

INTRODUÇÃO

Antes eram os valores burgueses, que consagravam a propriedade e a liberdade individual como valores absolutos do indivíduo, centro do ordenamento jurídico. Entendia-se que o papel do Estado resumia-se à abstenção de violação daquela liberdade, porque sua intromissão não realizava uma sua função típica, mas uma atuação equivocada, indevida, não desejada em cenário de plena liberdade, de igualdade dos indivíduos perante a lei, mas de caráter formal apenas. Eram tempos de *laissez faire laissez passer*, em que os homens eram deixados à própria sorte. Ocorridas as grandes guerras mundiais, não mais se sustentou a liberdade como valor absoluto, tanto que o mundo se vinha desenvolvendo rapidamente, desde a Revolução Industrial, os instrumentos de trabalho alteraram-se na mesma velocidade, e tornaram-se complexos, os danos multiplicaram-se e cresceram de importância, terminando por serem causados ao acaso, como corolário das atividades exercidas mesmo, e não mais em razão de faltas pessoais. Assim, as condutas danosas, dificilmente identificáveis, já não mais podiam, no mais das vezes, justificar-se em falta de determinado indivíduo. Deviam-se, em verdade, à forma de funcionamento da nova engrenagem industrial/social. O grande desenvolvimento social iniciado com a Revolução Industrial alterou, portanto, as bases fundantes da estrutura de trabalho dos homens, tornando sua vida um pouco mais perigosa, e tornando, por conseguinte, insuficiente a consideração da culpa como critério de determinação de responsabilidade, mormente nas relações havidas entre Estado e cidadão; tanto que o âmbito de intervenção pública ganhava importância na esfera privada desse. Já não mais trazia resposta, este critério subjetivo, à reparação dos danos causados pela nova mecânica social que se estabelecia.

A culpa, mesmo estendida por presunções e ficções jurídicas, por doutrinadores e julgadores atentos à necessidade de reparação da vítima do dano injusto, não mais respondia à necessidade de reparação desses danos que aconteciam, não mais se prestava à delimitação das responsabilidades, em que pese a relevância do papel anteriormente exercido para justificação da oneração advinda da obrigação de reparar o dano em um sistema eminentemente liberal e individualista, que privilegiava o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador, esses como representantes dos valores sociais/jurídicos então vigentes¹. Era o período seguinte àquele em que se tinha consagrado o

¹ Sobre a alteração dos personagens centrais do Código Civil, Judith Martins-Costa, citada por Roger Silva Aguiar: “Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência à realidade

absolutismo do Estado, em que os valores burgueses puderam ser manifestados, de forma desmesurada, valores que consagravam o individualismo e o patrimonialismo, e que hoje cedem lugar às situações jurídicas existenciais. A primazia desses valores existenciais, determinada pelo legislador constituinte originário da Carta de 1988, alterou as premissas de fundação do sistema, dos direitos patrimoniais aos direitos da personalidade, do individualismo à solidariedade. Foram consagrados os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva nos incisos I e III do art 3º da Constituição Federal de 1988 (CRFB), e esta apontou a dignidade da pessoa como fundamento da República reinaugurada, logo no inciso 3º de seu primeiro artigo.

A solidariedade é mesmo referida no preâmbulo da Constituição Federal, de forma destacada². A ascensão do princípio da reparação integral do prejuízo, derivado do princípio da solidariedade social³, fez com que se alterasse o foco do legislador – este voltou o olhar para a vítima dos atos danosos – impondo a revisão das premissas em que estão assentadas as afirmações doutrinárias e jurisprudenciais relativas à responsabilidade civil da Administração Pública. Isso porque devem ser adaptadas àquela nova tábua de valores todas as premissas a tanto pertinentes, certo que o reconhecimento da responsabilidade do ente público é conquista que não admite retrocesso, porque advém do fato mesmo da consagração do Estado Democrático de Direito, sem mencionar o princípio que o veda expressamente em casos de tutela constitucional dos direitos fundamentais.

Assim, a superação do individualismo jurídico operada pela consagração dos direitos existenciais, em detrimento das situações meramente patrimoniais que tinham posição de primazia no ordenamento jurídico, realizou também a superação do critério da culpa pelo

contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado Tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”.

² Veja-se: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Adiante, no art. 3º da Constituição Federal, igualmente destaca-se dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e **solidária**.

³ Heloisa Helena Barboza, apontando as perplexidades advindas da relevante mudança de valores operada pela Constituição de 1988, ressalta: “Ao lado dessa profunda reformulação de valores, promoveu, a Constituição de 1988, verdadeira reunificação do sistema jurídico, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil. Consequência inevitável desse processo é a série de questões novas que se seguiram ou antigas que se robusteceram: fundiram-se Direito Público e Privado, pondo fim à tradicional dicotomia? Terminou a era das codificações, na medida em que os Códigos perderam o papel de unificadores dos sistemas, dando lugar aos denominados microsistemas, consubstanciados em diversos estatutos, que normatizam matérias inteiras, verdadeiros sistemas isolados”. (BARBOZA, Heloisa Helena. *Perspectivas do Direito Civil Brasileiro para o próximo século*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, n. 6-7. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp.32-33).

critério do risco, das situações subjetivas pelas situações objetivas. De forma sintética: do ter pelo ser. Diante dos termos da Constituição, é agora suficiente a causação do dano e a verificação do nexo causal entre este dano e a conduta do agente, objetivamente considerada, para o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública, como consequência da atuação que viola o princípio *neminem laedere*, consagrado nos incisos X e XXII da CRFB e para repartição dos encargos e ônus sociais. Sobretudo, pela consagração do princípio da solidariedade, fundamento unitário da responsabilidade objetiva qualquer que seja a teoria apontada para sua justificativa.⁴

Portanto, é objetiva a responsabilidade da Administração Pública pelos danos causados aos seus cidadãos, de forma comissiva ou omissiva. A questão, entretanto, coloca-se pela resistência, que se tem depreendido do comportamento da doutrina e jurisprudência brasileiras, na ampla aceitação desse conceito, manifestada na sua responsabilidade por atos omissivos da Administração Pública, ainda atrelada à verificação da existência de elemento subjetivo. Nesta seara, ainda se agarram, doutrinadores e julgadores, à culpa como elemento determinante da responsabilidade da Administração Pública, porque já não havia sobrado, por orientação legislativa, espaço para tais afirmações nos demais campos do ordenamento – mesmo o Código Civil de 2002 fora permeado por regras determinantes de responsabilidade civil objetiva, e não mais subjetiva⁵.

Quer-se demonstrar, através do presente estudo, que, também neste campo da responsabilidade da Administração Pública, não há espaço para afirmação do elemento subjetivo. E assim é não apenas pela ascensão dos valores referidos, mas, sobretudo, pelo reconhecimento da falta de amparo normativo do entendimento da subjetividade da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos e da inconstitucionalidade da interpretação constitucional restritiva realizada em desconformidade à vontade do legislador constituinte, tendo este manifestado expressamente sua opção pela responsabilidade objetiva ampla, não havendo lacuna a preencher pelo intérprete. Logo, a nosso entender, o comando normativo do art. 37 §6º da CRFB encampou ambas as espécies de conduta administrativa. A Administração Pública responderá, por conseguinte, pelos atos de todos os seus servidores,

⁴ Nesse sentido, o professor Sérgio Cavalieri Filho: “e nesta altura cabe a seguinte indagação: se não há responsabilidade sem violação de dever jurídico e o risco, por si só, não configura nenhuma violação, qual seria o dever jurídico violado pela Administração cujo descumprimento ensejaria o dever de indenizar? É a incolumidade de todos os administrados. O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 239).

⁵ Veja-se, a título de ilustração, os artigos 927, 928, 931, 932, 933, 936 e 937, e também o art. 734, todos do Código Civil.

sejam realizados por ação ou omissão, de forma objetiva, desde que verificada a causação de dano injusto, em interpretação literal e sistemática da regra constitucional conforme o restante do texto da Constituição da República, certo que, com relação a esta, vige o princípio de sua unidade, especificidade que reforça a obrigatoriedade da sistematização da interpretação de cada um de seus dispositivos, a que se referiu.

Diga-se que os administrados não têm como se evadir ou conjurar os perigos de dano por ação do Estado, ao contrário do que ocorre nas relações privadas, posto que é o ente estatal que dita os termos da sua presença no seio da comunidade, estabelecendo os termos, as condições de seu relacionamento com os membros do corpo social. E essa intervenção do Estado vem se acentuando cada vez mais, exigindo que se permita à sociedade obter garantias mínimas de convivência com essa realidade^{6.7.8}. Assim, a omissão será afirmada, ao longo dessa dissertação, como forma de conduta idônea ao desenvolvimento de causalidade de dano injusto, para reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado. Será reconhecida e indicada, também, a sua relevância causal, pela consideração da natureza da ciência do direito, essencialmente normativa - trata do campo do *dever ser*, com olhos voltados para o campo do *ser*, à evidência, mas com pretensões normatizantes dessa realidade a que volta seu olhar.

Destacamos, por fim, que, a respeito da nomenclatura escolhida para denominação dessa espécie de responsabilidade administrativa, objetiva, melhor não mais falar em responsabilidade sem culpa, porque não mais será tratado o elemento subjetivo no momento da verificação da caracterização da responsabilidade dita objetiva, por esta razão esta denominação será preferida àquela. Não se trata de se afirmar a configuração de responsabilidade desta natureza apenas nas hipóteses em que não se tiver provado a culpa no comportamento do agente, ou, melhor, em que se tiver provado que o agente agiu sem culpa, mas de reconhecer a ausência de necessidade de qualquer forma de tratamento do elemento

⁶ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 373.

