

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO DECORRENTE DE SUA
CONDUTA OMISSIVA (ESTADO GARANTE)**

PRISCILLA CAVALCANTI PERES DOS SANTOS

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2021**

PRISCILLA CAVALCANTI PERES DOS SANTOS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO DECORRENTE DE SUA
CONDUTA OMISSIVA (ESTADO GARANTE)**

Trabalho apresentado como requisito para
a conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Faculdade IDP.

Orientador: Prof. Me. Antônio Rodrigo
Machado de Sousa.

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2021**

Priscilla Cavalcanti Peres dos Santos

**A responsabilidade civil objetiva do Estado decorrente de sua conduta
omissiva (Estado Garante)**

Trabalho apresentado como requisito para
a conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Faculdade IDP.

Brasília-DF, 20 de dezembro de 2021.

Prof. Me. Antônio Rodrigo Machado de Sousa (IDP)
Professor Orientador

Prof. Dr. Flávio José Roman (CEPES-IDP)
Membro da Banca Examinadora

Prof. Me. Vlândia Pompeu Silva (Professora Convidada-IDP)
Membro da Banca Examinadora

Trabalho dedicado, em especial, aos meus pais, Gilberto dos Santos e Schirley Cavalcanti dos Santos, à minha avó, Missias Maria da Conceição, à minha filha Manuella Cavalcanti dos Santos Melão, e ao meu marido, Daniel Peres Cavalcanti.

AGRADECIMENTOS

Agradecimento enorme e sincero ao meu orientador, Prof. Dr. Antônio Rodrigo Machado de Sousa, pela paciência e incentivo para a consecução deste trabalho.

*“A mente que se abre a uma nova ideia
jamais voltará ao seu tamanho original.”
(Oliver Wendell Holmes Sr.)*

RESUMO

O trabalho monográfico abordará, em especial, casos em que a omissão estatal gera uma responsabilidade civil objetiva para o Estado. Para isto, buscar-se-á esclarecer o que vem a ser a responsabilização civil estatal, conceituando-a, analisando-se a síntese evolutiva das teorias de responsabilidade civil da Administração Pública desde o fim do século XIX, tanto no cenário internacional como no nacional, onde este tema se insere na Constituição da República Federativa do Brasil bem como nas normas infraconstitucionais, quais fatores que permitem atenuar ou expurgar a responsabilidade civil da Administração Pública, obtendo-se o substrato necessário para aplicar a Responsabilização Civil Objetiva aos casos de omissão estatal quando o Estado figurar na posição de garante da integridade dos administrados.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil da Administração Pública; Omissão Específica do Estado; Estado Garante no Direito Administrativo; Responsabilidade Civil Objetiva na Omissão Específica do Estado; Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado.

ABSTRACT

The monographic work will approach, in particular, cases in which state's omission generates an objective civil responsibility for the State. For this, it will seek to clarify what is the state civil responsibility, conceptualizing it, analyzing the evolution of theories of civil responsibility of Public Administration since the end of the nineteenth century, both in the international scenery as in the Brazilian's national, where this theme is inserted in the Constitution of the Republic of Brazil as well as in the infra-constitutional laws, which factors allow to mitigate or to put away the civil responsibility of the Public Administration, obtaining the necessary substrate to apply the Objective Civil Responsibility in cases of state's omission when State appears in the position of guarantor of the integrity of the managed.

KEYWORDS: *Civil Responsibility of Public Administration; State Specific Omission; Guaranteed State in Administrative Law; Objective Civil Responsibility in State Specific Omission; Subjective Civil Responsibility of State.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
1.1. Conceito	13
1.2. Evolução das Teorias de Responsabilidade Estatal	14
1.3. Justificativa da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública	18
1.4. Breve histórico da responsabilização civil da Administração Pública no Brasil	20
2. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (§ 6º do art. 37)	24
2.1. A responsabilidade civil estatal por dano nuclear com fulcro na teoria do risco integral	30
2.2. Legislação esparsa acerca da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública	33
3. CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	35
3.1. Força Maior ou Caso Fortuito	35
3.2. Conduta da vítima para a ocorrência do evento danoso	37
3.3. Conduta Culposa de Terceiro	38
3.4. Atos Legislativos	39
3.4.1. Leis Inconstitucionais	40
3.4.2. Leis de Efeitos Concretos	41
3.4.3. Omissão no Poder de Legislar e Regulamentar	42
3.5. Atos Jurisdicionais	43
4. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, DECORRENTE DE ATOS OMISSIVOS, QUANDO O ESTADO ESTÁ NA POSIÇÃO DE GARANTE	47
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

O Direito, tradicionalmente dividido nos ramos público e privado, é constantemente compatibilizado pelos tribunais de tal forma a atender os anseios sociais e doutrinas jurídicas. Principalmente quando estas passam a dar novos contornos à hermenêutica legal.

No ramo do Direito Público, notadamente, vemos prerrogativas conferidas ao Estado, enquanto Administração Pública, que, leigamente e à primeira vista, parece tratarem-se de vantagens atribuídas ao ente estatal, causando estranheza ao administrado.

Nesse contexto de vantagens é comum questionarmos a contraprestação que deverá ter o Estado para fazer jus às prerrogativas que colocam o administrado em certa desvantagem. Desta feita, neste trabalho, primeiramente, conhecer-se-ão em quais ocasiões o Estado deverá dar a seus administrados essas contraprestações – que veremos tratar-se da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública –, conceituando-a, justificando-a, adentrando nas teorias que justificam o porquê destes privilégios conferidos à Administração Pública e, conseqüentemente, à verificação de que todas estas teorias foram aplicadas no Brasil, por meio da análise da evolução histórica da Administração Pública brasileira.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve uma prevalência pela responsabilização objetiva do Estado, que se verificará um posicionamento incompleto, pois a Lei Maior não excluiu a modalidade subjetiva de responsabilização estatal. Porém, tais institutos comportam exceções quanto à sua aplicabilidade uma vez que seria descabida a consideração do Estado sempre responsável.

Diante do posicionamento incompleto alegado no parágrafo precedente, fulcra-se o presente trabalho com vistas a evidenciar que o Estado, mesmo em casos de responsabilização aparentemente subjetiva, quando houver omissão de sua parte onde deveria, por lei ou por hermenêutica legal, garantir a integridade

física, moral e psíquica do administrado, responderá, na verdade, objetivamente pelo dano causado, desde que haja o nexo de causalidade. Conferindo, assim, uma maior amplitude de possibilidade de ressarcimento do dano ao administrado pela Administração Pública. Para corroborar esse entendimento, analisar-se-á a moderna jurisprudência pátria acerca do tema, bem como a metodologia será delimitada pela reanálise da doutrina administrativista nesse tocante.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para tratarmos do tema da responsabilização da Administração Pública é necessário, preliminarmente, conceituá-la. Para tal, podemos identificar três vertentes ao qual ela se destina: matéria de conhecimento técnico-científico; o atendimento das necessidades da população por meio das estruturas de que dispõe o Estado; e o conjunto de funções que operacionalizam a máquina pública.

Assim, costumam os doutrinadores do Direito Administrativo, de forma unânime, elencar classificações no âmbito subjetivo e no âmbito objetivo, que são as mais utilizadas, a despeito de inúmeras outras classificações. Cabe dentre as outras, a fim de facilitar a compreensão das classificações mais frequentemente usadas, conhecer a classificação negativista ou residual. Esta se caracteriza por definir que a Administração Pública é toda atividade estatal que difere das atividades judiciária e legislativa. Restando, incontestemente, o princípio constitucional da tripartição dos poderes com seu sistema de freios e contrapesos, consagrado na obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu.

A classificação no âmbito subjetivo, também conhecida como formal ou orgânica, enfoca os entes executores da atividade administrativa, tais como: os agentes públicos, as pessoas jurídicas e os órgãos. Estes são os responsáveis por desenvolver a função administrativa propriamente dita ou típica.

A classificação no âmbito objetivo, também conhecida como material ou funcional, realça o complexo de atividades realizadas por estes entes; ou seja, é a função típica (função estritamente administrativa), por si mesma, realizada pelo Poder estatal encarregado de concretizá-la, o Poder Executivo.

De posse desse conhecimento, podemos, então, definir a Administração Pública como sendo um ente personificado no Estado com a função de comandar, gerenciar, dirigir e prestar serviços à coletividade, pressupondo uma relação de hierarquia e subordinação entre estas duas figuras.

É de se inferir, da definição, que na relação da coletividade com a Administração Pública, principalmente sob a ótica da prestação de serviços desta para com aqueles, poderá haver defeitos neste tipo de atividade. Como a população paga impostos ao Governo que os devolve na forma de serviços das mais variadas espécies, todos esperam que seja prestado um serviço a contento. Da observação da realidade, é incontroverso que, na verdade, a maioria dos serviços prestados pela Administração Pública é inferior ao que a coletividade espera. Diante do caráter remuneratório estabelecido, forma-se uma relação entre fornecedor e cliente quanto aos serviços de natureza pública prestados.

Desta feita, o fornecedor deve prestar um serviço adequado às necessidades de quem paga por eles. Da mesma forma, deve ser responsabilizado quando este serviço não é adequado, bem como nos casos de sendo adequados, causar dano a outrem, a depender da circunstância. Nesse contexto, é que chegamos à Responsabilização Civil da Administração Pública.

O comportamento comissivo ou omissivo do Ente Maior pode, embora lícito ou ilícito, adequado ou não, legítimo ou ilegítimo, ensejar algum tipo de dano a seus administrados ou a seu patrimônio. Nessa condição, deverá, em tese, o Estado reparar e restituir o *status quo* do administrado lesado.

No quesito da Responsabilidade Civil do Estado é importante ressaltar que além da função administrativa, existem as funções legislativas e judiciárias. Assim, quaisquer atos advindos destas atividades podem causar danos aos administrados. Este trabalho será limitado às questões da função administrativa, na esfera extracontratual. Por isso, denota-se o título em Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública na prestação de serviços, pois, do contrário, o mais correto seria Responsabilidade Civil do Estado, em virtude da presença das outras funções estatais, que somente serão explicitadas de maneira pontual neste trabalho.

1.1. Conceito

Para conceituar a Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública é importante saber, primeiramente, o que é a Responsabilidade Civil. O Código Civil vigente, em seu art. 186 diz que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”¹. No título da Responsabilidade Civil, versa o Código em seu art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”². Percebe-se que a regra é abstrata e genérica, abrangendo tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual. Para distinguir estas duas modalidades, vê-se que a contratual se relaciona com os contratos firmados pela Administração com seus respectivos contratados, regido por princípios próprios. Já a extracontratual se relaciona com as atividades prestadas pela Administração sem nenhuma relação ou dependência com a noção pactual dos contratos. E é esta conceituação que se busca, objeto deste tópico.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.³

Diógenes Gasparini⁴ define a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado como sendo: “A obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável.”

José Cretella Júnior leciona que:

¹ BRASIL, art. 186, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 1º mar. 2021.

² *Ibidem*, art. 927.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 639.

⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 838.

