estado, somente em seu parágrafo único havia previsão de ação de regresso contra o seu servidor. Portanto, o entendimento era de que “se somente para a ação regressiva do Estado contra o funcionário se exige a prova de culpa e dolo, é porque para a ação da vítima contra o Estado se prescinde desses elementos subjetivos” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 245-246).

A partir de então a responsabilidade objetiva do Estado não foi mais retirada do texto constitucional, estando hoje no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Esta responsabilidade tem seu fundamento na teoria do risco administrativo e, conforme estudo já realizado nesta seção,

⁵ “Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

no tópico “Origem e fontes da responsabilidade do Estado”, nessa teoria não há de se falar em culpa, pois o que importa é a relação de causalidade entre a ação do Estado e o dano sofrido pela vítima. Na teoria do risco também não se questiona se o serviço público funcionou bem ou mal, pois o que importa é a prática de um ato lícito ou ilícito por um agente do Estado, que haja um dano específico e anormal e se há nexos causal entre o ato do agente e o dano suportado pela vítima (DI PIETRO, 2010, p. 646).

Com o exposto, percebe-se que essa relação de subordinação do indivíduo à Administração Pública pode trazer riscos, ou seja, traz a possibilidade de causar danos para a sociedade em decorrência do exercício normal ou anormal das atividades do Estado e por este motivo nada mais certo que o Estado – representante de todos – suporte o ônus de suas atividades perante todos.

A teoria do risco administrativo tem sua base no princípio da igualdade dos indivíduos perante os encargos públicos (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243). Segundo Di Pietro (2010, p. 646), no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, está previsto que “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”, ou seja, se os benefícios da atividade do Estado são alcançados a todos, nada mais correto e justo que os ônus e encargos destas atividades também sejam suportados por todos.

Com isso tem-se que a responsabilidade objetiva do Estado é a obrigação que o Estado tem de indenizar em razão de uma prática de atividade lícita ou ilícita que produziu danos na esfera jurídica de outrem e que para configurá-la basta prova da relação de causalidade entre a conduta do Estado e o dano sofrido pela vítima (MELLO, 2010, p. 1005-1006).

Analisando então o texto do dispositivo citado (§ 6º, artigo 37 da Constituição Federal), nota-se menção a duas categorias de pessoas sujeitas à responsabilidade objetiva: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Com relação à primeira categoria mencionada no dispositivo legal, têm-se como objetivamente responsáveis as pessoas jurídicas de direito público e estas estão qualificadas no artigo 41 do Código Civil Brasileiro:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
I - a União;
II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;
V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Nesse caso, considerando então que o Estado não tem como causar dano a ninguém por ser pessoa jurídica, e que sua atuação é realizada pelos seus agentes (pessoas físicas), os quais efetivamente manifestam a vontade estatal, cabe ao Estado responder civilmente pelos danos que estes causarem a terceiros. Esta questão também está disposta no Código Civil, artigo 43:

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

Uma questão levantada por Cavalieri Filho (2010, p. 247) é quanto à relação entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano. “Terá o ato que ser praticado durante o serviço, ou bastará que seja em razão dele?” Haverá responsabilidade do Estado sempre que o dano causado a terceiro tenha relação com a atuação do agente da Administração.

Portanto, a Administração Pública deve exercer suas atividades com muita segurança, pois, como demonstrado até agora, a responsabilidade civil do Estado tem seu fundamento na teoria do risco, ou seja, suas atividades geram risco para a sociedade.

Agora com relação à segunda categoria mencionada no dispositivo legal também se tem como objetivamente responsáveis as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, ou seja, estas são equiparadas ao regime da Administração Pública no que diz respeito à responsabilidade civil. Em sendo assim, os entes jurídicos privados que prestam serviço público têm “a mesma responsabilidade que tem a Administração Pública” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 257).

Para que seja configurada a responsabilidade objetiva, uma das regras a serem exigidas “é que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada” (DI PIETRO, 2010, p. 649). Só respondem objetivamente, nos termos do previsto na Constituição Federal, as que prestam serviço público, mesmo as concessionárias e permissionárias, e causam dano em decorrência desse serviço.

Percebe-se que o serviço público, mesmo que realizado por entidade privada, não perde a natureza estatal, a titularidade permanece sendo da entidade pública.