⁷ Discordando da alteração da regra da responsabilidade com culpa do Código Civil de 2002, mas referindo à consagração da socialidade com um seu valor fundante, Roger Silva Aguiar, citando Miguel Reale, ressalta: “Ainda em 1998, Miguel Reale destacava a adoção do aludido princípio como uma das características mais marcantes do então projeto do Código Civil, afirmando que doravante os valores coletivos deveriam prevalecer sobre os individuais, sem se perder, evidentemente, ‘o valor fundante da pessoa humana’”. (AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. Atlas, 2007, p. 74).

⁸ Como argumenta Georges Riperts (1937, p.331), “o direito moderno já não visa o autor do ato, mas à vítima. O que esta pretende é obter a reparação: pouco lhe importa que o juiz aprove ou censure o ato que foi causa do dano, que a culpa seja ou não estabelecida, o prejuízo subsiste e esse não pode ser tolerado.”

subjetivo, tornando facilitada a demanda indenizatória ajuizada para reparação do dano, em homenagem ao princípio da reparação integral deste.⁹

Advertimos que, por inevitável, será feita menção ao direito francês, berço do direito administrativo de que advém o reconhecimento da responsabilidade do Estado, não sem relevante – e conhecido – período de negação de qualquer vinculação do Estado à reparação de particulares (*le roi ne peut mal faire*¹⁰). Outrossim, a menção mais adequada que se pretende realizar, porque um pouco mais detida, à vista das experiências internacionais todas, é com o direito espanhol, uma vez que há similitude da regra tomada como fundamento da responsabilidade do Estado espanhol com a regra consagrada no art. 37 §6º da CRFB. A similitude é pressuposto da comparação. Sem ela, não seria legítima a invocação da doutrina ou mesmo da jurisprudência de outro país, porque faltaria identidade de razão que a autorizasse.

De toda forma, não se presta, o presente estudo, ao aprofundamento do estudo do direito de outro país, recorrendo-se à doutrina e jurisprudência deste outro país apenas para ilustrar a forma de recepção e interpretação de norma em tudo comparável àquela, constante de nossa Constituição Federal, e para afirmação da conclusão que se quer defender na presente dissertação, relativa à natureza objetiva da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos.

Diga-se, com relação ao direito francês, que se distancia do nosso, porque apresenta, como base da responsabilidade administrativa, a própria jurisprudência produzida no país, e não uma determinada norma específica, mas será eventualmente referido pela relevância na formação de nossa doutrina, como explicado.

Portanto, o estudo que se segue será dividido em quatro etapas, cada uma dessas correspondendo a um capítulo. A primeira etapa – ou o capítulo 1 – necessária à introdução do tema – compreende breve apresentação do conceito, de seu histórico e das teorias de justificação, e também do fundamento normativo da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos. No capítulo 2, serão tecidas considerações acerca dos atuais contornos da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos, colhidas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, também do direito espanhol. O capítulo 3 será

⁹ Nesse contexto, observa o professor Guilherme Couto de Castro, citado por Roger Silva Aguiar, que “a doutrina se viu obrigada a afastar a descrição da responsabilidade objetiva como aquela que se estabelecia sem culpa diante da constatação de que tal expressão apontava para a necessária ausência do elemento culpa, sem que tal fato fosse verdadeiro. O julgador, na verdade, se vê desobrigado de perquirir se a conduta foi culposa – ou não – tão somente para a declaração do vínculo indenizatório objetivo, sem que isto signifique que tal aspecto não possa ser perquirido para outros fins”. (2007, p. 47).

¹⁰ Em tradução livre, dizia-se que o rei não poderia errar.

dedicado ao estudo dos pressupostos para compreensão adequada da responsabilidade da Administração Pública, dedicando-se um item ao seu fundamento axiológico, um à noção de omissão e outro à de causalidade omissiva, e ainda um item à afirmação da aplicação da teoria do risco administrativo e conseqüente admissibilidade de oposição de causas excludentes, itens imprescindíveis à análise da responsabilidade destacada nesta dissertação, chegando-se às proposições no capítulo 4, seguidas da conclusão apresentada ao final.

1 DA NATUREZA EXTRA CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUPERAÇÃO DA SUMMA DIVISIO

1.1 Conceitos

A Administração Pública é “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços próprios do Estado ou por ele assumidos, visando à satisfação das necessidades coletivas”¹¹. E podem ser exercidas, as atividades prestacionais por ela realizadas, de forma direta ou indireta, denominando-se Administração Pública Direta ou Indireta, respectivamente, em conceito genérico.¹² Isso posto, advertimos, desde logo, que, eventualmente, o termo “Estado” será utilizada de forma estrita, como sinônimo de Administração Pública, notória a amplitude maior daquele conceito¹³.

Responsabilidade, por sua vez, é conceito jurídico relacionado, de forma íntima, à reparação do prejuízo causado a vítima. Celso Antônio Bandeira de Mello define como 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 jurídicos¹⁴.

Historicamente, frise-se, essa noção fora associada ao dever jurídico resultante da violação de determinado direito, cujas conseqüências se pudesse atribuir ao agente pelo reconhecimento de sua culpabilidade. O conceito de responsabilidade era necessariamente referido a um descumprimento de dever jurídico primário, porque o ideal liberal que prevalecia no século XIX autorizava apenas a repreensão da conduta do agente que se havia comportado equivocadamente; só era possível juridicamente a responsabilização do agente que

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 58-59.

¹² Nesse contexto, José Cretella Junior define Administração Pública direta como o “exercício direto de serviços públicos desempenhados pelo “centro”: União, pelos Estados ou pelos Municípios.” e como Administração indireta “o exercício indireto de serviços públicos, propriamente ditos, isto é, pelas permissionárias, pelas concessionárias, pelas autarquias, e também pelas sociedades de economia mista e empresas públicas, quando estas duas últimas, por exceção, ao invés de exercerem atividades privadas, exercem serviços públicos.” No que tange às concessionárias, observa o autor que, com exceção dos serviços públicos indelegáveis, quais sejam, o poder de polícia e a distribuição de justiça, os demais serviços públicos podem ser prestados pela concessionária. (1992, p. 2319).

¹³ Diga-se que a expressão ‘responsabilidade da administração’ quer significar a responsabilidade do Estado por atos administrativos, nada tendo que ver com a responsabilidade da administração mencionada pelo professor Hely Lopes Meirelles, para definir a idéia de que o dever de indenizar cabe à Fazenda Pública (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 655).

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

tivesse se comportado de forma culposa, ou dolosa, mas não daquele que, em exercício de atividade lícita, viesse a causar danos a outrem.

Outrossim, este estudo admite a lei como fonte da responsabilidade do Estado. A responsabilidade objetiva não mais será considerada como a obrigação decorrente da violação a um dever jurídico primário, não mais será considerada um dever jurídico secundário, mas primário, afastando-se a tradicional visão doutrinária consubstanciada nas expressões *shuld* e *raftung*¹⁵. Na verdade, da consagração normativa da responsabilidade objetiva do Estado decorre a criação de um dever jurídico originário, bastando, para reconhecimento da responsabilidade objetiva, a violação direta de um dispositivo de lei¹⁶. A norma é fonte imediata da responsabilidade, sendo certo que esta é uma fonte válida de vinculação obrigacional, como também o são o ato ilícito e o contrato.¹⁷ Assim, constantemente tomada por conceito derivado do descumprimento de uma obrigação principal a que se encontrava ontologicamente atrelada, a responsabilidade civil vem assumindo papel diverso, principal, como consequência do reconhecimento do aspecto dinâmico do dano, compreendido como violação a uma cláusula geral de seleção dos interesses merecedores de tutela, verificada em concreto. A responsabilidade civil assume a posição de sistema primário, na medida, ainda, em que determina o merecimento de tutela ou não dos interesses colidentes.¹⁸

As fontes do direito¹⁹ (lei, jurisprudência, costume, analogia, princípios gerais do direito) determinam a responsabilidade civil, que se pode sintetizar como a obrigação patrimonial do autor do dano de reparar as consequências do seu ato lesivo de um interesse juridicamente tutelado. A obrigação extracontratual de que tratamos no presente estudo tem

¹⁵ Em tradução livre, dever jurídico primário e sucessivo.

¹⁶ Carlos Young Tolomei, em seu texto *A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil*, afirma que “Nesta perspectiva, não se falaria em responsabilidade sem culpa por uma razão bastante simples: aí não haveria responsabilidade. Não haveria dever jurídico sucessivo violado; existiria, sim, violação de um **dever originário**. Assim, todos os casos em que a doutrina procura descobrir responsabilidade sem culpa não seriam casos de responsabilidade, mas casos de mera obrigação criada por lei. Da culpa e do dolo, dever-se-ia indagar a existência quando violado um dever jurídico originário. Com o surgimento do fato previsto em lei (danos provocados por atividades de risco, por exemplo) por si só já estaria surgindo o dever originário de indenizar, inexistindo qualquer violação de dever anterior”. (2003, p. 363). De onde concluo que, nos casos de responsabilidade objetiva, a fonte da obrigação de reparar não é mais o ato ilícito, mas a lei, por essa razão a lei sendo fonte direta da reparação, o dever jurídico é primário, não depende da violação de dever jurídico outro, que dizia com o ato ilícito.

¹⁷ Miguel Reale define como ‘fonte do direito’ os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa, que pode consistir no processo legislativo, nos usos e costumes jurídicos, na atividade jurisdicional ou no ato negocial. (1995, p.140).

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2007, p. 183.