Responsabilidade, quer pública, quer privada, pode ser contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual deriva da infração de cláusulas aceitas por ambas as partes. Desse modo, celebrado o contrato, descumprida uma ou mais cláusulas, o prejuízo ocasionado empenhará a responsabilidade do infrator.

A responsabilidade extracontratual, responsabilidade fora do contrato ou responsabilidade aquiliana é, regra geral, direta, o que quer dizer que a Administração responde, por fato próprio, pelas atividades não só lícitas e legítimas, como também pelas ilegítimas e ilícitas geradas por seus órgãos, visto que os entes públicos, em geral, só podem querer e agir por meio das pessoas físicas prepostas aos cargos, de tal modo que a vontade e a ação dos órgãos é vontade e ação daqueles entes, numa verdadeira relação de irmação ou identificação orgânica.⁵

Por fim, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de 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.⁶

Nesse caso, diante do exposto, é uma boa definição para a Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública como sendo a obrigação de reparação patrimonial dos danos causados a outrem, decorrentes dos fatos e funções administrativas típicas unilaterais, lícitas ou ilícitas, adequadas ou não, comissivas ou omissivas, executadas por seus entes e/ou órgãos, desde que se lhe imputáveis objetivamente ou a título de dolo ou culpa, subjetivamente.

1.2. Evolução das Teorias de Responsabilidade Estatal

Na Idade Média, época das grandes monarquias e impérios, prevalecia o fato de que o dirigente máximo nunca errava, principalmente, nas épocas absolutistas. Suas decisões eram reflexos das “decisões” das divindades em que criam os administrados. Portanto, descartável a hipótese de que um Deus pudesse se

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 601-602.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 606.

equivocar. Nesse ambiente, instituíam-se a teoria da irresponsabilidade estatal, uma vez que era descabida qualquer análise de erro pelo Governo/Administração e tão pouco quanto ao dano. Ou seja, se houvesse dano, nada mais seria que a mera casuística de que Deus quis que assim acontecesse, ainda que fosse um fato administrativo emanado do dirigente máximo. Caso se considerasse que o dirigente cometesse um erro, tinha-se a ideia de que este poderia ser falho como qualquer de seus súditos. Hipótese, à época, totalmente inconveniente.

Com a rudimentar evolução legislativa que essas sociedades experimentaram no que tange, em especial, à evolução dos direitos individuais, o Estado passou a ter mais sujeições às leis e ao Direito, até que, gradativamente, se equiparasse a um patrão, primeiramente, e ao instituto da pessoa jurídica, em momento bem posterior. Ressalte-se que Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo, só abandonaram a teoria da irresponsabilidade estatal em 1946 (*Federal Tort Claim Act.*) e 1947 (*Crown Proceeding Act.*), respectivamente.

Com o Liberalismo e a crescente legislação em prol dos direitos individuais, tentou-se equiparar o Estado a um indivíduo (chefe/patrão) desde que o dano fosse causado por atos tão somente de gestão. Ou seja, se os agentes estatais agissem com culpa ou dolo no evento danoso, poderiam os administrados ter reparados os seus danos desde que evidenciassem a existência desses elementos subjetivos dos agentes. Surgia, assim, a teoria da responsabilidade com culpa civil do Estado ou da responsabilidade subjetiva. Porém, a comprovação dos elementos subjetivos pelo administrado dificultava sobremaneira a consecução efetiva da reparação do dano. Dano este que também deveria ser comprovado pelo administrado. Os conceitos de culpa e dolo, nessa fase, assemelhavam-se aos desses respectivos institutos no âmbito do Direito Privado. Desta forma, o Estado aproximava-se à condição jurídica dos administrados.⁷

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 900.

Como a dificuldade para o administrado em ser ressarcido era grande, mudou-se o foco para a prestação do serviço pela Administração. Paul Duez⁸ consagrou a doutrina de que o administrado sofredor do dano não precisaria mais identificar o agente causador, bastando-lhe, simplesmente, a comprovação da falha do serviço. Tal doutrina teve origem, na lição de Di Pietro⁹, com a jurisprudência proveniente do famoso caso Blanco, ocorrido em 1873. Esta falha subdividia-se em inexistência do serviço, retardamento do serviço ou mau funcionamento. Surgia, então, a teoria em que os franceses focavam a responsabilização estatal na *faute du service*, ou seja, a teoria da culpa administrativa. Esta teoria é considerada o primeiro estágio entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva. Porém, restava ainda ao administrado provar que o dano era ocasionado pela falta do serviço e, conseqüentemente, tendo o Estado atuado culposamente no evento danoso. Assim, restava o ônus da prova do elemento culpa, portanto, a prova da culpa administrativa. Havia, enfim, a dissociação da culpa estatal e do seu agente, pela qual ele mesmo, individualmente, respondia.

Com os tribunais franceses sendo demandados à luz da teoria da culpa administrativa, o Conselho do Estado Francês, sem abjurar este dogma, passou a tomar como critério, em alguns casos, a teoria do risco, que serviria de alicerce para a teoria da responsabilidade objetiva estatal. Tal teoria funda-se, num primeiro momento, na igualdade de todos os cidadãos ante os encargos sociais, ou seja, dividem-se entre todos os benefícios da atuação estatal assim como também os prejuízos desta atividade. Desta maneira, o Estado deve indenizar o administrado prejudicado com recurso público, dos encargos sociais. Então, a ideia de culpa passa a ser substituída pelo nexu de causalidade.

Muitos doutrinadores subdividem a teoria do risco em risco administrativo e risco integral, classificação idealizada pelo autor Hely Lopes Meirelles¹⁰. Na teoria do

⁸ Paul Duez (1888-1947), jurista francês, foi o criador da teoria da culpa administrativa, em 1926. DUEZ, Paul *apud* AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, v.2, p. 195.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 641.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 624.

risco integral resta caracterizado o dever de a Administração indenizar o administrado que sofre o dano, independentemente se este concorre com culpa ou dolo para este evento. Basta apenas que o Estado esteja envolvido no próprio evento. Alguns doutrinadores, como José dos Santos Carvalho Filho¹¹, chegam a perfilhar o ensinamento que na teoria do risco integral não há sequer a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a ação/omissão estatal e o resultado de dano, ainda que haja culpa exclusiva da vítima.

Porém, majoritariamente, concordam os doutrinadores da área, que há a exigência de, pelo menos, provar-se o nexo causal. Posição esta, acertadamente, a mais adequada. Já na teoria do risco administrativo há, praticamente, unanimidade quanto à necessidade de prova do nexo de causalidade e o resultado, ainda considerando a participação do administrado para total ou parcial para a ocorrência do dano. No primeiro caso, haveria a isenção da responsabilidade estatal de indenizar e no segundo caso atenuação dessa responsabilidade. Nessa teoria, não há a consideração da falta ou defeito serviço prestado pela Administração (teoria da culpa administrativa). Apenas considera-se o fato que do serviço estatal prestado decorra riscos para o administrado, que pode ou não ser amenizado na medida em que o lesado concorra para a ocorrência do resultado. No Brasil, apesar de alguns doutrinadores afirmarem que a teoria do risco integral jamais fora aplicado por aqui, há inserção de dispositivos na legislação pátria que nos permitem reavaliar esse posicionamento, principalmente quando observado o art. 21, XXIII, d, da Constituição Federal brasileira¹² (danos de acidentes nucleares) assim como, por exemplo, os danos previstos nas Leis 10.309/2001¹³ (atentados terroristas ou atos

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 566.

¹² BRASIL, art. 21, inciso XXIII, alínea d, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

¹³ BRASIL, Lei 10.309, de 22 de novembro de 2001. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10309.htm>. Acesso em: 3 de mar. 2021.

de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras), e 10.744/2003¹⁴ (mesma matéria da lei anterior considerando-se, porém, os eventos correlatos).

1.3. Justificativa da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública

Com a relativização da teoria da irresponsabilidade estatal ocorrida no século XIX, principalmente na França, surgiu a teoria da culpa administrativa, que se mostrava ainda bastante injusta ao administrado. Como os tribunais franceses passaram a ser demandados ante essa injustiça, nasceu a jurisprudência baseada na igualdade de todos os cidadãos ante os encargos sociais, onde deveriam ser divididos entre todos os benefícios da atuação estatal assim como também os prejuízos desta atividade.

Por exemplo, temos o caso Rothschild, julgado em 09 de maio de 1855, pelo Tribunal de Conflitos Francês entre Louis-Meyer Rothschild, comerciante, e Larcher, funcionário do serviço postal. A contenda teve como objeto o pedido de indenização decorrente do envio equivocado de uma correspondência por Larcher, que continha o equivalente a 30.000 francos em diamantes para outro destinatário com o sobrenome Rothschild que não Louis-Meyer Rothschild, destinatário originário. O Tribunal Civil do Sena, no entanto, declarou-se incompetente para apreciar a questão e o problema foi parar no Tribunal de Conflitos, o qual decidiu que o julgamento do caso não poderia se dar segundo as regras e disposições do Direito Civil, sendo a autoridade administrativa a competente para decidir questões envolvendo obrigações indenizatórias do Estado. A Corte ressaltou, entretanto, que em se tratando de responsabilidade civil do Estado por falta, erro ou negligência de um serviço público, tal obrigação estatal não seria geral e nem absoluta. (*LES TRÈS*

¹⁴ BRASIL, Lei 10.744, de 9 de outubro de 2003. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.744.htm>. Acesso em: 3 de mar. 2021.

GRANDES DÉCISIONS DU DROIT ADMINISTRATIF Recueil de décisions juridictionnelles)¹⁵.

Outro famoso caso da jurisprudência francesa é a julgada em 08 de fevereiro de 1873, pelo Tribunal de Conflitos Francês, envolvendo Agnès-Blanco, criança francesa, e a Companhia Nacional de Tabaco da França. A disputa tinha como núcleo o pedido de indenização formulado pelo pai de Agnès-Blanco em virtude do atropelamento da filha por um vagão de trem da companhia de tabaco. O Tribunal Civil, mais uma vez, se julgou incompetente e o caso foi remetido para o Tribunal de Conflitos. Este, por sua vez, confirmou o entendimento do Caso Rothschild e afirmou que:

a responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares por faltas cometidas por agentes públicos não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil, cujas disciplinas atingem somente as relações entre particulares. (*LES TRÈS GRANDES DÉCISIONS DU DROIT ADMINISTRATIF Recueil de décisions juridictionnelles*).¹⁶

Disse ainda que a Responsabilidade Civil do Estado “não é geral e nem absoluta”, sendo disciplinada por regras especiais destinadas a equilibrar os direitos do Estado com o Direito Privado.

Sob este prisma, reconhecida a desigualdade jurídica entre a Administração e o administrado, procurou-se aproximar a condição jurídica dos dois polos com a desnecessidade da comprovação de culpa da Administração pelo administrado. Assim, vem à luz a responsabilização objetiva da Administração Pública alicerçada na teoria do risco administrativo. Ou seja, somente em situações específicas serão afastadas ou atenuadas a responsabilidade do ente público, que analisaremos no capítulo 3 deste trabalho.