Essas entidades privadas que prestam serviços públicos respondem pelos danos causados com o seu próprio patrimônio e em nome próprio, pois são pessoas jurídicas com patrimônio e capacidade. São sujeitos de direitos e obrigações, agem por sua conta e risco e são responsáveis pelos resultados de suas ações. O único objetivo da norma constitucional foi estender a estas entidades privadas a responsabilidade objetiva, deixando-as assim de forma idêntica ao Estado, e não que o Estado responda por elas. Somente após esgotados todos os recursos da entidade prestadora de serviço público é que o Estado responde subsidiariamente, afinal "se o Estado escolheu mal aquele a quem atribui a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente" (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 258).

Conclusão

O tema analisado neste trabalho é de fundamental importância perante o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, bem como perante o Direito Privado. O estudo da responsabilidade civil, no tocante à responsabilidade civil do Estado, demonstra a relevância do tema, haja vista a riqueza de hipóteses de responsabilização do Estado pelos danos causados a terceiros.

O Estado tem como função e objetivo atender ao interesse público. Esse serviço de atendimento ao interesse público é realizado por suas entidades, seus órgãos públicos e seus agentes, e para que seja cumprido esse dever de atendimento ao interesse público utiliza-se de todos os poderes necessários e conferidos a ele pela ordem jurídica.

Nosso país é organizado na forma de um Estado Democrático de Direito, conforme estabelecido na Constituição Federal. O Direito Administrativo tem sua origem no Estado Democrático de Direito, portanto é ramo do Direito Público e tem como função primordial regular as relações entre o Estado e os cidadãos. O Direito Administrativo surge para dar limites à conduta do Estado e assim, conseqüentemente, proteger a sociedade, atuando por meio dos órgãos públicos que integram a estrutura do Estado e desempenham funções estatais através de seus agentes.

Os agentes do Estado são pessoas físicas que exteriorizam a vontade estatal, sendo que esta manifestação se dá através do ato administrativo e destina-se a produzir efeitos jurídicos com a finalidade de atingir o interesse público. Os agentes do Estado são incumbidos de função pública.

Após um longo processo evolutivo da responsabilidade civil do Estado, foi com a teoria do risco, adaptada à Administração

Pública, que iniciou a teoria do risco administrativo. Nessa teoria não importa se houve por parte do Estado falta ou culpa do serviço, pois, se o Estado exerce suas atividades para o benefício da sociedade e por algum motivo esta atividade acaba por prejudicar alguém, cabe a ele indenizar a pessoa pelo prejuízo causado, pois o Estado é responsável pelo risco criado do exercício de suas atividades administrativas.

Há duas modalidades de responsabilidade do Estado: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. Aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva quando o dano causado pelo Estado foi em decorrência de sua omissão, quando o seu serviço não funcionou, funcionou mal ou com atraso. A responsabilidade subjetiva do Estado existe em nosso sistema jurídico, tendo em vista fato de terceiros e fenômenos da natureza. Cabe também esse tipo de responsabilidade quando o Estado se omite na realização de um serviço, quando deixa de agir no momento em que deveria e o dano acaba surgindo desta “falta do agir” do Estado. Nesses casos, basta à vítima comprovar uma falha ou o simples mau funcionamento do serviço público para que se configure a responsabilidade do Estado, caracterizando a responsabilização da Administração com base na culpa anônima, pois não está ligada à figura de um agente determinado.

Porém, prevalece em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva do Estado. Esta responsabilidade tem seu fundamento na teoria do risco administrativo e nessa teoria não há que se falar em culpa, pois o que importa é a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado, ou seja, o nexos de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima.

Na teoria do risco também não se questiona se o serviço público funcionou bem ou mal, pois o que importa é a prática de um ato lícito ou ilícito por um agente do Estado, que cause um dano específico e anormal e que haja nexos causal entre o ato do agente e o dano suportado pela vítima. A responsabilidade objetiva do Estado então é a obrigação que o Estado tem de indenizar em razão de uma prática de atividade lícita ou ilícita que produziu danos na esfera jurídica de outrem.

Contudo, o Estado jamais será responsabilizado se não existir nexos causal entre o dano e a conduta da Administração. A exemplo disso, há os casos de culpa exclusiva da vítima.

Dessa mesma forma é a responsabilidade das entidades privadas que prestam serviços públicos, pois agem por sua conta e risco e são responsáveis pelos resultados de suas ações. Se estas entidades privadas prestadoras de serviço público causarem danos a ter-

ceiros vão responder em nome próprio e com o seu próprio patrimônio. Somente depois de esgotados todos os recursos da entidade prestadora de serviço público é que o Estado responde subsidiariamente.

A responsabilidade civil do Estado consiste em uma obrigação de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades. Suas atividades geram riscos e a Administração Pública não poderia ficar isenta de responsabilização pelos riscos de suas atividades, bem como pelo resultado da prática de seus atos.

Referências

- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. edição revista. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.