¹⁹ José Joaquim Gomes Canotilho aponta para as seguintes fontes geradoras da responsabilidade: a) violação contratual; b) delito; c) risco legalmente tipificado. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, p.309).

por fonte direta a lei, dirigindo-se, o texto constitucional que lhe dá fundamento, aos terceiros estranhos à relação jurídica havida pela Administração Pública ou por de suas concessionárias, razão pela qual se denomina extracontratual a responsabilidade estabelecida, ou aquiliana²⁰, termo que remonta ao império romano, em sua *lei aquilia*.²¹

Consideramos extracontratual a responsabilidade por oposição ao conceito de responsabilidade contratual, em que o dano tem lugar em uma relação jurídica anterior, em um contrato celebrado pelas partes, agente e vítima. Na responsabilidade extracontratual, o dever jurídico violado é previsto na lei, e não no contrato, ambas fontes válidas da obrigação de reparar. A permanência da distinção é frágil, porque um é o instituto da responsabilidade civil, e não há diferenças essenciais ou ontológicas entre aquelas espécies. Entretanto, admite-se a utilização da nomenclatura, aderindo-se à voz ainda majoritária da doutrina.²²

A rigor, uma vez admitida a premissa da unidade do ordenamento, irrefutável, porque a Constituição Federal representa sua centralidade e dá fundamento de validade a todas as outras normas hierarquicamente inferiores, torna-se inaceitável a manutenção da contraposição direito público/direito privado, sendo mais acertado, em verdade, falar em distinção quantitativa entre essas duas esferas, até então apartadas, e não qualitativa. Os objetivos constitucionais estão em toda parte, inclusive na realização dos institutos de direito civil, operando sua despatrimonialização²³. Significa dizer que fora tornado imperioso, para

²⁰ Como explica o professor José Acir Lessa Giordani: “A Lei Aquilia teve tamanha importância para a responsabilidade extracontratual que se tornou comum a utilização da expressão responsabilidade aquiliana para designá-la. Os romanistas discutem quanto à previsão do elemento culpa para a caracterização do delito na Lei Aquilia. De qualquer forma, não há dúvidas de que a *actio legis aquiliae*, à época de Justiniano, foi considerada de caráter misto (civil e penal), eis que ela seria reipersecutória quando a condenação correspondesse ao valor da coisa, e penal quando excedesse tal valor. Tal posicionamento representou grande passo na separação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal”. (GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 8)

²¹ Com relação aos atos administrativos com efeitos externos que venham a causar danos ressarcíveis a terceiros não visados imediatamente pelo ato, afirma Canotilho (1974, p. 320), em princípio, não lhes serem devida a indenização pelo Estado a fim de evitar o alargamento da responsabilidade estatal às vítimas mediatas de seus atos. Entretanto, conclui o autor, pautado na doutrina de V. Caemmerer, que o problema dos danos a terceiros é um problema de construção jurídica resolvido somente por meio da tipologia e da elaboração de grupos de casos.

²² V. M. Allara. *L'eccesso di norme nel diritto vigente*. In Riv. trim., 1959, p. 243: “Già negli anni '50 autorevole voce in dottrina sottolineava come la “distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale.”

²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista Estado, Direito e Sociedade, 1991. Afirmo a professora que “Em verdade, a própria distinção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada do sujeito titular dos interesses. Porém, se em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera dos interesses dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. As dificuldades de traçar linhas de fronteira entre direito público e privado aumentam, também, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermédia (tome-se, como exemplo, o interesse sindical ou das comunidades) Técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa. Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público, e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de

reconhecimento da constitucionalidade de qualquer instituto, com advento da Constituição de 1988, que o resultado hermenêutico de sua interpretação seja conforme a tábua de valores desta. Há, em certos países, completa dissociação da responsabilidade do Estado da responsabilidade civil propriamente dita, que regula as relações entre particulares, o que não se coaduna com o quadro constitucional posto em nosso ordenamento pela Carta de 1988, como mencionado. Esta Carta tornou prejudicada a premissa em que apoiava o desenvolvimento deste raciocínio, na medida em que a responsabilidade dita privada fora tornada hoje, como regra, objetiva.^{24 25 26}

interesses individuais e existências dos cidadãos. O Estado Moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa.” (...) “Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais, seja, no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade, e na obrigação legal de contratar. (...) Mais: no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existências – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do ordenamento.”. Sobre o assunto, v. M Giordanni. *Il diritto privato e i suoi attuali confini..In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, p. 396.

²⁴ Vide TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na Atividade Estatal*. In Temas de Direito Civil II. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 206: “ao contrário, é de se ter presente que o sistema dualista de responsabilidade atende a um incindível dever de solidariedade social determinado pelo constituinte, que não se restringe à relação entre o cidadão e o Estado e para cuja efetividade se revela indispensável a sua incidência, em igual medida, sobre as relações de direito público e de direito privado.”

²⁵ No ordenamento jurídico francês, por exemplo, subsiste, na doutrina, a distinção entre as instâncias de responsabilidade pública e privada, como resposta ao comportamento jurisprudencial ali vinculante, determinante da forma como se apresenta a responsabilidade da Administração Pública. Assim, o argumento trazido por Francis Paul BENOIT, no livro “*Le Droit Administratif Français*”, esclarece as razões justificadoras da manutenção de dois sistemas de responsabilidade como sendo as diversas razões de imputação de responsabilidade, no direito privado, era reconhecido legítimo espaço de luta aos particulares, luta pela vida, em que estes poderiam, portanto, causar/sofrer danos, havendo riscos admitidos e proibidos. Como a distinção destas espécies de riscos era difícil, recorreu-se ao conceito de culpa para fundamentação da responsabilidade, enquanto na área pública, em que cabe à Administração a prestação regulamentada dos serviços públicos, sua responsabilidade extracontratual funda-se na causação de constrangimento relevante a uma pessoa apenas, constrangimento superior àqueles inerentes à vida em sociedade. Porque os danos a eles causados não são que a violação do princípio da igualdade dos indivíduos no seio social. O autor, ao fim, afirma que a igualdade não é propriamente fundamento da responsabilidade da Administração Pública, mas que há harmonia entre ambas, e que afirmar que uma dá fundamento à outra seria um equívoco, não se pode misturar “*Le problème juridique du fondement des institutions et le problème politique de l’appréciation de leur valeur*”. (BENOIT, Francis Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris, Dalloz, 1968, p. 693).

²⁶ Sobre a doutrina francesa, ainda, deve-se esclarecer a diversidade contextual em que ocorreu a consagração de responsabilidade do Estado apartada da responsabilidade do direito dito comum, afirmando-se a revolucionária separação dos poderes lá havida na ocasião da Revolução Francesa. Tamanha era a desconfiança que levantavam os juízes, então partícipes de um sistema de injustiças que era derrubado. Do poder judicial fora retirada toda competência para averiguação de atos administrativos. A ratificação da separação das instâncias de responsabilidade, como consequência desta estrita separação de poderes que termina sacramentando a fórmula da *summa divisio*, dentre nós em processo de superação, fora realizada no julgamento do arret Blanco, precedente importante em sede de responsabilidade civil do Estado, afirmando-se que “la responsabilité qui peut incomber à l’État pur les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qui l’emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil, pour les rapports de particulier à particulier”. (Maria Lucia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador*. Coimbra editora, 1998, pp. 72-73)

Importante dizer, ainda, que não importa o caráter lícito ou ilícito^{27 28 29} da ação administrativa para fins de atribuição da responsabilidade civil do Estado; é irrelevante que a lesão sofrida proceda ou não de uma conduta culpável.³⁰ Não obstante, apenas de destacar que há entendimentos doutrinários diversos acerca do tema, afirmando, parte da doutrina, que há relevância na distinção entre atos lícitos e ilícitos, e mesmo que o há na distinção entre indenização e ressarcimento, conforme a natureza do ato danoso, indicando fundamentos diversos para a reparação do dano. Assim, na hipótese de ato ilícito, o fundamento da reparação seria o princípio da legalidade, na hipótese de ato lícito, o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.^{31 32}

²⁷ No direito português, a distinção entre responsabilidade por risco e por atos lícitos, com aprovação doutrinária, foi consagrada no Decreto nº 48.051, de 21 de novembro de 1967, em cujos artigos 8º e 9º se prevêem, respectivamente, a responsabilidade do Estado e demais pessoas de direito público pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos excepcionalmente perigosos, ou de coisas ou atividades da mesma natureza, e a responsabilidade por atos ou operações materiais lícitas impositivas ou causadoras de prejuízos especiais e anormais. (V. Canotilho, 1974, p.84)

²⁸ MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Vol. IV. Paris, 1906, pp. 221 e ss: A justiça e a equidade exigem o ressarcimento dos sacrifícios desigualmente impostos a um ou vários cidadãos, não interessando o caráter ilícito ou lícito do acto soberano causador do prejuízo; decisivo é apenas o nexo de causalidade entre a medida lesiva do ente público e o sacrifício especial.

²⁹ Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, pp. 988-989), fala-se em responsabilidade do Estado por atos lícitos nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, indiretamente, como simples consequência – e não como sua finalidade própria –, a lesão a um direito alheio. Este é, portanto, atingido como seqüela de uma atividade legítima que tinha em mira satisfazer outro interesse jurídico. Como afirma o autor, “os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda a Sociedade, não sendo equânime, portanto, que apenas algum arque com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos.” (...) “Deveras, a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público, encontram-se, por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem. Ademais, como o Estado de Direito acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado.”.(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

³⁰ Weida Zancaner Brunini, no livro “Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública”, (1981, pp. 39-40; 45) afirma: “A responsabilidade do Estado abrange, a nosso ver, tanto os danos provenientes de atividades lícitas, quanto os de atividades ilícitas, não havendo por que cindir e apartar de seu campo de abrangência os danos provenientes de atividades lícitas. Nem há por que ressarcir-se aqui e indenizar-se lá, assim como não há também necessidade de dilatar-se o instituto da propriedade para que este agasalhe um sem número de direitos”. (...) “Enterría, construindo o instituto da responsabilidade do Estado a margem de qualquer discrimen entre licitude e ilicitude, entendeu que a responsabilidade patrimonial da Administração não se restringe apenas a uma forma de sanção às condutas culposas dos órgãos ou agentes da Administração Pública (com o que concordamos) fazendo, também, com que o instituto repouse sobre um princípio abstrato de garantia de los patrimônios, e nisto não podemos acordar, visto não considerarmos o Estado um mero garantidor do direito da minoria, sendo, em nosso entendimento, muito mais importante o princípio que nos fala da superioridade do interesse público sobre o privado. Esse princípio não escusa o Estado de ressarcimento, mas, em se tratando de atividade lícita, entendemos que não há como deguiar-se da noção de um dano anormal e especial para que se logre o ressarcimento.”