¹⁵ FRANÇA, Paris. *Les Très Grandes Décisions du Droit Administratif - Recueil de décisions juridictionnelles*. Université de Paris. 2009. Disponível em <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/TGD.09.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

¹⁶ *Ibidem*.

1.4. Breve histórico da responsabilização civil da Administração Pública no Brasil

Podemos dividir esse histórico de acordo com as fases colonial, imperial e republicana do Brasil.

Na fase colonial estava o Brasil sob a égide legislativa portuguesa que, à época, se tratava de um governo monárquico (que perdurou até 1822). Este anuía com a teoria da irresponsabilidade estatal e, por conseguinte, estavam os colonos brasileiros sob esta tutela. Sendo, portanto, um argumento válido para que esta teoria fora, de certa maneira, aplicada ao nosso país.

Na fase imperial, tomando-se por base a legislação esparsa (decretos: item 8º do DIM – 1/10/1821¹⁷; DIM – 8/1/1835¹⁸; DIM 498 – 22/1/1847¹⁹ –; art. 70 do DIM 738 – 25/11/1850²⁰ –; entre outros) e a Constituição de 1824, principalmente no seu art. 99²¹ (irresponsabilidade do Imperador) e art. 179, inciso XXIX²² (responsabilização subjetiva dos empregados públicos no exercício da função), é perceptível a relativização da teoria da irresponsabilidade do período colonial. Diante do exposto, é possível afirmar que o período experimentou uma vertente da teoria da responsabilidade com culpa civil do Estado (subjetiva). Nesse sentido:

Art. 70. Os Officiaes Maiores não poderão recusar, nem demorar ás partes o registro dos documentos, ou averbações que estas lhes

¹⁷ BRASIL, item 8º, do Decreto Imperial, de 1º de outubro de 1821, CLBR de 1821. Poder Executivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-01-10-1821.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

¹⁸ BRASIL, Decreto Imperial, de 8 de janeiro de 1835, CLBR de 1835. Poder Executivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-8-1-1835.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

¹⁹ BRASIL, Decreto Imperial nº. 498, de 22 de janeiro de 1847, CLBR de 1847. Poder Executivo. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim0498.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁰ BRASIL, art. 70, do Decreto Imperial nº. 738, de 25 de novembro de 1850, CLBR de 1850. Poder Executivo. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim0738.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²¹ BRASIL, art. 99, Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²² *Ibidem*, art. 179, inciso XXIX.

requererem em termos legais, nem as certidões dos seus livros que pretenderem, as quaes passarão sem dependencia de despacho superior, sempre que se não offerer inconveniente; e **serão responsáveis ás mesmas partes pelos damnos que com a recusa ou demora lhes causarem**, além das penas que **competirem por suas omissões, erros, ou prevaricações**; podendo até intentar-se contra elles a acção de estellionato, nos casos em que esta possa ter lugar. (DIM 738/1850).

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

(...)

XXIX. Os Empregados Publicos **são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções**, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos. (Constituição de 1824)

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: **Elle não está sujeito a responsabilidade alguma**. (Constituição de 1824)

Na fase republicana, na mesma linha do art. 179, inciso XXIX, da Constituição de 1824, havia na Constituição de 1891, o artigo 82²³ que responsabilizava o funcionário por abusos ou omissões no exercicio da função de seus cargos. Ao lado dessa constituição republicana, havia outros decretos semelhantes à da época imperial no sentido de se responsabilizar os agentes públicos tais como: Decreto 1.663, de 30 de janeiro de 1894²⁴, Decreto 1.692-A, de 10 de Abril de 1894²⁵ e o Decreto Legislativo 1.151, de 5 de janeiro de 1904²⁶. Nessa fase já começam a

²³ BRASIL, art. 82, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁴ BRASIL, art. 552, do Decreto 1.663, de 30 de janeiro de 1894, CLBR de 1894. Poder Executivo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1663-30-janeiro-1894-540570-publicacaooriginal-40996-pe.html>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁵ BRASIL, capítulo II, arts. 8º ao 14, do Decreto 1.692-A, de 10 de abril de 1894, CLBR de 1894. Poder Executivo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1692-a-10-abril-1894-524330-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁶ BRASIL, Decreto Legislativo 1.151, de 5 de janeiro de 1904, CLBR de 1904. Poder Legislativo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1151-5-janeiro-1904-583460-publicacaooriginal-106278-pl.html>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

aparecer leis, como a Lei Federal 221 de 1894²⁷, com o tema de responsabilização, assim como o Código Civil de 1916 que estatuiu a norma de que:

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

Já em seu art. 15²⁸, da parte geral. Destacando o trecho “... procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei...”, podemos perceber se tratar da teoria da responsabilidade civil com culpa do Estado ou da responsabilidade subjetiva, a despeito de que sua redação confusa pudesse conceber equivocadamente o agasalhamento da teoria objetiva.

No ano de 1934, o decreto 24.216²⁹, de 9 de maio, tentou tirar a responsabilidade do Estado fazendo restar apenas a do funcionário causador do dano. Mas a Constituição de 1934, em seu art. 171³⁰, atribuiu a responsabilidade solidária entre funcionário e o Estado. Assim permanecendo na Constituição de 1937³¹. Somente com a Constituição de 1946 é que se vê a consagração da responsabilidade objetiva da Administração Pública, mais precisamente em seu art. 194³², inclusive com o direito da ação regressiva (art. 194, § único, CF/1946). Na

²⁷ BRASIL, art. 84, Lei nº. 221, de 20 de novembro de 1894, Poder Legislativo. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁸ BRASIL, art. 15 da parte geral da Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁹ BRASIL, Decreto 24.216, de 9 de maio de 1934, Poder Executivo. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24216-9-maio-1934-515151-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

³⁰ BRASIL, art. 171, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

³¹ BRASIL, art. 158, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

³² BRASIL, art. 194, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

mesma linha se deram as redações do art. 105, da Constituição de 1967³³ e do art. 107 da Emenda nº. 1 de 1969³⁴, culminando com o então vigente § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988³⁵.

³³ BRASIL, art. 105, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, de 24 de janeiro de 1967. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

³⁴ BRASIL, art. 107, Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, de 17 de outubro de 1969. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

³⁵ BRASIL, art. 37, § 6º, Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (§ 6º do art. 37)

É unânime na doutrina pátria que no § 6º, do art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil, foi adotada a vertente objetiva da responsabilização extracontratual do Estado, decorrente de atos comissivos, sob a égide da teoria do risco administrativo, para todos os danos que os agentes estatais (em todas as suas espécies) causarem (verbo que traduz a ideia de comissividade) aos administrados. Impende destacar que os danos decorrentes de atos omissos da Administração Pública não são alcançados pela norma supracitada (portanto, casos sob a égide da teoria da culpa administrativa). Ressaltando, ainda, que a culpa ou o dolo no dispositivo a seguir são exigidos apenas em relação ao agente causador direto do dano e não das pessoas jurídicas.

O dispositivo preceitua que:

§ 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.³⁶

Em perfeita harmonia à norma constitucional, dispõe o Código Civil em seu art. 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.³⁷

Porém, o artigo do Código Civil é mais restrito que o artigo da Constituição, pois deixa de mencionar as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos. O que é facilmente percebido pelo comparativo das normas.

³⁶ BRASIL, art. 37, § 6º, Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

³⁷ BRASIL, art. 43, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 5 de abr. 2021.

Deve-se ter bastante cuidado quanto às pessoas jurídicas de direito privado, pois o art. 37, § 6º, da Constituição Federal só abrange, quanto a estas, somente àquelas que prestam serviço de conotação pública, pois caso o serviço prestado seja de conotação, por exemplo, de exploração de atividade econômica, logo, de conotação privada, estarão abarcadas pelo art. 173, § 5º, da Constituição Federal³⁸, onde sua responsabilização deverá ser atinente à lei específica. Na mesma linha de raciocínio, quanto à análise das pessoas jurídicas de direito privado abraçadas pelo art. 175, da Constituição Federal³⁹, por prestarem serviços públicos, terão sua responsabilidade remetida ao § 6º, art. 37, do mesmo diploma, e as pessoas jurídicas de direito privado que tenham relação de delegação com a Administração Pública, com responsabilização alicerçada no direito privado (Código Civil e leis esparsas). Essa diferenciação de forma precisa foge ao escopo deste trabalho.

A norma constitucional em apreço, título deste capítulo, tem o condão de abranger todas as entidades da Administração Direta, e algumas da Administração Indireta, em especial, as Autarquias – excetuadas as que desempenham atividade econômica, por exemplo, ou seja, que prestem serviços eminentemente privados – e Fundações Públicas – tanto as de direito público, espécies do gênero autarquias, como as de direito privado que prestem serviço público. Merecendo destaque que alguns autores, quanto às entidades supramencionadas da Administração Indireta, afirmam estas estarem abrangidas pelo § 6º, do art. 37, da Lei Maior, independentemente da atividade que desempenham⁴⁰. Tal posicionamento de não considerar a atividade desempenhada, não merece, de forma alguma, prosperar, quando se tem por tema a responsabilização civil. Para corroborar esse entendimento, é importante observar o exemplo da APPA (Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina), que é uma autarquia exploradora de atividade econômica (uma vez que esta espécie, pessoa jurídica de direito público prestadora de serviço com conotação privada, estaria fora da norma preceituada no § 6º, do art. 37 da

³⁸ BRASIL, art. 173, § 5º, Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

³⁹ *Ibidem*, art. 175.

⁴⁰ Nesse sentido, ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16. Ed. São Paulo: Método, 2008, p. 603.

Constituição Federal). Nesse sentido, temos o AI-AgR 357.727/PR, no STF, que não equipara a APPA à ECT – Empresa de Correios e Telégrafos no que tange à execução de seus débitos, reconhecendo a natureza autárquica de exploração econômica da primeira entidade em regime concorrencial:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. OFENSA INDIRETA. A decisão que obsta o processamento de recurso trabalhista, em face da ausência de requisitos de admissibilidade, é afeta às normas processuais. Eventual violação a preceitos da Constituição Federal só ocorreria de forma indireta. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴¹

Valendo consignar parte final do voto do Min. Relator, Maurício Corrêa, no supracitado julgado, *ipsis litteris*:

(...)

4. Ademais, não é de se aplicar à recorrente o entendimento firmado por este Tribunal acerca do regime de execução por precatório a que se sujeita a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Isso porque ausente a similaridade entre as empresas, de modo a ensejar o mesmo tratamento por ocasião da execução, porquanto, no caso da ECT, existe lei específica disciplinando a matéria (DL 509/69). Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

Tal precedente foi utilizado, por exemplo, no AIRE 371.681/PR com a ementa a seguir:

AI 371681

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 07/03/2005

Publicação: 30/03/2005

Decisão

DECISÃO: 1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, na instância de origem, indeferiu processamento de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho assim ementado: "APPA - **AUTARQUIA - ATIVIDADE ECONÔMICA - FORMA DE EXECUÇÃO - ARTIGO 173, 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - EMENDÁ CONSTITUCIONAL Nº 19/98 - VIOLAÇÃO CONSITUCIONAL NÃO CONFIGURADA. Não se vislumbra, no caso, ofensa à literalidade do disposto nos arts. 100 e 173 da Constituição Federal, este último com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, tendo em vista que a **atividade****

⁴¹ BRASIL, AI-AgR 357.727/PR, Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=304967>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

predominantemente de natureza econômica exercida pela reclamada não é própria e típica da administração pública e não se desenvolve em caráter de monopólio, em face do disposto no art. 21, inciso XII, "f", da Constituição Federal. Precedentes da SDI. Recurso de embargos não conhecido." (fls. 130). 2. Inviável o recurso. O acórdão impugnado está em estrita conformidade com a jurisprudência assentada da Corte sobre o tema, como se pode ver no trecho extraído do **voto proferido pelo Min. Rel MAURÍCIO CÔRREA, no AI nº 357727-AgR, publicado.**⁴²

Ou seja, a responsabilização civil da APPA, estaria encampada pelo Direito Civil ou Comercial, prioritariamente. Tendo em vista que a sua execução pecuniária não se dá por precatórios, à luz dos aludidos recursos extraordinários, fundada no direito privado. Portanto, deve ser considerada na análise da responsabilidade civil das autarquias, a atividade que desempenham. Assim como, entendo, em consonância à doutrinadora Di Pietro⁴³, que esta análise se estende ao caso das fundações públicas de direito privado que desempenhem atividades de conotação pública, baseada na mesma simetria lógica, que estariam sob a égide da responsabilização objetiva (art. 37, § 6º, CF/88).

Nessa seara e sob o mesmo fundamento, é cediço na doutrina administrativista que a sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradoras de atividade econômica não são abraçadas pela norma constitucional que dá título a este capítulo.

Segundo a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁴, a regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o art. 37, § 6º, da Constituição:

1. que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para prestação do serviço público);

⁴² BRASIL, AIRE 371.681/PR, Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho47545/false>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 645.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 645-646.

2. que as entidades de direito privado prestem **serviço público**, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; as que prestam serviço público respondem objetivamente, nos termos do dispositivo constitucional, quando causem dano decorrente da prestação de serviço público; mesmo as concessionárias e permissionárias de serviço público e outras entidades privadas somente responderão objetivamente na medida em que os danos por elas causados sejam decorrentes da prestação do serviço público;
3. que seja causado **dano a terceiros**, em decorrência da prestação do serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito; como o dispositivo constitucional fala em **terceiros**, é inaceitável o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro Carlos Velloso⁴⁵, no sentido de que a responsabilidade só é objetiva se o dano for causado ao **usuário** do serviço público; se for causado a **terceiro**, a responsabilidade é subjetiva (RE-262.651, 2ª turma, e RE-302.622-4, 2ª turma)⁴⁶; o dispositivo, ao falar em danos causados a terceiros, não distingue entre o usuário e o não usuário; em consequência, não pode o intérprete fazê-lo, sob pena, inclusive, de derogar o princípio da repartição dos encargos sociais e a ideia de risco que é inerente a grande parte das atribuições do Estado;
4. que o dano seja causado por **agente** das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agente **políticos, administrativos** ou **particulares em colaboração com a Administração**, sem interessar o título sob o qual prestem o serviço;
5. que o agente, ao causar o dano, aja **nessa qualidade**; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções.

Destaque-se que no tópico 3, acima citado, apesar do inaceitável entendimento da 2ª turma do STF, este não é extensível às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, por não terem sido objetos de exame pela referida turma.

Na legislação infraconstitucional, mais precisamente o Código Civil Brasileiro, que se compõe do princípio de simetria à Constituição Federal, fica mais clarividente que a responsabilização objetiva estatal é sempre decorrente de ato ilícito ou de ato lícito que cause dano anormal e específico. Tomando por base o art. 188 do Código Civil, que rege:

⁴⁵ AI-AgR 473.381/AP, Relator Min. Carlos Velloso, julgamento em 20 de set. 2005, *apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

⁴⁶ RE 459.749, com provimento negado pelo Relator Min. Joaquim Barbosa, tendo por base o informativo STF nº. 458, de março de 2007, *apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.⁴⁷

Observando o inciso II, do art. 188, que evidencia a ocorrência de dano, quando o Estado se vale do seu poder de polícia, por exemplo, e, posteriormente, seu parágrafo único, que caracteriza o ato defeso em lei como legítimo, mas com certos parâmetros, portanto ato lícito, leciona, em seguida, o art. 929, do mesmo diploma, que: “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”⁴⁸

Ou seja, incide a responsabilidade civil, ressalvada a culpa do administrado lesado ou do dono da coisa, para o Estado ainda que tenha agido licitamente nos moldes do art. 188, II, do Código Civil.

Ao observar, ainda, o art. 930 da Lei Civil, que versa:

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).⁴⁹

Persistirá a responsabilidade civil estatal (por ser o autor do dano), mesmo que terceiro dê brecha à ocorrência do perigo, podendo aquele somente intentar contra este ação regressiva a fim de recuperar o que tiver ressarcido ao lesado. Vale a mesma regra para o Estado, caso seja responsabilizado, (em virtude do parágrafo único do aludido art. 930) a ação de regresso contra aquele em defesa de quem se causou o dano.

⁴⁷ BRASIL, art. 188, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 7 de abr. 2021.

⁴⁸ *Ibidem*, art. 929.

⁴⁹ *Ibidem*, art. 930.

2.1. A responsabilidade civil estatal por dano nuclear com fulcro na teoria do risco integral

A despeito do § 6º do art. 37, que estatui a regra da Responsabilização Objetiva Estatal, não se pode esquecer, na Constituição Federal, o mandamento do art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, que consiste em: “d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)”⁵⁰

Desta feita, a mencionada norma nos leva, preliminarmente, a crer que o resultado calamitoso advindo de um desastre nuclear deva ser indenizado pelo Estado a todos os administrados lesados, irrestritamente. Fazendo-nos encampar, de pronto, a teoria do risco integral (explicitado no 1º capítulo deste trabalho). Alguns doutrinadores da área, apesar deste tema ser pouco estudado, perfilham este pensamento, apesar destes, em um primeiro momento considerarem injusta e, parecer, inaplicável pelo fundamento a seguir exposto.

Ante aos princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e razoabilidade concernentes à Administração Pública para com os administrados, é extremamente salutar que estes princípios possuam uma espécie de via de mão dupla. Assim, os administrados também devem ter para com a Administração Pública os conceitos da proporcionalidade e razoabilidade. Nesse ínterim, a fundamentação adequada para abraçar a responsabilidade civil por danos nucleares poderia, sem dúvida alguma, ser a teoria do risco administrativo. Nesse mesmo pensamento jurídico, seria extremamente gravoso entender que, pelo só envolvimento do Poder Público em um dano nuclear, devesse o Estado indenizar, sem levarmos em conta as nuances do caso *in concreto*. Vale citar, ainda, que alguns doutrinadores (Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho)⁵¹

⁵⁰ BRASIL, art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 7 abr. 2021.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 327.

sequer enxergam distinção entre a responsabilidade do § 6º, do art. 37 e a responsabilidade do art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, ambos da Constituição Federal.

É notório que existe uma diferença substancial, mas sutil, entre as duas normas. A norma do dano nuclear evidencia que a responsabilidade civil estatal será objetiva tanto para os atos comissivos como para os atos omissivos estatais ou de seus agentes, nessa qualidade. Já a norma “geral” (art. 37, § 6º, CF/88) evidencia, como já elucidado, que a responsabilidade civil estatal será objetiva somente para os atos comissivos estatais ou de seus agentes, nessa qualidade. Pois, frisou-se, enfaticamente, que a norma “geral”, *prima facie*, não tem o condão de agasalhar os atos omissivos estatais.

Impende destacar a lição de Cavalieri Filho⁵³:

No artigo 21, inciso XXIII, letra d da Constituição vamos encontrar mais um caso de responsabilidade civil. Temos ali uma norma especial para o dano nuclear, que estabeleceu responsabilidade objetiva para o seu causador, fundada no risco integral, dado a enormidade dos riscos decorrentes da exploração da atividade nuclear. Se essa responsabilidade fosse fundada no risco administrativo, como querem alguns, ela já estaria incluída no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, não se fazendo necessária uma norma especial.

Não se furtando a mencionar que em virtude do conhecido caso do acidente radioativo com o Césio-137, ocorrido em Goiânia, foi publicada a Lei 9.425/1996⁵⁴, que instituiu pensão vitalícia, como forma de indenização especial às vítimas do fato. Nessa mesma linha de pensamento, é bem sedimentada a conclusão que, ainda que pareça injusta e inaplicável ao caso dos danos nucleares, a teoria do risco integral, é, certamente, a doutrina aplicável ao tema ora abordado. Justamente por ser notório o risco que esta atividade carrega consigo e, portanto, sabedor o Estado de tal situação, deverá zelar pela incolumidade das pessoas. Aqui, o Estado, está na

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 489.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40.

⁵⁴ BRASIL, art. 1º, lei 9.425, de 24 de dezembro de 1996. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9425.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2021.

posição de garante, que será melhor explicado ao capítulo 4, deste trabalho, ainda que da omissão seja gerado o dano, sendo encampado pela responsabilidade civil objetiva. Tema que será abordando no 4º capítulo.

Não menos importante, é bom complementar o entendimento sobre o tema, a despeito da Lei 6.453/1977, que foi recepcionada pela atual Constituição da República, estabelecendo responsabilidade civil por danos nucleares, que estatuiu em seu art. 4º, *caput*:

Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear.⁵⁵

A norma, apesar da responsabilidade civil exclusiva atribuída ao operador (pessoa jurídica devidamente autorizada para operar instalação nuclear), deve ser interpretada harmonicamente com a Lei Maior. Já que esta, em seu art. 21, *caput*⁵⁶, diz que a atividade nuclear é de competência exclusiva da União. Portanto, a lei em apreço nada mais faz do que outorgar a existência de uma entidade, por meio de descentralização administrativa, para operar com tal atividade. Sabendo que qualquer iniciativa do Poder Executivo, nesse sentido, deve ser aprovada pelo Congresso Nacional, nos moldes do art. 49, inciso XIV, da Constituição Federal⁵⁷. Esta suposta empresa operadora de instalação nuclear, por força do art. 177, incisos I a IV, combinados com o inciso V do mesmo artigo, todos da Constituição Federal⁵⁸, seria uma empresa, provavelmente, nos moldes da tão conhecida Petrobrás, por exemplo, tendo em vista que esta explora petróleo e gás natural em regime de monopólio, e o mesmo aconteceria com eventual empresa criada para explorar as atividades com minerais nucleares.

⁵⁵ BRASIL, art. 4º, lei 6.453, de 17 de outubro de 1977. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2021.

⁵⁶ BRASIL, art. 21, *caput*, Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁵⁷ *Ibidem*, art. 49, inciso XIV.

⁵⁸ *Ibidem*, art. 177, incisos I a V.