³¹ Weida Zancaner Brunini. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 54.

³² Como ensina Patrícia Ribeiro Serra Vieira, em sua tese intitulada “Solidariedade na Responsabilidade Objetiva por Dano Coletivo”, datada de março de 2000, p. 174: “Por fim, já se verifica toda uma argumentação, sobretudo doutrinária, acerca do princípio da repartição dos ônus e encargos públicos, que pode ser assim expressa: o dano proveniente da administração e causado a particular seria uma variação do encargo público, que, pelo menos em certos casos, não deveria recair apenas sobre um cidadão, e sim ser repartido por todos, através de contribuição periódica a fundos geridos pelo Estado. É a expressão econômica da solidariedade de todos agrupados e da justiça sociodistributiva”.

Outrossim, e como já mencionado, a responsabilidade do Estado termina justificando-se pela eleição do princípio da solidariedade como valor fundante do nosso ordenamento jurídico. Princípio geral de garantia patrimonial dos particulares: a responsabilidade pode ser invocada com êxito frente a qualquer tipo de lesão antijurídica causada pelo funcionamento dos serviços públicos. E assim a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência vêm entendendo a responsabilidade do Estado como instituto funcionalizado à reparação do patrimônio da vítima injustamente lesada, tanto que foram realizados esforços, por ambos aqueles segmentos, para extensão do conceito de culpa,³³ e também do de nexo causal, isso em momento anterior à consagração legislativa da objetividade da reparação do dano.³⁴

Trata-se, portanto, de ampla responsabilidade, consagrada para tutela do interesse da vítima lesada. Não se trata, à evidência, da responsabilização do Estado por atos decorrentes do poder de autoridade administrativa, do chamado poder de polícia, que são atos genéricos de condicionamento de direitos, de definição dos contornos dos direitos privados como forma de gestão coletiva destes, em atividade realizada, assim se presume, sempre em homenagem ao interesse dos particulares que integram a coletividade, e de que não advém dano – desde que assim o seja, desde que não se verifique a ocorrência de danos no mundo fenomênico. Nesse sentido, pautado na doutrina de Renato Alessi, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que, em não havendo violação, mas apenas sacrifício de direito, previsto e autorizado pelo ordenamento jurídico, não há de se falar em responsabilidade do Estado (caso da desapropriação, por exemplo, desde que preenchidos os requisitos procedimentais).³⁵ A Administração Pública será responsável por atos que causarem danos a vítima individualizada, sacrificando-a,³⁶ mesmo que atuando no interesse da coletividade.

³³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2007, p. 210: “Poder-se-ia vislumbrar nisso uma tendência à absorção da responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva. Reforçaria esta impressão o uso algo exacerbado que certas cortes têm reservado ao conceito de culpa normativa, muitas vezes aferido sem qualquer atenção ao componente subjetivo da culpabilidade, de tal modo que a própria ilicitude se estaria restringindo ao seu elemento objetivo (a antijuridicidade).”

³⁴ Veja-se, por exemplo, STF, RE 9.917: “Casos em que o poder público é obrigado a ressarcir danos causados a particulares, ainda mesmo inexistindo qualquer ato ilícito, desde que o serviço haja irregularmente funcionado.” STF, RE 116.685: “A consideração no sentido de licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.”

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 984.

³⁶ Neste sentido, Elcio Trujillo (1996, p. 94) afirma que a responsabilidade do Estado pode se dar por atos lícitos e ilícitos. No primeiro caso, há atos lícitos que não dão direito à reparação, atos lícitos que interferem na esfera privada, mas são, na verdade, condicionamentos de direitos, decorrentes do poder de autoridade administrativa, que autorizam a definição genérica dos contornos de certos direitos privados, e que deve ser suportada pelo particular sem qualquer direito à indenização. Por outro lado, outros atos lícitos há que desafiam a condenação do Estado à indenização do particular, porque caracterizam verdadeiro sacrifício de direito, definido como “situação subjetiva passiva, imposto compulsoriamente pela

Com respeito à natureza do ato administrativo que dá causa à responsabilidade da Administração Pública, diga-se, ainda, que será relegada a melhor estudo a verificação mais detida da nomenclatura utilizada para denominação da reparação dirigida à vítima, adotando-se, por equivalentes, as denominações *indenização* e *ressarcimento*, quer se trate de ato lícito, quer se trate de ato ilícito.³⁷

1.2 A evolução histórica da responsabilidade estatal

O tema da responsabilidade civil do Estado foi objeto de diversas teorias ao longo da história do Direito. Três são os principais gêneros em que se subdividem essas teorias: as teorias da irresponsabilidade do Estado; as teorias civilistas da responsabilidade do Estado, com enfoque no viés subjetivista e vinculadas ao elemento culpa; e as teorias publicistas, que consagram a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por atos administrativos de seus agentes, dispensando a perquirição da culpa.

O direito brasileiro influenciou-se, sobretudo, pelas teorias adotadas no sistema europeu-continental, que adotou o regime publicístico, em contraposição ao sistema anglo-saxão, no qual prevalecem os princípios do direito privado. Apesar das referidas teorias corresponderem a distintos períodos, é válido atentar à existência de influências recíprocas entre as mesmas, com o predomínio, por vezes, de uma sobre outra.

A título de ilustração, observa-se que na Constituição Imperial de 1824, em que pese inexistir previsão da responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes de atos praticados por seus agentes, havia dispositivo que consagrava a responsabilidade objetiva da Administração dos Correios pela violação ao sigilo de correspondências. Por outro lado, apesar do predomínio das teorias publicistas da responsabilidade do Estado, em algumas situações procurou-se atribuir a responsabilidade subjetiva da Administração Pública para reparação do dano havido.

Estudaremos, adiante, as características básicas de cada uma das disseminadas teorias sobre a responsabilidade do Estado.

Administração, com base em lei, aos titulares de direitos de conteúdo patrimonial (...) implicando em compressão (parcial ou temporária) do conteúdo do direito ou em sua extinção, para permitir a sua afetação a um interesse público ou social.”

³⁷ Neste sentido, Elcio Trujillo sustenta que atos lícitos geram uma lesão, que será indenizada, e atos ilícitos uma violação, que se contrapõe à pretensão de ressarcimento, esta mais ampla. Mas, em razão da natureza objetiva da responsabilidade do Estado, alguns autores dispensam a distinção entre atos lícitos e ilícitos. Afirma o Professor Canotilho, por sua vez, citando o alemão Haas, que “haveria uma falsa evolução do Estado de Direito se numa comunidade fosse indiferente que um facto ou acto estadual viole ou não o direito”.

1.2.1 A teoria da irresponsabilidade

Esta primeira teoria se caracterizou pela negação da responsabilidade civil do Estado. Foi adotada, primordialmente, na égide dos Estados Absolutos e repousava sobre dois principais argumentos: os que têm por fundamento a soberania do Estado e os que se embasam na noção de separação de poderes.

Primeiramente, destacam-se os argumentos pautados na idéia de soberania, na noção de que o Estado era o ente soberano, insuscetível de causar danos e, por conseguinte, de se responsabilizar. Emergem, deste ideário, os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*).³⁸

A presente teoria é pautada na premissa de que o Estado, por ser pessoa jurídica, não tem vontade própria e age por intermédio de seus funcionários, sobre os quais recai a responsabilidade quando há a ocorrência de algum ato ilícito, já que são estes os executores do ato danoso. Quando os funcionários agem fora dos parâmetros legais, presume-se que não agiram como funcionários, daí a irresponsabilidade do Estado.

Referido ideal marcou, similarmente, a metade do século XIX, em obediência às reais condições políticas do contexto. O denominado Estado Liberal tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que a doutrina da sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da isenção que o Poder Público assumia a época. Essa doutrina, no entanto, não prevaleceu por muito tempo, por sua evidente injustiça. Isso porque ao Estado cabe o dever de tutelar o direito, não podendo deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho, que compara a teoria da irresponsabilidade à própria negação do direito.³⁹

Além disso, não se coaduna tal teoria com a noção contemporânea do Estado, que deve se ater, basicamente, a três importantes elementos: (i) a existência do Estado de Direito,

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.955. Expressa-se, ainda, na frase de Lafarrière, traduzida como “O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação.”

³⁹ De fato, se no Estado de Direito o poder público também se submete à lei, a responsabilidade estatal é simples corolário, consequência lógica e inevitável dessa submissão. Como sujeito dotado de personalidade o Estado é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, inexistindo motivos que possam justificar a sua irresponsabilidade. Se o Estado é o guardião do direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por ato do próprio Estado. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 249).

que se sujeite às normas pelo mesmo instituídas para orientar seus atos; (ii) o princípio da isonomia, por força do qual não pode o Estado criar norma que institua desigualdade desprovida de fundamento lógico ou que afronte valores constitucionalmente consagrados, e (iii) o direito à propriedade, que tem como corolário o direito do lesado, vítima de dano a sua propriedade, à justa indenização pelo dano causado, ainda que este seja provocado pelo próprio Estado.