Apesar dessa parecer uma das mais elásticas responsabilidades que se pode atribuir ao Estado, pode-se constatar que há recente legislação esparsa que confere maior elasticidade que a norma constitucional, em casos específicos, como verificar-se-á a seguir.

2.2. Legislação esparsa acerca da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública

Apesar de todo o exposto nesse capítulo, ainda há casos em que a Administração Pública tem a responsabilidade civil perante terceiros, como nos casos elencados, por exemplo, na Lei 10.744/2003. Que, em verdade, responsabiliza o Estado perante terceiros por atos causados por outros terceiros. Evidenciando maior abrangência que a norma “geral” constitucional.

A Lei 10.744/2003 responsabiliza o governo, nos moldes do seu art. 1º:

Art. 1º Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.⁵⁹

A maior elasticidade conferida pela supracitada lei justifica-se pelo fato do Estado Brasileiro garantir a proteção de seus cidadãos contra atentados terroristas, até porque desenvolve atividade de inteligência, nesse sentido⁶⁰.

Valendo mencionar a recente Lei 13.260/2016⁶¹, que define os atos de terrorismo, inclusive com medidas assecuratórias para reparação de danos ao seu art. 12, §§ 2º e 4º.

⁵⁹ BRASIL, art. 1º, lei 10.744, de 9 de outubro de 2003. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.744.htm>. Acesso em: 9 de abr. 2021.

⁶⁰ BRASIL. Gabinete de Segurança Institucional. Terrorismo. Poder Executivo. Disponível em: <<https://www.gov.br/abin/pt-br/assuntos/fontes-de-ameacas/terrorismo>>. Acesso em 9 abr. 2021.

Além de lembrar a já citada Lei 6.453/1977⁶², recepcionada pela nossa Constituição Federal, que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares.

⁶¹ BRASIL, art. 12, lei 13.620, de 16 de março de 2016. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2021.

⁶² BRASIL, art. 4º, lei 6.453, de 17 de outubro de 1977. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2021.

3. CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É de se perguntar: o Estado deve indenizar sempre que ocorrer o dano ao administrado e houver, entre o fato e o dano, o liame causal? É justo? A resposta para as duas questões é, obviamente, não! Pois existe a possibilidade de haver o dano ao administrado, mas sem o nexos causal entre o fato e o dano. Se não há ligação entre o fato e o resultado danoso, seria totalmente descabido exigir a responsabilização estatal. Já se explicitou que a responsabilização estatal, onde não haja o liame causal, só é possível à luz da teoria do risco integral, fato que só é observado na questão de danos nucleares. Portanto, quando não houver o nexos de causalidade, fundamento da responsabilidade civil estatal, desnecessária será a obrigação de indenizar. Ou, em outra hipótese, poderá ter esta responsabilidade atenuada a depender do caso *in concreto*.

Cautelas, todavia, devem ser tomadas, a fim de que não se isente o Estado de sua responsabilidade quando esta for devida. Desta feita, costuma apontar a doutrina que a responsabilidade estatal estará excluída nos casos de força maior ou caso fortuito, culpa da vítima para a ocorrência do evento (que é subdividida em total ou parcial) e culpa de terceiros. Em seguida, analisar-se-ão estas causas excludentes da responsabilidade civil (tanto de atos comissivos como de atos omissivos), pormenorizadamente.

3.1. Força Maior ou Caso Fortuito

A despeito da grande divergência doutrinária acerca do tema, das diferentes conceituações, a de melhor entendimento é a mescla dos conceitos de Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, elencadas na obra de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁶³, onde, em resumo, seriam:

⁶³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16. Ed. São Paulo: Método, 2008, p. 610.

- Força Maior: evento externo estranho a qualquer ação ou omissão administrativa e que seja imprevisível, inevitável ou irresistível, necessariamente. Exemplos: Guerra, Terremoto, Revolta popular, Furação, etc.⁶⁴

- Caso Fortuito: evento interno decursivo da ação ou omissão administrativa que gera um resultado inesperado, inexplicável. Todas as cautelas, medidas de segurança e obrigações são observadas, mas, mesmo assim, gera um resultado aberrante, excepcional, irregular.⁶⁵

Data vênua, repetindo que não há consenso entre os doutrinadores e tribunais quanto ao tema e que, por vezes, sequer os diferenciam, como no caso do voto do Ministro Celso de Melo, no Agravo de Instrumento nº. 455.846/RJ⁶⁶, de 11 de outubro de 2004, no STF, a linha que melhor se amolda ao caso é a de que, primeiramente, a força maior, exclui, de plano, a responsabilidade tanto da comissão quanto da omissão administrativa. Pelo fato de, nessa vertente, não haver nexo causal.

Porém, grande controvérsia é acerca do caso fortuito. Pois este, por ser fato interno decorrente da ação ou omissão administrativa, não há, por óbvio, a natureza de desconstituição do nexo causal. Todavia, da definição expendida, é incontroverso que a Administração tomou todas as diligências que dela se esperaria, apenas ocorrendo, em algum momento, um resultado totalmente atípico. A posição mais coerente, ainda que haja nexo de causalidade, é, excepcionalmente, excetuar a responsabilidade civil tanto da comissão quanto da omissão administrativa, até mesmo pelo voto do agravo de instrumento citado no parágrafo precedente.

Não obstante o exposto até aqui, no caso dos atos omissivos e comissivos estatais, precedentes ao fato danoso, serem, de toda feita, inescusáveis, ou seja, que os resultados poderiam de alguma maneira terem sido evitados ante uma

⁶⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16. Ed. São Paulo: Método, 2008, p. 484.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Íntegra do voto do Relator Min. Celso de Melo em Revista Eletrônica Consultor Jurídico, fundada no ano de 1997, São Paulo, SP. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-out-11/uniao_condenada_indenizar_erro_medico?pagina=2>. Acesso em 11 de abr. 2021.

atitude prévia da administração, ainda que resultantes de casos fortuitos ou de força maior, cairá por terra a excludente da responsabilidade civil estatal. Um exemplo clássico e elucidador é o caso de danos causados por enchentes (motivo de força maior) onde a administração não procede à manutenção e desentupimento dos bueiros e galerias de águas pluviais que, de fato, poderiam evitar a ocorrência deste resultado. Por fim, se reitera o destaque que este tópico, desculpando a insistência, é bastante embaralhado na doutrina e jurisprudências, mas com uma pequena maioria inclinando-se ao posicionamento adotado neste trabalho.

3.2. Conduta da vítima para a ocorrência do evento danoso

Preliminarmente, deve se fazer a observação se a conduta da vítima se deu de modo exclusivo ou de modo parcial (concorrente) para a ocorrência do resultado danoso. Muito se fala em culpa da vítima, apesar do termo ser inapropriado uma vez que a vítima nem sempre atua com dolo ou culpa, sendo mais correta a expressão conduta da vítima. Em seguida, devemos fazer a distinção entre as duas modalidades.

Na conduta de modo exclusivo, o resultado danoso só ocorre em virtude da ação ou omissão da vítima, portanto, descabida é a repartição entre todos (responsabilidade estatal) para ressarcir este dano. Já na conduta de modo parcial, o resultado danoso ocorre tanto pela ação ou omissão da vítima como, também, pela ação ou omissão estatal. Uma espécie de condutas concorrentes entre Estado e vítima.

A responsabilidade estatal, conforme abordado, estará adstrita à sua contribuição para o resultado de dano. Assim, se a vítima tem conduta exclusiva para a ocorrência do resultado, conseqüentemente nenhuma será a contribuição estatal para este resultado. Portanto, o Estado estará isento de responsabilidade civil, fazendo aparecer a excludente de responsabilidade civil estatal por conduta exclusiva da vítima.

No mesmo íterim, se a vítima tem conduta parcial para a ocorrência do resultado de dano, significa dizer que o Estado também possui conduta parcial para a ocorrência deste resultado. Desta feita, a responsabilidade deverá ser rateada ou dividida entre a vítima e o Estado. Significa dizer que o Estado terá uma responsabilidade atenuada. Tecnicamente, não se trata de uma excludente de responsabilidade civil estatal, mas tão somente de uma responsabilização menor, por assim dizer.

Conclui-se, então, que somente será excludente de responsabilidade civil da Administração Pública, o caso de conduta exclusiva da vítima para a ocorrência do resultado danoso, obviamente, com seu respectivo nexo de causalidade.

3.3. Conduta Culposa de Terceiro

Alguns administrativistas elencam a conduta culposa de terceiro, a qual ensejou dano à vítima, e não os agentes públicos, como excludente da responsabilidade civil estatal. Em regra, esse posicionamento é salutar. Já que o Estado não poderia responder por ato de terceiro, estranho à Administração Pública. Esta possível lide deveria ser enfrentada na esfera privada entre as partes.

Porém, o diploma da esfera privada é o Código Civil Brasileiro. E a Lei 10.406/02 trouxe inovações quanto ao tópico abordado, pois de acordo com seu o art. 731 esta é a atual regência:

Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código.⁶⁷

Estamos diante do caso de uma empresa privada, de direito privado, prestadora de serviço público. Ou seja, em um dos casos em que pode haver a responsabilização civil estatal. Concernente ao tópico ora abordado, preceitua o art.

⁶⁷ BRASIL, art. 731, lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2021.

735 do novel Código Civil: “Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”⁶⁸. Na mesma matéria, o STF já havia confeccionado a súmula 187 que versa: “a responsabilidade contratual do transportador por acidente com passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tenha ação regressiva”⁶⁹.

Do exposto, fica clarividente que a conduta culposa de terceiro deve ser olhada com bastante atenção, pois, ainda que o melhor posicionamento seja a regra de que se lhe atribui uma causa excludente da responsabilidade civil da Administração Pública, o tópico comporta exceções importantes e robustas, à luz do Código Civil de 2002.

3.4. Atos Legislativos

Primeiramente, como regra, vigora a irresponsabilidade estatal quanto aos atos legislativos. Pois, é difícil vislumbrar algum dano que uma lei possa acarretar ao administrado. O nobre administrativista Hely Lopes Meirelles, acerca do tema ora abordado, tem adotado o entendimento da teoria da irresponsabilidade estatal quanto a todos os atos legislativos, conforme passagem de sua obra:

O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação civil do Poder Público visa a restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade. Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal

⁶⁸ BRASIL, art. 735, lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2021.

⁶⁹ BRASIL, súmula nº. 187, Superior Tribunal Federal, de 13 de dezembro de 1967. Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3505>>. Acesso em: 11 de abr. 2021.

da culpa do Estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se nos afigura indemonstrável no regime democrático, em que o próprio povo escolhe seus representantes para o Legislativo. Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre os agentes políticos? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional.[!]⁷⁰

Em que pese o posicionamento, a doutrina majoritariamente adota que haverá a responsabilização civil do Estado nos casos de o Legislativo editar leis inconstitucionais e leis de efeito concreto, sejam elas constitucionais ou inconstitucionais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca, além dos dois casos precedentes, os atos normativos do Poder Executivo e de entes administrativos com função normativa, com vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade (que foge ao abordado neste trabalho) e a omissão no poder de legislar e regulamentar. Posição esta que se mostra a mais completa.

3.4.1. Leis Inconstitucionais

Tendo a premissa que aqueles que editam as leis representam a sociedade que os elegeu, por óbvio, é de supor que as leis editadas guardem compatibilidade com a Lei Maior. Furtando-se a este dever, pode surgir a responsabilização civil do Estado. Por exemplo, digamos que uma determinada lei institua um imposto inconstitucional. Se este imposto for declarado pelo Supremo Tribunal Federal como inconstitucional, o indivíduo que pagou este imposto deve, claramente, ter restituído o valor pago indevidamente bem como outros prejuízos, prováveis, sofridos pelo indivíduo em decorrência do que impôs a lei.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 665.

O mesmo raciocínio é usado para fundamentar os atos normativos do Poder Executivo e de entes administrativos com função normativa, com vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade, tema não objeto deste trabalho.

Quanto à inconstitucionalidade da lei editada, impende destacar que tanto materialmente ou formalmente inconstitucional, será fato gerador de responsabilização, desde que comprovado o dano e que tenha sido a lei declarada inconstitucional. Nessa seara, ficam evidentes as causas, quais sejam, dano (direta ou indiretamente causado pela lei) ao administrado e que o vício da lei seja declarado pelo STF, para a ocorrência do efeito responsabilização civil estatal.

3.4.2. Leis de Efeitos Concretos

Esse tipo de lei, logicamente, é desprovida da materialidade atinente às leis em geral, ou seja, não possuem o caráter geral, abstrato e impessoal. Materialmente, nada mais são que espécies de atos administrativos. Formalmente, obedecem ao rito de edição das leis. Conclui-se que esse tipo de lei atinge um número restritíssimo de administrados.

A doutrina majoritariamente admite a responsabilização civil estatal no caso de leis de efeitos concretos causarem danos ao indivíduo. Assim, se aplicação da lei houver dano ao administrado, gera, para o Estado, sua responsabilidade civil extracontratual.

Por fim, leciona Di Pietro⁷¹:

Do mesmo modo, o Poder Executivo e outros órgãos administrativos com função normativa, bem como as agências reguladoras, muitas vezes baixam regulamentos, resoluções portarias, para disciplinar situações concretas. São atos administrativos quanto ao aspecto formal, mas com conteúdo de atos administrativos com efeitos jurídicos concretos. Nesse caso, incide a responsabilidade civil objetiva, como base no artigo 37, § 6º, da Constituição, fundado no

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 657.

princípio da repartição, entre todos, dos encargos impostos a alguns membros da coletividade.

3.4.3. Omissão no Poder de Legislar e Regulamentar

Tendo por base a Constituição Federal, vê-se que o seu art. 103, § 2º (ADI por omissão), e o seu art. 5º, inciso LXXI (mandado de injunção)⁷², procuraram reguardar os administrados pela inércia do legislador para que o direito daqueles sejam usufruídos.

O mandado de injunção é alicerçado na omissão de norma regulamentadora, podendo ser em sua essência legal ou regulamentar, de quaisquer dos três poderes e das pessoas competentes para tal, inclusive a administração indireta. Constatação esta advindas dos arts. 102, I, q, e 105, I, h⁷³, da Lei Maior.

A jurisprudência ainda diverge sobre o tema, pois o STF ora admite a responsabilização, como no MI-283-5/DF⁷⁴, ora não admite, como no RE 548.967-1⁷⁵ – Agravo Regimental, de 20/11/2007. Mas, os recentes julgados, infelizmente, são no sentido da não responsabilização. Nesse sentido, RE 529.489-7⁷⁶ – Agravo

⁷² BRASIL, art. 5º, inciso LXXI e art. 103, § 2º, Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021

⁷³ *Ibidem*, art. 102, I, q, e art. 105, I, h.

⁷⁴ BRASIL, MI 283-5/DF, Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242906/000926844.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁷⁵ BRASIL, RE 548.967-1/SP, Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=508689>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁷⁶ BRASIL, RE 529.489-7/PR, Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=507009>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

Regimental, de 27/11/2007, RE 547.020-2⁷⁷ – Agravo Regimental, de 6/11/2007, por exemplo.

3.5. Atos Jurisdicionais

Assim como os atos legislativos, os atos jurisdicionais (praticados por magistrado em sua função típica judicante), em regra, são agasalhados pela teoria da irresponsabilidade estatal. Esta teoria abraça os dois institutos, pois eles são velados por dois princípios básicos: a soberania dos atos estatais, por traduzirem funções estruturantes do próprio Estado; e a recorribilidade dos atos jurisdicionais, que permitem sua revisão e reforma, através do mecanismo dos recursos, de forma a sanar ato do juiz que prejudique uma das partes no processo.

A doutrina é uníssona ao prever que há exceção quanto ao ato jurisdicional que considera alguém culpado por erro judiciário, no âmbito penal. Apesar do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal apenas mencionar “... condenado por erro judiciário...” sem especificar o tipo de condenação, com o pesar da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, posição acertada, entende-se que a Lei Maior apenas reputa-se às condenações de tipo penal, infelizmente.

No julgamento do RE 505.393-8/PE, questionou-se o alcance da norma do art. 5º, LXXV, da CF/88 (somente esfera penal) e a espécie de responsabilização estatal (objetiva) que dela decorre. Excerto da ementa assim definiu:

A regra constitucional (art. 5º, LXXV, da Constituição) não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos (do condenado por erro judiciário e daquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença), a

⁷⁷ BRASIL, RE 547.020-2/RJ, Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=509509>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não à submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado.⁷⁸

A despeito dos argumentos que alicerçam a regra da irresponsabilidade estatal quanto aos atos jurisdicionais, considerando apenas a exceção acima elencada, a posição correta de pesar de Maria Sylvia Zanella Di Pietro merece sonoros aplausos, pois nada que seja injusto, inacessível, ou falho, merece prosperar, pois, sim, o judiciário, assim como todos os outros poderes estatais, possui a possibilidade de falha, já que é límpido que nada goza de perfeição absoluta! Não sendo incomum vermos decisões proferidas pelos juízes que afrontam a legislação infraconstitucional, fundadas em hermenêutica que deturpam o sentido da norma.

A irresponsabilidade estatal quanto ao tema tem fulcro na soberania do Judiciário. Porém a soberania é víscera do Estado e não de seus poderes. Os poderes são independentes e harmônicos entre si, mas não gozam de soberania. Esta é uma e pertencente ao Estado. Os poderes devem obediência ao regramento constitucional e infraconstitucional. Se fosse aceitável o argumento de soberania dos poderes, em especial o judiciário, para ensejar a irresponsabilidade, o Estado, por ser da mesma maneira soberano, poderia isentar-se da responsabilidade por atos de seu poder executivo, por exemplo.

A irresponsabilidade estatal quanto ao tema é fundada, também, no argumento de que os juízes devem agir com independência em suas funções, sem o medo de acarretar uma responsabilidade para o Estado. Tal fundamento é inócuo, pois os outros poderes também têm independência, conforme art. 2º, da Constituição Federal. Esse argumento então pode semear que os poderes executivo e legislativo também possuam medo de acarretar uma responsabilidade para o Estado.

Outro argumento seria de que o magistrado não seria servidor público. Este argumento, sob a definição legal do instituto em comento, é inválido já que o juiz

⁷⁸ BRASIL, RE 505.393-8/PE, Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489932&pgl=1&pgF=100000>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

ocupa cargo público criado por lei. Ainda que se o considere como agente político, a norma do art. 37, § 6º, da Lei Maior, emprega precisamente o vocábulo agente para se referir a todos aqueles que prestam serviços em nome do Estado, dentro os quais estariam inclusos os magistrados.

Argumento robusto é o de que o reconhecimento da responsabilidade do Estado quanto aos atos jurisdicionais afetaria sobremaneira a coisa julgada, já que ficaria cristalino que a decisão foi proferida com afronta à lei. Porém, como tudo no Direito, nada tem caráter absoluto. A coisa julgada pode ser revista e reformada pelos institutos da ação rescisória e da revisão criminal, por exemplo. O caso da esfera criminal já foi explicitado à luz do art. 5º, LXXV, da CF/88, corroborado pelo art. 630 do Código de Processo Penal.

No instituto da esfera civil, a lição de Edmir Netto de Araújo⁷⁹ é de transparência incontestável:

uma coisa é admitir a incontestabilidade da coisa julgada, e outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano. O que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, mesmo que essa coisa julgada não possa, dado o lapso prescricional, ser mais modificada.

Ou seja, o ato de indenizar não implicaria na mudança da decisão judicial. Seria apenas o reconhecimento de que a decisão válida gerou dano à parte e, em função da atividade judicante estatal, restou reparado. No sistema judiciário brasileiro que permite diversas decisões conflitantes sobre o mesmo tema, que o precedente judiciário (embora o novo Código de Processo Civil, por exemplo, publicado em 2015, tenha procurado implementar a força dos precedentes, e o *common law*) não possui força vinculante aos juízes, pelo menos uma dessas decisões irá, com toda certeza, afrontar à lei. Alguns exemplos: Não concessão de mandado de segurança, preenchidos todos os seus requisitos, que faça o direito perecer; Concessão de liminares e cautelares, quando não cabíveis, pode gerar dano indenizável pelo Estado; entre outras.

⁷⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. Ed. São Paulo, SP: Atlas, 2009, p. 659.

Desconsiderar os argumentos expostos, é admitir que o Poder Judiciário não falha. Com a evidente contradição que o magistrado pode falhar, somente, à luz do art. 143, do Código de Processo Civil⁸⁰, e art. 49, da LOMAN⁸¹.

Por fim, os atos judiciais não jurisdicionais, ou seja, os atos administrativos do Poder Judiciário, por óbvio, têm conteúdo administrativo e, sem maiores controvérsias, são analisados analogamente como os atos típicos do Poder Executivo, gerando, portanto, responsabilidade Estatal.

⁸⁰ BRASIL, art. 143, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil Brasileiro. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 out. 2021.

⁸¹ BRASIL, art. 49, Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979, Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 5 out. 2021.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, DECORRENTE DE ATOS OMISSIVOS, QUANDO O ESTADO ESTÁ NA POSIÇÃO DE GARANTE

Ao se analisar a polêmica que o tema envolve, convém formar o substrato básico para que se possa analisar os meandros da causa que vem dividindo doutrinadores e jurisprudência. A primeira indagação que se deve ter é: o que é posição de garante? É oportuno importar da doutrina penal, com as adaptações necessárias para o Direito Administrativo, as teorias de posição de garantia.