Em superação ao argumento da soberania, apresenta-se o princípio da separação dos poderes como óbice à condenação do Poder Executivo pelo Poder Judiciário a indenizar alguém, devendo este se ater aos litígios entre particulares. Também esse argumento não sobrevive no modelo de Estado de Direito, no qual a possibilidade de submissão de atos do Poder Executivo ao crivo do Judiciário é uma de suas características fundamentais. Repugna-se, portanto, a idéia de irresponsabilidade patrimonial do Estado.

1.2.2 A teoria da responsabilidade com culpa

A doutrina da responsabilidade estatal no caso de ação culposa de seu agente surgiu como forma de atenuação da teoria da irresponsabilidade do Estado. Consoante esse entendimento, o Estado equipara-se ao cidadão em sede de responsabilidade civil e, por isso, deverá reger-se também por princípios do direito privado clássico – daí falar-se em teoria civilista. Desta forma, a obrigação de indenizar do Estado surgiria da conjugação dos seguintes fatores: fato, dano, nexo causal e culpa do agente.

Procurava-se distinguir, para fins da imputação da responsabilidade, dois tipos de comportamento estatal: os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, impostos unilateral e coercitivamente ao particular, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum. Os segundos seriam aqueles praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para gestão de seus serviços, se aproximando dos atos regidos pelo direito privado.

Nesse caso, se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, ao passo que, ao praticar um ato de império, não haveria responsabilização alguma, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal. Com isso, distinguia-se a pessoa do Rei, insuscetível de errar, a

quem se atribuía a prática de atos de império, da pessoa do Estado, o qual praticaria atos de gestão, através de seus prepostos.

Essa teoria gerou grandes dificuldades, uma vez que nem sempre se pode distinguir se o ato em questão, causador do dano injusto, era ato de império ou de gestão, ou se a falta do agente estava ou não atrelada à atividade pública, o que gerava grande insegurança entre os lesionados por danos ocasionados pelo Estado, que nem sempre podiam ter sua pretensão indenizatória satisfeita.

1.2.3 A teoria da culpa administrativa

Apesar de ter o mérito de representar uma fenda no princípio da irresponsabilidade, a teoria civilista ou da culpa civil comum não teve serventia para o adequado deslinde da questão enfocada. Dessarte, o reconhecimento subsequente da culpa administrativa passou a representar um estágio evolutivo da responsabilidade do Estado, eis que não mais seria necessária a distinção entre atos de império e atos de gestão, causadora de tantas incertezas.

No âmbito da jurisprudência, uma vez superada a teoria da irresponsabilidade do Estado, a primeira tendência verificada teria sido a de aplicar a lei civil aos danos provocados pelo Estado, afirmando-se a competência do Poder Judiciário e não da autoridade administrativa, para apreciar o conflito posto. Em seguida, passou-se a aplicação das regras do direito público, em detrimento das regras do direito privado, para casos envolvendo a Administração Pública.

A jurisprudência francesa deu o primeiro passo no sentido da elaboração de teorias da responsabilidade do Estado segundo os princípios do direito público, com o julgamento do famoso caso *Blanco*, ocorrido em 1873. Neste, a menina Agnés Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi atropelada por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo. Conseqüentemente, foi ajuizada ação indenizatória em face do Estado, com fulcro no princípio de que o ente estatal é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros em decorrência de ação danosa de seus agentes.

A Corte francesa entendeu, ao apreciar a referida demanda, que a responsabilidade que compete ao Estado pelos danos causados aos particulares, em razão dos atos de pessoas por ele empregadas no serviço público, não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil, pois que estes regem as relações entre particulares; sendo imperiosa a criação

de regras especiais que variam conforme as peculiaridades do serviço público e da necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.⁴⁰

Surgia, assim, a teoria da culpa administrativa, que fazia a distinção da culpa individual do funcionário, quando ele próprio respondia pelo dano causado, da culpa anônima do serviço público, na qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano, bastando-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse possível apontar o agente que o provocou.

A culpa do serviço e, por conseguinte, a responsabilidade do Estado, podia caracterizar-se de três maneiras: (i) pela inexistência ou pelo *não* funcionamento do serviço público (omissão), (ii) pelo *mau* funcionamento do serviço ou, (iii) pelo seu *retardamento* ou funcionamento tardio. Em qualquer dessas situações cabia ao lesado o ônus da prova do elemento *culpa*. Perquire-se, aqui, a falta objetiva do próprio serviço da Administração como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado ao administrado, não se indagando da culpa subjetiva do agente administrativo.

1.2.4 A teoria da responsabilidade objetiva

Como resultado de um longo processo evolutivo, a responsabilidade civil objetiva surge em contraponto à teoria subjetiva, que, como visto, exigia a comprovação pelo lesado da culpa do serviço público para ensejar a responsabilidade do Estado. Naquela, entretanto, dispensa-se a configuração do fator culpa em relação ao fato danoso, conferindo maior proteção ao lesado, que não precisa provar certos elementos que dificultam a obtenção do ressarcimento do dano, como: a identificação do agente público, a sua culpa na conduta administrativa, a falta do serviço, etc.

A demonstração do nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano sofrido é bastante ao surgimento da responsabilidade do Estado, sendo irrelevante tenha sido o fato lícito ou ilícito, tenha o serviço público funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.

⁴⁰ Segue trecho do referido julgado extraído do livro “Droit Administratif” de Charles Debbasch (1968, p. 319): “(...) *la responsabilité, que peut incomber à l’État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n’est ni général, ni absolue ; qu’elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l’État avec les droits privés.*” Em tradução livre, diz-se que a responsabilidade que pode ser atribuída ao Estado pelos danos causados aos particulares pelos atos de seus agentes não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil, para as relações particulares, que esta responsabilidade não é nem geral nem absoluta, que tem suas regras especiais que variam segundo as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar o direito de Estado com o direito privado.

A responsabilidade objetiva do Estado fundamenta-se na teoria do risco, baseada, por sua vez, no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Tal teoria tem como fundamento o fato da Administração gerar para seus administrados um risco de dano em decorrência da execução normal ou anormal de suas atividades. O Estado, por ser o sujeito jurídico, política e economicamente mais ‘poderoso’, teria de arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades. Como as atividades são desenvolvidas em favor de todos, nada mais justo que a coletividade suportar o ônus destas atividades. Portanto, torna-se um dever do Estado, representante de todo o corpo social, suportar este ônus, independente de culpa de seus agentes.

A doutrina clássica⁴¹ reparte, didaticamente, a teoria do risco em duas espécies: a do risco integral e a do risco administrativo. Diferenciam-se na medida em que, os adeptos da primeira, asseveram que todo risco advindo de sua atividade deve ser garantido pelo Estado, independente da existência de dolo ou culpa do agente causador do dano, ou da própria caracterização do próprio nexos causal em concreto. Incidiria, até mesmo, nas hipóteses em que o dano fosse decorrente de culpa exclusiva da vítima. Referida teoria é aceita na doutrina pátria para a responsabilização do Estado por danos nucleares.⁴²

Na subespécie risco administrativo, o Estado responde pela reparação dos danos causados pelos seus serviços, em virtude de seu mau funcionamento, ainda que não se verifique culpa de seus encarregados ou prepostos, bastando a comprovação da relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado. Admite, os adeptos desta doutrina, ao contrário dos adeptos da teoria do risco integral, as causas excludentes da responsabilidade civil, inerentes à culpa exclusiva da vítima, ao fato de terceiro, ao caso fortuito ou de força maior. Por fim, se houver participação parcial do lesado para o dano, a obrigação de indenizar do Estado poderá ser atenuada.

⁴¹ V. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Yussef Said Cahali, para os quais as expressões risco integral e risco administrativo são sinônimas, como se depreende de lição extraída deste doutrinador: “a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das conseqüências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção. (...) Deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto.” (CAHALI, 2007, pp. 40-41)

⁴² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 21, XXIII, ‘d’: “A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.”

Atualmente, tem-se desenvolvido a teoria do *risco social*, segundo a qual o foco da responsabilidade civil é a vítima e não o autor do dano. Nesta defende-se que a reparação está a cargo da coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos, com vistas a evitar que o lesado deixe de merecer a justa reparação pelo dano sofrido. O Estado é, então, responsável pela reparação dos danos causados a terceiros, mesmo que estes (danos) não lhe sejam imputáveis.

Com efeito, a responsabilidade objetiva do Estado é corolário lógico do princípio da igualdade dos ônus e repartição dos encargos sociais. Os valores indenizatórios despendidos pelo Estado para a reparação dos prejuízos causados ao lesado são resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, em última análise, beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais.

Sob esse prisma, afirma-se que a responsabilidade objetiva da Administração Pública tem fundamento de validade na justiça social, visando à redução das dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria de suportar quando prejudicado por condutas de agentes estatais.

É pacífico entre os doutrinadores que, no Brasil, jamais foi aceita a teoria da irresponsabilidade do Estado. Os tribunais brasileiros, sob aplausos da doutrina nacional, sempre aplicaram a tese da responsabilidade estatal por atos lesivos, mesmo não havendo normas legais expressas. De início, como ocorreu em outros países que integram o sistema romano-germânico, prevaleceu a tese da culpa civil, evoluindo para noção da culpa administrativa, para, enfim, adotar-se a responsabilidade objetiva.

As Constituições de 1824 e 1891 não dispunham, em termos gerais, da responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes, mas apenas da responsabilidade dos funcionários públicos, respectivamente, nos seguintes termos:

Art. 179. (...). XXIX. Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos.