A primeira camada do raciocínio envolve o conceito do ato comissivo por omissão, quando analisado o crime omissivo impróprio (conceitos que fogem ao escopo deste trabalho). O Código Penal, no tema ato omissivo, aduz a relevância da omissão, por assim dizer, no seu art. 13, § 2º, *in verbis*:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)⁸²

Ou seja, se o omitente podia e devia agir para evitar o resultado, será esta omissão relevante. Do contrário, se o omitente não podia e nem devia agir, a omissão é irrelevante. Trazendo a ideia para o Direito Administrativo, podemos, analogamente, dizer que se o Estado podia e devia agir, por obrigação legal explícita ou implícita, para evitar o resultado danoso, sua omissão é, sem nenhuma dúvida, deveras relevante (omissão específica). Por via idêntica, se o Estado – que está, quando Administração Pública, adstrito à lei para consecução dos seus atos – não podia e, muito menos, deveria agir, por falta de norma legislativa, sua omissão será irrelevante (omissão genérica). No Direito Penal, um exemplo de omissão relevante seria a mãe que vê seu filho pequeno se afogar em uma piscina e não o socorre. Ela

⁸² BRASIL, art. 13, § 2º, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

não será denunciada por omissão de socorro, mas sim por homicídio, em enxuta análise superficial. No Direito Administrativo, paralelamente, um exemplo seria o Estado que não afasta uma servidora gestante do serviço, quando este for penoso, insalubre ou perigoso e, conseqüentemente, acarretar um dano para mãe e/ou feto, tanto na seara moral como na material. Uma vez que há previsão legal no art. 69, parágrafo único, da Lei 8.112/90⁸³ para que a servidora gestante seja afastada quando submetida às condições descritas.

A teoria formal ou clássica, para a posição de garantia, no Direito Penal, ensina que a posição de garante é informada pela fonte formal, ou seja, leis e contratos, por exemplo.⁸⁴

Já a teoria material, funcional ou substancial, para a posição de garantia, no Direito Penal, leciona que a posição de garante é extraída da hermenêutica das leis e contratos que, em outras palavras, nada mais é que o conteúdo das normas.⁸⁵

Já a teoria mista nada mais é que a conjugação das duas primeiras teorias. É uma abordagem sintética das duas precedentes teorias.⁸⁶

A doutrina penal, ante o caráter residual dessa espécie de direito, subsidiário, à luz do princípio da intervenção mínima, adota a teoria formal para a posição de garantia.

No Direito Administrativo, a teoria importada que se mostra adequada é a mista (que, por questões didáticas, chamar-se-á, neste trabalho, de teoria da constatação mista da omissão estatal), tanto por escassa legislação administrativa sobre o tema garantia estatal, que impossibilita a adoção de somente a teoria formal, bem como pelo fato de muitos conceitos e teorias administrativistas serem

⁸³ BRASIL, art. 69, parágrafo único, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁸⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Salvador: 4. ed. Juspodivm, 2016, p. 60.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

formulados a partir das interpretações das inúmeras legislações esparsas, que, em tese, permitiriam a adoção da teoria material, mas insuficiente, se adotada isoladamente, pois a Administração Pública está formalmente adstrita ao apregoado pela lei formal. Logo adotar-se-á a teoria mista ora denominada, neste trabalho, de teoria da constatação mista da omissão estatal.

A posição de garante ou posição de garantia, portanto, no Direito Administrativo, à luz da teoria da constatação mista da omissão estatal, que ora se propõe neste trabalho, coloca o Estado em uma posição que visa impedir a ocorrência do dano, sob o amparo de um seletivo e imperioso dever de agir, construído na assunção da prevenção da ocorrência do dano. No mesmo sentido, o Estado tem o dever de salvaguardar o administrado quando da sua omissão haja grande possibilidade de ocorrência do dano ou haja situação propiciatória de risco.

A jurisprudência administrativista pátria tem assentado este entendimento quanto ao tema, senão vejamos:

Tabela - Casos de omissão julgados pelo STF, em que houve a adoção da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Ordem Cronológica	Data do Julgamento	Relator	Turma/Unânime	Assunto
1) 130764-1/ PR RE	12.05.92	Moreira Alves	1/S	Roubo cometido por bando, cujo mentor era preso condenado e foragido. Embora objetiva a responsabilidade do Estado, não ficou evidenciado o nexo de causalidade.
2) 109615-2/ RJ RE	28.05.96	Celso de Mello	1/S	Dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino. Fato ocorrido no recinto de escola pública municipal.
3) 190772-0/ RJ AgR	17.03.98	Maurício Corrêa	2/S	Morte de detento por colega de cela.
4) 209137-5/ RJ RE	08.09.98	Moreira Alves	1/S	"Surfista" ferroviário. Danos materiais e morais por morte de filho menor.
5) 176564-0/ SP RE	14.12.98	Marco Aurélio	2/S	Policial morto porque atingido por disparos feitos por meliante que não foi devidamente revistado e dominado por colega de farda.
6) 180602-8/ SP RE	15.12.98	Marco Aurélio	2/S	Insuficiência de serviço de fiscalização visando à retirada de animais das vias urbanas.

7) 188093-7/ RS RE	31.08.99	Maurício Corrêa	2/S	Reconhece a responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão, porém afasta o dever de indenizar por considerar que não houve descumprimento de dever legal (decorrente da posição de garantidor).
8) 220999-7/ PE RE	25.04.00	Nelson Jobim	2/S	Pedido de indenização por aumento de custos de produção causados à empresa privada em razão de omissão da União em impedir a paralisação das atividades de transporte de empresa pública.
9) 136247-2/ RJ RE	20.06.00	Sepúlveda Pertence	1/S	Fuga de preso – atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão – preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuíra a sua condenação.
10) 215981- 6/ RJ RE	08.04.02	Néri da Silveira	2/S	Morte de detento por colega de cela.
11) 283989- 2/ PR RE	28.05.02	Ilmar Galvão	1/S	Invasão de propriedade rural pelo MST.
12) 238453- 6/ SC RE	12.11.02	Moreira Alves	1/S	Afogamento em lagoa localizada em parque, cuja exploração foi permitida pelo Município.
13) 363999- 4/ RJ AgR	08.04.03	Gilmar Mendes	2/S	Contaminação de pacientes hemofílicos com o vírus da AIDS em hospital de rede pública.
14) 286444- 7/ RN RE	30.11.04	Cezar Peluso	1/S	Tiroteio entre policiais e bandidos. Morte de transeunte. Nexo de causalidade. O acórdão considera ser inadmissível, em RE, o reexame dos fatos e provas em que se teria baseado o acórdão recorrido para reconhecer a responsabilidade do Estado por danos que seus agentes causaram a terceiro.
15) 313915- 1/ RN RE	14.12.04	Joaquim Barbosa	2/S	Omissão do Estado em prestar informações sobre pessoa que se encontrava sob a sua guarda (atenção para o voto do Min. Gilmar Mendes sobre o princípio da proporcionalidade).
16) 272839- 0/ MT RE	01.02.05	Gilmar Mendes	2/S	Morte de detento por colega de cela.

Decisões do Supremo Tribunal Federal em casos de omissão, julgados após 05/10/1988, nos quais houve a adoção da responsabilidade civil *objetiva* do Estado.⁸⁷

⁸⁷ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 168-170.

A segunda camada do raciocínio engloba a vertente doutrinária que entende que, à luz do Código Civil Brasileiro, o ônus *probandi* da situação garantidora estatal, caberia a quem alega, nos moldes do art. 373, do Código de Processo Civil Brasileiro⁸⁸. Desta feita, caberia, ao mínimo, provar-se a omissão específica do Estado (sem exclusão do dano e do nexa causal, obviamente). Em se perseguindo a elucidação dessa prova, estaria ocorrendo, efetivamente, a demonstração da culpa da administração. Fazendo concluir que seria a mesma maneira de provar, com um raciocínio convincente, a omissão genérica estatal, recaindo aquela teoria nesta, apontando para a responsabilização de caráter subjetivo. Essa construção lógica faz a responsabilidade estatal sempre permanecer na seara da culpa. Ou seja, descabida seria a atribuição de responsabilidade estatal objetiva nos casos de atos omissos.⁸⁹

Argumento robusto, porém que desnaturaria a teoria do risco integral, tanto na modalidade omissiva como na comissiva. Pois do esforço em se produzir a prova (o nexa causal, única prova exigida para esta teoria) estaria se provando, em verdade, a culpa estatal, em sentido lato (negligência, imprudência ou imperícia), no evento danoso, destinando a teoria do risco integral ao fardo de recair ou ser absorvida pela teoria da culpa administrativa (*faute du service*), fazendo esvaír-se as notáveis diferenças entre os dois institutos. O que se demonstra contraditório.

Construído o raciocínio desenvolvido neste trabalho, ganha força a teoria mista (omissão específica x omissão genérica) de Sérgio Cavalieri Filho, que não se confunde com a teoria da constatação mista da omissão estatal (definida neste trabalho como sendo a analogia à teoria mista da posição de garante no Direito Penal para se definir a posição de garante do Estado no Direito Administrativo), evidenciada na seguinte preleção:

⁸⁸ BRASIL, art. 143, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil Brasileiro. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 5 out. 2021.

⁸⁹ Posicionamento adotado por ARÊAS, Paulo André Morales; *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Campos dos Goytacazes: UniFlu – Centro Universitário Fluminense. Artigo. Disponível em: <<http://fdc.br/Artigos/..%5CArquivos%5CArtigos%5C23%5CRespCivilEstado.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2021.

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. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.⁹⁰

Em verdade, depreende-se que a teoria mista de Cavalieri Filho, advoga que a pedra fundamental nos casos de omissão é a responsabilidade estatal subjetiva, por óbvio, considerando-se a responsabilidade estatal objetiva somente nos casos de omissão específica, que são exatamente aquelas em que o Estado (lembrando-se da teoria importada do Direito Penal que aqui se denominou de teoria da constatação mista da omissão estatal) teria o dever legal de agir, decorrente da sua posição de garante.

Ratificando a doutrina de Cavalieri Filho, elencar-se-ão três julgados do nosso Poder Judiciário em que, claramente, o posicionamento aqui defendido foi adotado. Nestes julgados podemos identificar o Estado Brasileiro, no Direito Administrativo, como garante nos casos de custódia de presos, pacientes internados em hospitais e alunos matriculados em escolas públicas, por exemplo, os casos mais comuns, mas não se furtando a mencionar que existem casos como assalto por policial fardado, latrocínio por preso foragido, entre outros casos.

Em recente admissão pela repercussão geral no RE 638.467/RS, do ano de 2012, o voto do Ministro Relator Luiz Fux, é profícuo sobre o tema, onde admitiu-se a existência de responsabilidade civil objetiva no caso de omissão específica estatal quanto à morte de detento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR MORTE

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 240.

DE DETENTO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão prolatado pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim fundamentado:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO. ASFIXIA MECÂNICA. EVIDÊNCIAS TANTO DE HOMICÍDIO QUANTO DE SUICÍDIO. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO. VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL REDIMENSIONADA.

- Conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, responde o Estado objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa. Por se tratar de omissão do Estado, a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão for genérica. No caso em análise, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integridade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse íterim. (...)⁹¹

Fica registrado que a matéria do julgado acima é bem comum. Assim como o caso de pacientes (internados ou não) de hospitais públicos que sofram danos quando o Estado deveria garantir-lhes a integridade física (ainda que seja de maneira potencial). Vejamos a ementa do acórdão 695.669, da 4ª Turma Cível do TJDF, na Apelação Cível 20040110534066 quanto ao tema:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALTA DE APARELHO DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA EM HOSPITAL PÚBLICO. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PRIVADO. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. ESTANDO PARTE DAS RAZÕES DA APELAÇÃO DISSOCIADAS DO QUE RESTOU DECIDIDO NA SENTENÇA, NÃO SE CONHECE DO RECURSO VOLUNTÁRIO NESSA PARTE. 2. CONSTITUI OMISSÃO ESPECÍFICA, A ENSEJAR A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE ESTATAL, MANTER EM ESTABELECIMENTO HOSPITALAR APARELHO DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA DANIFICADO, SEM MANUTENÇÃO

⁹¹ BRASIL, RE 638.467/RS, Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22640418/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-638467-rs-stf/inteiro-teor-110891707>>. Acesso em: 5 out. 2021.

E SEM SUBSTITUIÇÃO, OBRIGANDO O PACIENTE QUE DELE NECESSITA PARA OBTER O CORRETO DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO SOCORRER-SE DO MESMO MAQUINÁRIO DISPONÍVEL EM HOSPITAL DA REDE PRIVADA. 3. O VALOR DA INDENIZAÇÃO ATENDERÁ A REPERCUSSÃO DO DANO NA ESFERA ÍNTIMA DO OFENDIDO, EVENTUAL EXTRAPOLAÇÃO, A SUA EXTENSÃO E, AINDA, O POTENCIAL ECONÔMICO-SOCIAL DO OBRIGADO AO RESSARCIMENTO. 4. RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDA. (TJ-DF - APC: 20040110534066 DF 0021910-75.2004.8.07.0001, Relator: ANTONINHO LOPES, Data de Julgamento: 08/03/2012, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/07/2013 . Pág.: 107)⁹²

Importante destacar trecho do voto do Desembargador Antoninho Lopes, quando analisou o referido caso:

Ao deixar aparelho para realização de exame médico danificado em hospital público, sem a devida manutenção ou substituição, há danos aos cidadãos que dele necessitam para o diagnóstico e tratamento corretos. No caso específico em exame, a responsabilidade do Estado é objetiva, regida pelo disposto no art.37 § 6º da Constituição Federal. A respeito posicionou-se este Tribunal de Justiça fixando que **'a responsabilidade civil do Estado por omissão específica é objetiva, devendo ser demonstrado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a omissão do agente público.'** (cf. Acórdão da 1ª C/Cível de 26.10.09 no EIC nº2006 01 1 019.558/9, registro nº388661, relatora Des. Vera Andrichi, in DJe 06.11.09/p.101).⁹³

Não menos importante, caso de aluno agredido por outro aluno em uma escola pública em que o Estado deveria garantir a integridade do menor. Muito ilustrativa é a ementa na apelação cível 387317320078260114, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO CORPORAL PROVOCADA POR PEDRA ATIRADA EM ALUNO NO INTERIOR DE ESCOLA PÚBLICA. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. TIPIFICAÇÃO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. INDENIZAÇÃO. SEQUELAS FÍSICAS E PSICOLÓGICAS. ADMISSIBILIDADE. 1. A pessoa jurídica de direito público é responsável pelo ressarcimento de danos sofridos por alunos no interior de escola pública e quando ali se encontravam

⁹² BRASIL, APC 20040110534066/DF 0021910-75.2004.8.07.0001, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Poder Judiciário. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23812481/apelacao-civel-apc-20040110534066-df-0021910-7520048070001-tjdf/inteiro-teor-111812943>>. Acesso em: 5 out. 2021.

⁹³ *Ibidem*.

para atendimento de instrução ou atividades afins, salvo prova excludente do nexo entre o dano e a atividade escolar pela ocorrência de força maior ou exclusiva culpa do aluno. 2. O ferimento experimentado pelo ofendido ao lesionar a boca e perder alguns dentes permanentes, além de causar sequelas, causou os danos morais e estéticos e enseja a indenização, restando tipificada a omissão específica do Estado. RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - APL: 387317320078260114 SP 0038731-73.2007.8.26.0114, Relator: Amorim Cantuária, Data de Julgamento: 30/10/2012, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/11/2012)⁹⁴

Poder-se-ia fazer extensa análise jurisprudencial sobre o tema, mas a fim de se evitar o avolumamento deste trabalho, a doutrina e a jurisprudência vêm, majoritariamente, adotando a teoria mista de Cavalieri Filho (omissão específica x omissão genérica). A despeito de algumas posições divergentes, de se lamentar profundamente, quanto a assuntos, por exemplo, de latrocínio praticado por preso foragido, omissão na conservação de estradas, omissão quanto à fiscalização de comércio e depósito de material explosivo, entre outras matérias.

Todavia, o judiciário vem modificando seu posicionamento, como no julgamento quanto ao caso de omissão na conservação de estradas, por exemplo; o TJDFT condenou o DER-DF (autarquia prestadora de serviço público) a indenizar quatro pessoas por falta de sinalização do local e das condições da via (DF-435).⁹⁵

No presente ano de 2021, o DER-DF foi condenado a indenizar motorista que atropelou capivaras que atravessaram a via e causaram danos a seu carro, na DF-025 (Lago Sul), referente a acidente ocorrido no ano de 2019, com o argumento de que “o Estado responde pelos danos causados por omissões que denotem falha na

⁹⁴ BRASIL, APC 387317320078260114/SP 0038731-73.2007.8.26.0114, Tribunal de Justiça São Paulo. Poder Judiciário. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/909076769/apelacao-civel-ac-387317320078260114-sp-0038731-7320078260114/inteiro-teor-909076856>>. Acesso em: 5 out. 2021.

⁹⁵ BRASIL, Processo 2015.01.1.114677-5. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Poder Judiciário. Disponível em: <<https://cache.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTRA&CIRCUN=1&CDNUPROC=2015011146775>>. Acesso em 5 out. 2021.

segurança das rodovias, nas hipóteses que tem o dever específico de agir e evitar o resultado danoso⁹⁶.

De forma semelhante, o Distrito Federal foi condenado a indenizar o pai de um jovem, que foi morto enquanto participava de um bloco de carnaval na Esplanada dos Ministérios⁹⁷, conforme se verifica no processo nº. 0703185-81.2020.8.07.0018.

O tema é polêmico e traz a questão de onerosidade ao Estado. Porém, sob o enfoque da repartição dos encargos por todos da sociedade, não há como afastar a responsabilidade civil objetiva estatal nos casos de omissão específica, quando o Estado está na posição de garantir a proteção de um bem jurídico sob sua tutela.

⁹⁶ BRASIL. Processo 0754519-97.2019.8.07.0016. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Poder Judiciário. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2021/abril/motorista-sera-indenizado-apos-carro-colidir-com-capivara-em-pista-do-lago-sul>>. Acesso em 5 out. 2021.

⁹⁷ BRASIL. Processo 0703185-81.2020.8.07.0018. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Poder Judiciário. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/setembro/df-e-condenado-a-indenizar-pai-de-jovem-morto-em-bloco-de-carnaval>>. Acesso em 5 out. 2021.

CONCLUSÃO

O tema responsabilidade civil da Administração Pública tem sido objeto de reflexões desde o fim do século XIX até os presentes dias, como visto neste trabalho. Ou seja, é um tema que apresenta estudos perenes devido à constante mudança de pensamento da doutrina administrativista e também da evolução dos anseios da sociedade. Por isso é sempre importante revisitar este assunto para agregar novos conceitos e redefinir seus alicerces.

Nesse ínterim, buscou-se no presente trabalho analisar e ratificar alguns pontos importantes. Concluiu-se pela defesa da tese que a teoria da irresponsabilidade estatal foi de fato aplicada ao Brasil, a despeito da doutrina majoritária se enveredar em sentido oposto. Bem como se procurou dar uma nova releitura acerca das entidades abrangidas pela norma constitucional de responsabilização objetiva da Administração Pública uma vez que os doutrinadores não levam em consideração a atividade desempenhada pelas entidades da Administração Indireta. Classificando-as, irrestritamente, como abrangidas pelo § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal. Posicionamento que traz à tona a conclusão de que é incorreto, pois existe exemplo mencionado neste trabalho que ceifa este posicionamento, evidenciado no capítulo 2. Clarificando que nem sempre a Administração Pública irá ser responsabilizada haja vista as suas excludentes do capítulo 3.

Por fim, ao longo do trabalho, tem-se a ilação de que o Estado tem o dever de garantir a integridade, em todas as suas vertentes, dos seus administrados, já que destes não se pode exigir tal conduta. Apesar da grande controvérsia do tema, com bons argumentos pendentes para os respectivos lados, parece cristalino que a posição mais acertada é a de que o Estado encontra-se, em determinadas situações, na posição de garante, devendo, em caso de ocorrência de dano, ante, obviamente, o nexos de causalidade, indenizar o sujeito que sofra o dano, à luz da Responsabilidade Civil Objetiva, com fulcro na teoria do risco administrativo. Assim

como é dedução lógica a aplicabilidade da teoria do risco integral para danos advindos de atividade nuclear.

O Estado goza de alguns privilégios, quando na posição de Administração Pública, em relação aos administrados. Por isso, nada mais justo que haja correções nessa relação jurídica com vistas a salvaguardar a parte débil. É por isso que devemos dar interpretação extensiva, logicamente esteada nos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, no sentido de que a Administração Pública seja responsabilizada mais objetivamente do que subjetivamente quando causa dano a seus administrados. Nesse sentido tem caminhado a novel legislação, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que também abarca a temática de Responsabilização Objetiva e Subjetiva proveniente das relações de consumo. Assim se espera que os tribunais e magistrados resolvam a controvérsia da Responsabilização Civil Objetiva, nos casos de omissão específica, quando o Estado está na posição de garante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 12. Ed. Rio de Janeiro, RJ: Impetus, 2006.

_____. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16. Ed. São Paulo, SP: Método, 2008.

ARÊAS, Paulo André Morales; **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão**. Campos dos Goytacazes, RJ: UniFlu – Centro Universitário Fluminense. Artigo. Disponível em: <<http://fdc.br/Artigos/..%5CArquivos%5CArtigos%5C23%5CRespCivilEstado.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª Ed. São Paulo, SP: Celso Bastos, 2002.

BORGES, José Arthur. **Manual de Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2004.

BRASIL, **Constituição Federal do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**, de 10 de janeiro de 2002. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL, **Código de Processo Civil Brasileiro**, de 16 de março de 2015. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1º mar. 2021.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**, de 7 de dezembro de 1940. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. Ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2003.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2006.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. Ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2000.

CRUZ, Luís Rodolfo Cruz; ANDRÉ FILHO, Pedro Felício. **Responsabilidade Civil da Administração Pública**. Revista IOB de Direito Administrativo, ano I, nº 10, outubro de 2006. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/62380559/41-revista-de-direito-administrativo-responsabilidade-civil-da-administracao-pub>>. Acesso em: 29 set. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. Salvador: 4. ed. Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. Ed. São Paulo, SP: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. Ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. Ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. Ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2009.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10. Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 3. Ed. São Paulo, SP: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. Ed. São Paulo, SP: Método, 2008.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2008.

SAID CAHALI, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. Ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.

STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. Ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2007.