Art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos **abusos e omissões** em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não se responsabilizarem efetivamente os seus subalternos. (grifos nossos)

Embora fosse prevista apenas a responsabilidade do ‘funcionário’ estatal, entendia-se haver solidariedade da Administração Pública em relação aos atos de seus agentes, não se

tendo consagrado a tese da irresponsabilidade do Estado. Ao contrário, as normas constitucionais retro citadas deixavam o legislador e o juiz livres para atribuírem ao Estado a responsabilidade pelos danos praticados por seus agentes. Tanto foi assim que, enquanto vigente a Carta Imperial de 1824, foram editadas leis ordinárias prevendo a responsabilização estatal em casos específicos, como a de danos causados por estradas de ferro, por colocação de linhas telegráficas ou pelos serviços de correio.

Apesar do silêncio da Constituição de 1891, a doutrina e a jurisprudência foram as responsáveis, em um primeiro momento, pelo surgimento da responsabilidade do Estado como regra geral, inspirando o legislador infra-constitucional a positivá-la no art. 15 do Código Civil de 1916, sob a égide da teoria civilista da responsabilidade.⁴³

A redação imprecisa do dispositivo gerou controvérsia entre juristas na interpretação do dispositivo. Alguns autores defenderam a opção do legislador federal pela teoria da responsabilidade objetiva, já que o texto não faz menção expressa ao termo *culpa*. Por outro lado, houve quem sustentasse a prevalência da teoria civilista atrelada à responsabilidade subjetiva, exigindo-se a prova da culpa do agente público. Para estes, agir contrariamente ao direito ou faltar com o dever legal pressupõe conduta culposa do agente.

A responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, propugnada pela doutrina e jurisprudência desde a Constituição de 1824, foi acolhida nos diplomas constitucionais de 1934 e 1937. Estatuíam, respectivamente, os seus arts. 171 e 158, que: “*Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos*”.

A norma consagrou, à época, a responsabilidade subjetiva do Estado, pois dependente da existência da culpa de seus funcionários genericamente considerados, ainda que não específica de cada um. Havia autores que sustentaram a positivação de uma solidariedade qualificada, em que a responsabilidade era principalmente da Fazenda, sendo os funcionários com ela responsáveis, não sendo esse o entendimento majoritário.

Já na Constituição de 1946, introduziu-se normativamente no direito brasileiro a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Dispunha o seu art. 194 que “As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa

⁴³ *In verbis*: Art. 15. 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.

qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Como se vê, o *caput* do artigo supracitado não faz qualquer menção à necessidade de que haja, por parte do funcionário, negligência, omissão ou abuso no exercício do seu cargo, dispensando a configuração da culpa. Esta, por sua vez, é apenas exigida para embasar o direito de regresso do Estado contra o funcionário causador do dano.

A Constituição de 1967, em seu art. 105, e a Emenda nº 1, de 1969, no art. 107, repetiram a norma da Constituição da República que a antecederam, acrescentado apenas a expressão ‘dolo’ do funcionário público como ensejadora da ação regressiva do Estado.⁴⁴

Finalmente, a norma constitucional consubstanciada no art. 37, § 6º, da CF de 1988, estabelece que: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*”

Referida norma inova no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que inclui as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (na forma do art. 175, da CF) no rol dos agentes estatais passíveis de responsabilização objetiva pela prestação desses serviços, nominando-os de forma expressa. Inclusão esta de todo justificável, pois tais serviços prestados em nada diferem daqueles prestados diretamente pelo Poder Público.

Com isso, pôs-se fim a divergência doutrinária quanto à incidência de responsabilidade objetiva quando se tratar de fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos, uma vez que a Constituição de 1967 só se referia às pessoas jurídicas de direito público. Todavia, não se incluem nesse rol as entidades da administração indireta prestadoras de atividade econômica, pois a intenção do constituinte foi de submeter a um mesmo regime jurídico aquelas pessoas que, não obstante serem de direito privado, executam atividades que, em princípio, caberiam ao Estado.

Assim, para que haja responsabilidade objetiva, forçoso que o comportamento da Administração Pública seja ato praticado por agente público, sem interessar o título sob o qual este presta o serviço: podem ser agentes políticos, administrativos, particulares em colaboração com a Administração, agentes sem vínculo típico de trabalho. Assim, o termo “agente” tem sentido amplo, não se confundindo com o termo “servidor” ou “funcionário

⁴⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, Art. 105. “*As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.*”

público”, abarcando todos aqueles que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados ao Estado. Importa, também, que o dano tenha sido produzido por alguém graças a sua qualidade de agente público, e não em situação alheia ao qualificativo em causa; é dizer, se produziu o dano enquanto no exercício de suas funções ou, ao menos, a pretexto de exercê-las, resta atendido o requisito constitucional.

Por fim, insta salientar que a primeira parte do dispositivo revela a relação jurídica existente entre o Estado e o sujeito lesado, em que é determinada a responsabilidade objetiva; a parte final da norma, por outro lado, se refere à relação jurídica existente entre o Estado e o agente causador do dano, em que é determinada a responsabilidade subjetiva, e o Estado terá, assim, de perquirir e provar a culpa de seu preposto para se ressarcir, regressivamente, do montante indenizatório pago à vítima do dano injusto.

Por fim, o Código Civil de 2002, embora reproduza a mesma orientação constitucional da Carta de 1988, não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, mas tão-somente às pessoas jurídicas de direito interno, o que não interfere no reconhecimento da responsabilidade objetiva daquelas pessoas, por força da regra constitucional.⁴⁵

É indubitável, portanto, a adoção pelos diplomas constitucional e civilista vigentes da responsabilidade objetiva do Estado⁴⁶. O ente público responde pelo dano causado por qualquer pessoa de sua administração que esteja no desempenho de atividades a ela correlatas, devendo reparar os respectivos prejuízos por meio de indenização, independentemente de averiguar a existência de culpa na conduta do agente. É necessária apenas a comprovação, pelo lesado, do fato, do dano e do nexo causal existente entre o fato e o dano sofrido.

⁴⁵ Vale a transcrição do dispositivo acima mencionado: 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*.

⁴⁶ Dois foram os óbices opostos ao reconhecimento da responsabilidade do Estado, de acordo com a professora portuguesa Maria Lucia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, no livro *Responsabilidade do Estado e Dever de Indenizar* do Legislador (1998, pp. 56-57): “a primeira remontava a Savigny, aos romanistas alemães da escola histórica, e ao seu dogma da natureza ficcional das pessoas colectivas, da dita personalidade moral. A conjugação deste dogma com um outro, proveniente da Lex Aquilia romana e inscrito no único instituto conhecido de responsabilidade – o instituto fixado e trabalhado pelo direito civil – segundo o qual só os prejuízos culposamente causados a outrem poderiam constituir o autor da culpa em dever de indemnizar, tornavam particularmente obscura a questão da imputação, ao Estado, dos danos provocados pela acção de seus funcionários”, porque o Estado era, em conclusão, incapaz de culpa, e, ainda, frise-se, agia para o bem de todos. A questão resolveu-se, em alguns ordenamentos jurídicos, por longa evolução jurisprudencial, como na França, Alemanha e Itália. Outros ordenamentos jurídicos, entretanto, preferiram a solução legal, normatizando a responsabilidade do Estado, tais como o de Portugal, Espanha, e o nosso. Mesmo Inglaterra e Estados Unidos terminando normatizando a responsabilidade, aquele através da *Crown Proceedings Act*, de 1947, este através da *Federal Tort Claim Act*, de 1946. Alias, a despeito de se enunciar, com constancia, ausência de fundamento normativo para entendimento da jurisprudência francesa acerca da natureza objetiva da responsabilidade do Estado, é certo que a mesma se funda no princípio da “*égalité devant les charges publiques*”, que fora consagrado no art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

1.3 O fundamento normativo: artigo 37 §6º da Constituição da República e o conceito de dano injusto

A Constituição da República de 1988, na linha já traçada pelas constituições anteriores, manteve a responsabilidade objetiva da Administração Pública sob a modalidade do risco administrativo, consubstanciada no §6º do art. 37 da CRFB. Referida norma estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviço público, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, *causarem* a terceiro.

Trata-se, portanto, e como acima referido, de responsabilidade extracontratual da Administração Pública pelos danos causados aos seus cidadãos. Duas são as inovações principais realizadas pelo legislador constituinte de 1988, como bem apontadas por Álvaro Lazzarini⁴⁷.

A doutrina destaca três importantes elementos extraídos da interpretação da norma contida no dispositivo em comento, são eles: (i) o rol dos responsáveis, (ii) os agentes estatais e (iii) a duplicidade de relações jurídicas estabelecida. Com relação ao rol de responsáveis são eles: as pessoas jurídicas de direito público – União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas de natureza autárquica; e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público – empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas com personalidade de direito privado, concessionários e permissionários de serviços públicos que tenham elo jurídico com o Poder Público (art. 175, P.U., I, CRFB)⁴⁸, além das pessoas de cooperação governamental (serviços sociais autônomos).

A forma como as pessoas indicadas no rol do artigo manifestam sua vontade e como agem, provocando efeitos jurídicos, é indireta. A Administração Pública atua por meio da

⁴⁷ LAZZARINI, Álvaro. Nova dimensão do direito administrativo, repertórios de estudos doutrinários e jurisprudenciais, 1. ed. São Paulo, Editora NDJ, 1997, p. 70: “a) firma o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa também para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, tornando indubitosa a responsabilidade, também, das paraestatais, cujos agentes causem danos a terceiros; e, b) utiliza-se, pela primeira vez, em texto que se tornou constitucional, o vocábulo agente, ou seja, aquela pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal, na lição de Hely Lopes Meirelles.”

⁴⁸ As empresas que não prestam serviço respondem de outra forma. Assim, lição de Sérgio Cavalieri Filho, para quem de acordo com o art. 37, §6º, da Constituição Federal, as empresas que executam atividade econômica respondem subjetivamente, embora possam responder objetivamente com base no Código do Consumidor, se fornecedoras de produtos ou serviços e estiver em jogo relação de consumo (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 244).

atuação de seus agentes⁴⁹, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real, e a elas juridicamente vinculadas. Há de se ressaltar que o Estado só responde por atos praticados por prepostos que estiverem no exercício de suas funções ou, a menos, que se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la. Se o agente causa dano a terceiro no correr de sua vida privada responde pessoalmente, à luz da regra geral do direito civil⁵⁰.

A 1ª parte do dispositivo revela a relação jurídica existente entre o Estado e o sujeito lesado, consagrando, para solução da questão ali posta, a responsabilidade objetiva do ente. A parte final da norma se refere à relação jurídica existente entre o Estado e o seu agente causador do dano, em que se demanda a comprovação de culpa ou dolo do agente, em hipótese de responsabilidade subjetiva desse. Deve o Estado provar sua culpa para se ressarcir, regressivamente, do montante indenizatório pago à vítima do dano injusto⁵¹. Esta é a única referência a elemento subjetivo contida no artigo.

As questões relativas à natureza do vínculo que une agente e Estado⁵², à natureza da responsabilidade do Estado pelos danos causados pelas empresas concessionárias⁵³, ou

⁴⁹ Nesse contexto, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, p. 65: "(...) questionabilidade da delimitação entre fatos danosos geradores da responsabilidade exclusiva do funcionário e aqueles suscetíveis de gerarem uma responsabilidade *subsidiária* ou *solidária* do Estado juntamente com o órgão ou agente faltoso. Dizer que a imputação dos danos ao Estado é possível quando o agente público se prevalece, na execução do ato, de poderes ou faculdades próprias da administração; ou quando a atividade está ligada à função ou serviço em nome do qual age o funcionário; ou, ainda, que o ato ou omissão deve estar intrinsecamente conexado com o serviço e não apenas temporal ou espacialmente; ou, finalmente, que o órgão ou agente deve ter procedido como tal, isto é, no exercício das suas funções ou atribuições e por causa delas e não somente por ocasião das mesmas funções, não resolve todas as dúvidas, maxime nas hipóteses de comportamento doloso, completamente destacável do serviço, mas em que o serviço constitui, precisamente, a ocasião necessária para a causação dos danos. (...) a actividade do agente imputar-se-ia ao Estado quando a relação entre essa actividade e a qualidade do agente público do sujeito lesante é de tal modo estreita que ela não poderia ter sido realizada na forma e modalidades adoptadas se o agente não tivesse investido de um *munus* público."

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.70: "A atuação dos órgãos é imputada à pessoa jurídica que eles integram, mas nenhum órgão a representa juridicamente. A representação legal da entidade é atribuição de determinados agentes (pessoas físicas), tais como os Procuradores judiciais e administrativos e, em alguns casos, o próprio Chefe do Executivo (CPC, art. 12, I, II e VI). Não se confunda, portanto, a imputação da atividade funcional do órgão à pessoa jurídica com a representação desta perante a Justiça ou terceiros: a imputação é da atuação do órgão à entidade a que ele pertence; a representação é perante terceiros ou em juízo, por certos agentes. Não há entre a entidade e seus órgãos relação de representação ou de mandato, mas sim de imputação, porque a atividade dos órgãos identifica-se e confunde-se com a da pessoa jurídica. Daí por que os atos dos órgãos são havidos como da própria entidade que eles compõem. Assim, os órgãos do Estado são o próprio Estado compartimentado em centros de competência, destinados ao melhor desempenho das funções estatais. Por sua vez, a vontade psíquica do agente (pessoa física) expressa a vontade do órgão, que é a vontade do Estado, do Governo e da Administração."

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, pp. 68-69: "As concepções organicistas e a tendência para a objectivização da responsabilidade darão azo à admissibilidade de uma responsabilidade *originária* e *directa*, dirigindo-se as pretensões ressarcitórias contra as pessoas colectivas públicas com a consequente remissão, para o plano das relações internas, do problema da responsabilidade pessoal do funcionário e do direito de regresso contra o mesmo."

⁵² Consoante doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Para tanto, não se faz necessário, segundo o autor, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso, bastando que ela ministre a ocasião para a prática do ato. "A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano." (CAVALIERI FILHO, 2009, p.236). Nesse sentido: STF. 2ª Turma. RE 160.401-SP. Min. Rel. Carlos Velloso (RTJ 170/631).

mesmo às condições de exercício do direito de regresso mencionado, são deixadas a melhor estudo, pois exorbitam os limites objetivos traçados para esse trabalho.

Diga-se, ainda, por relevante, que, consoante lição do professor Sérgio Cavalieri Filho, a expressão contida na norma constitucional positivada no §6º do art. 37 – “*seus agentes, nessa qualidade*” – consagra a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade do Estado no direito brasileiro, sendo imprescindível a relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano causado. De toda forma, destaque-se que não responderá o Estado nos casos de dano decorrente do fortuito, de força maior, de fato exclusivo da vítima. Não responderá, ainda, nos casos de danos causados a outrem pelos seus servidores quando estes não estiverem atuando no exercício da função pública, nem agindo em razão dela, tema de que tratarei mais detidamente a frente.

Releva, outrossim, perceber que o legislador constituinte privilegiou, por meio da redação da norma contida no art. 37, §6, CRFB, o ressarcimento da vítima da lesão de interesse merecedor de tutela, tornada, a antijuridicidade objetiva, elemento suficiente ao reconhecimento da injustiça do dano e da conseqüente obrigação de ressarcir-lo.

A antijuridicidade da conduta, aqui considerada em seu viés objetivo, à luz daquela regra constitucional, é a violação de norma ou de um dever legal, que não apresenta qualquer relação com a culpabilidade do agente causador do dano, conceito afeto à sua real possibilidade de agir no caso concreto, à possibilidade de evitá-lo, referindo-se, por conseguinte, a ilicitude tomada em seu sentido lato, à imputabilidade da responsabilidade.⁵⁴

⁵³ Para Sérgio Cavalieri Filho não há de se falar em responsabilidade solidária entre as entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos e o Estado, na medida em que a solidariedade só pode advir da lei ou do contrato, inexistindo norma legal atribuindo solidariedade ao Estado com os prestadores de serviços públicos. Estes têm personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios, pelo que agem por sua conta e risco, devendo responder por suas próprias obrigações. Ademais, destaca o autor que o art. 25 da Lei nº 8.987/1995 prevê a responsabilidade direta e pessoal da concessionária por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários e a terceiros. E que no máximo poder-se-ia falar em responsabilidade subsidiária do Estado à luz do art. 242 da Lei das Sociedades por Ações que, expressamente, diz que a pessoa jurídica controladora da sociedade de economia mista responde subsidiariamente pelas suas obrigações. Conclui o doutrinador que o Estado responde apenas subsidiariamente, uma vez exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos. “Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246). Diverge do professor Gustavo Tepedino que sustenta a responsabilidade solidária dos diversos entes públicos e privados que se apresentem como fornecedores dos respectivos serviços, prestados (direta ou indiretamente) pela atividade estatal.

⁵⁴ Para Caitlin Sampaio Mulholland, “a confusão entre culpabilidade e causalidade justifica-se a partir do momento em que as duas noções têm em comum o elemento de previsibilidade do resultado danoso”, porém enfatiza não se tratarem de noções idênticas. Assim as diferencia: “A idéia de causalidade implica a necessária análise do caso específico para distinguir-se faticamente a origem do dano. Já a idéia de culpabilidade, ou, como os espanhóis preferem, imputação subjetiva, deve levar em conta a existência de discernimento, intenção e liberdade.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.60).

Como ensina Anderson Schreiber, dois são os elementos da ilicitude, um de caráter objetivo e, outro, subjetivo, respectivamente a antijuridicidade e culpabilidade, esta entendida como falta de diligência subjetiva do agente. Importa para a configuração do dano, não a ilicitude, mas sim a antijuridicidade, considerada como objetiva violação a dever legal, proibitivo ou preceptivo, sem distinções. A ilicitude reclama a violação à determinada regra legal somada a um elemento subjetivo, negligência, imperícia, ou mesmo malícia.^{55 56}

Martinho Garcez Neto ensina que “[A] ilicitude que, em doutrina, significa antijuridicidade, é, portanto, o caráter que tem um ato naquilo em que infringe ou viola o direito objetivo, considerado este em sua totalidade.” A doutrina minoritária entendia pela violação de um direito subjetivo, apenas. Adiante, explica o autor que a “violação do dever jurídico como característica do ato ilícito apresenta dois aspectos incindíveis: o objetivo e o subjetivo. Sob o aspecto objetivo, a violação do dever jurídico consiste na omissão do comportamento devido. Aqui, a palavra omissão não quer dizer que o ato ilícito implique sempre uma atitude de inércia ou abstenção. (...) O aspecto subjetivo consiste na atribuição ou imputação da falta de cumprimento à vontade do agente, indispensável ao juízo de reprovação. Numa palavra, exige-se a culpabilidade.”⁵⁷

Verifica-se, assim, que o conceito de ilicitude impunha a comprovação da existência/presença do elemento subjetivo culpa, ou da intenção do agente, o elemento dolo, mas não a antijuridicidade consagrada na norma do art. 37 §6º da CRFB, porque a caracterização da responsabilidade objetiva da Administração Pública não tem mais dependência do elemento subjetivo, exsurgindo o dever de indenizar o dano causado pela simples prova do nexo causal entre dano e a conduta do agente da Administração, concluindo-se pela prevalência do interesse da vítima.⁵⁸

⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Atlas, 2007, pp. 152-153: “Então, quem viola um dever jurídico ou o direito de outrem, pratica um ato antijurídico – contrário ao direito – mas, nem por isso, comete ato ilícito, a ilicitude depende da configuração desta possibilidade de agir de maneira diversa, sem a qual a responsabilidade subjetiva não se impõe. Por exemplo, quem agride fisicamente uma pessoa age, sem dúvida, de modo contrário ao direito, violando inclusive normas expressas, mas sua conduta, embora antijurídica, não configurará ilícito se lograr demonstrar que assim agiu sob estado de sonambulismo.”

⁵⁶ Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 240) fala de “ato ilícito em sentido lato”, tratando a idéia de antijuridicidade objetiva.

⁵⁷ GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 134-137. Nesse sentido, Weida Zancaner Brunini (1981, pp. 42-44): “Antecedem Entierria os estudos desenvolvidos por Starck, que já proporcionavam a visualização do conceito de antijuridicidade do dano suportado por um particular. É importante perceber que isso possibilitou um deslocamento da ilicitude, da conduta do agente para o evento danoso. Ilícita não importa mais ser a conduta do agente, e portanto, irrelevante se torna a existência ou não de culpa. O que é primordial é a existência de um dano que, por não dever ser suportado pelo administrado, torna-se antijurídico. Daí a locução dano antijurídico objetivamente considerado. (...) Para que ocorra um dano antijurídico, é necessário, apenas, e tão-somente, que ocorra um dano suscetível de avaliação econômica, efetivo e individualizável, frente a uma pessoa ou grupo de pessoas, e que esse dano possa ser imputado à Administração.”

⁵⁸ Afirma o professor Sergio de Andréa Ferreira, no livro *Direito Administrativo Didático* (1985, p. 279), que “a ilicitude objetiva atinge os direitos absolutos, sob o ângulo do impedimento à fruição do mesmo, tendo seu titular ação para

De mencionar que, na formação do conceito objetivo de antijuridicidade, a doutrina francesa já afirmava a diferença entre ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva, na ocasião da superação do conceito de *faute personnelle*. Quatro foram, em resumo, as fases de evolução da jurisprudência francesa até concluir-se pela natureza puramente objetiva da responsabilidade da Administração Pública, quais sejam: i) a distinção entre *faute personnelle* e *faute de service*, ii) o estabelecimento da teoria da *faute de service*, iii) a definição da forma de *responsabilité pour risque* e, iv) a delimitação do instituto da *responsabilité sans faute*⁵⁹. Ensina a professora Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia que “é assim que a teoria da *faute de service* acaba por redundar num conceito – estritamente publicístico – de ilicitude objetiva, pelo reconhecimento de que a antijuridicidade pode produzir os seus efeitos típicos – tornando-se nomeadamente fonte do dever de indemnizar – à margem de qualquer juízo de censurabilidade subjetiva.”⁶⁰

Nesta breve linha evolutiva, destaque-se a doutrina do mestre Duguit⁶¹, que já mencionava a idéia de antijuridicidade objetiva, afirmando que o reconhecimento da possível antijuridicidade do obrar estatal, e aceitação de uma discrepância objetiva entre a lei e o ato administrativo, conduzem a uma noção de *faute* intrinsecamente objetiva, que possibilita a elaboração de uma categoria exclusivamente publicista (a *faute de service*). A obrigação de indenizar do Estado seria, portanto, fundada na idéia de segurança social, em proveito dos que sofrem um prejuízo proveniente do bom ou mau funcionamento dos serviços. Na Itália, por outro lado, prefere-se a expressa de dano injusto para expressão do dano advindo de violação objetiva de norma legal.⁶²

Não obstante, há, ainda, na doutrina, muita confusão acerca dos conceitos de ilicitude e antijuridicidade, que se entendem coincidentes, o que repercute diretamente na compreensão

restabelecê-la. (...) Para caracterização da ilicitude subjetiva, exige-se a prática do ato (comissivo ou omissivo) culposos, relação de causa e efeito entre a atuação e o dano. É o ato ilícito do art. 159 do Código Civil. Existe a ilicitude por causalidade, quando há ato, causa eficiente do dano, e, por isso, há responsabilidade, sem que se cogite de culpa, como no caso das atividades ditas perigosas, em se fala na teoria de risco”.

⁵⁹ Em tradução livre, respectivamente, a culpa do agente e a culpa do serviço, também denominada culpa anônima, a responsabilidade por risco e a responsabilidade sem culpa

⁶⁰ CORREIA, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra editora, 1998.

⁶¹ DUGUIT, Leon. *Traite de Droit Constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1930, pp. 257 e ss.

⁶² Fernando Noronha (2007, pp. 469-470) afirma que “Para exprimir a mesma idéia da antijuridicidade, muitos autores falam em dano injusto, adotando uma expressão italiana (*danno ingiusto*), que está presente no próprio Código Civil italiano (art. 2043). Na Itália, a generalidade da doutrina e da jurisprudência entende que *danno ingiusto* é aquele resultante de uma conduta *sine jure*, e contra jus; por exemplo, Giovanna Visintini escreve (1996, p. 355) que se fala de *danno ingiusto* “como elemento objetivo do fato ilícito”, que ele é “a tradicional iniúria”, e que o seu significado “é aquele de lesão do interesse tutelado”.

da natureza da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos, na medida em que impede que se afirme a objetividade desta responsabilidade e a prescindibilidade do elemento subjetivo, atrelada, a idéia de omissão, à idéia de ilicitude e, por conseguinte, de culpa. Assim acontece pela simples existência de dever jurídico anterior violado, embora este entendimento signifique correta adoção do conceito normativista de omissão, sobre o qual se discorrerá mais detidamente no capítulo 3. Entretanto, apesar da compreensão da natureza normativa da omissão, pressupondo, sempre, determinação normativa anterior determinante da obrigação de agir, resiste, a doutrina, à compreensão de que a violação a dever jurídico anterior, pela existência dessa norma preceptiva que vincula a Administração Pública, não signifique negligência de espécie alguma. Resiste a que o dano possa ocorrer de forma objetiva, pelo simples descumprimento da norma legal, ou, ao menos, ser verificado de forma objetiva, como desejou o legislador constituinte, confrontando-se a norma preceptiva que determina comportamento do agente com a conduta por este adotada no mundo fenomênico⁶³.

Isso porque se verifica a ocorrência do dano pela constatação, *in concreto*, de violação à área de atuação legítima de um interesse merecedor de tutela.^{64 65} A antijuridicidade de

⁶³ Exemplo de confusão respeitando a noção de ilicitude, a assertiva de Patrícia Ribeiro Serra Vieira: “A terceira concepção comporta o entendimento do ato ilícito quer no sentido objetivo, quer no sentido subjetivo. A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita, ainda que não seja originada numa vontade consciente e livre, mas a ilicitude só atinge a sua plenitude, quando essa conduta, contrária ao valor que a norma prossegue, decorre da vontade do agente, quando por outras palavras, o comportamento objetivamente ilícito é simultaneamente culposos”. A doutrinadora menciona a culpa negativa da Administração nos casos de omissão, do seguinte modo: “Já o critério de culpa negativa supõe, quando adotado, a possibilidade de indenização por simples omissão do agente. Assim, se o proprietário de um prédio conserva um elevador obsoleto, que oferece perigos, quando podia substituí-lo por um mais moderno e seguro, torna-se responsável em virtude de sua omissão, pelo dano sofrido pela vítima de acidente ocorrido com tal aparelho” (VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Forense, 2004, p. 24).

Para Rui Stoco (1997, p. 374) “não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.”

⁶⁴ Orlando Gomes já destacava a objetividade do conceito de antijuridicidade, entretanto, parecia não aceitar a ponderação da atividade lícita mencionada no parágrafo. Neste sentido, o professor Antônio Lindberg Coelho Montenegro, pautado nos ensinamentos de Orlando Gomes, acenta que “na antijuridicidade subjetiva, esfera reservada ao ato ilícito, há de estar presente necessariamente um ato voluntário, ao passo que, na objetiva, a reação da ordem jurídica manifesta-se sem se levar em conta o comportamento do agente. Verifica-se que o dano assume forma antijurídica quando infringe a esfera jurídica alheia, sem que haja nenhuma causa de justificação prevista. Esta se encarrega de estabelecer quais os interesses dignos de proteção, com base em um critério de valoração dominante na consciência social. Indispensável se faz, assim, um juízo de valor sobre a lesão do bem jurídico atingido para aquilatar-se se houve ação antijurídica, resultado que se obtém confrontando-a com as normas de direito privado.” Afirma, ainda, a nosso ver em equívoco das noções de antijuridicidade subjetiva e objetiva, que “na responsabilidade pelo risco, via de regra, caracterizada pelo exercício de atividades perigosas, não se pode declarar antijurídica a ação de alguém que no desempenho de um mister causa dano a outrem. Isto porque a lei, ao regulamentar tais atividades, já levou em linha de consideração o risco que lhes é peculiar. Para qualificar esses danos de antijurídicos, ter-se-ia de admitir o absurdo de haver a lei regulamentado atividades ilícitas.” (1996, p. 17).

⁶⁵ Nesse contexto, vale destacar o ensinamento de Anderson Schreiber (2007, p. 181): Quando a conduta lesiva mostra-se, de pronto, antijurídica, a área de atuação do interesse lesado corresponde à sua área integral, cumprindo à vítima apenas demonstrar a efetiva afetação do interesse de que é titular, para que reste configurado o dano ressarcível. Quando a conduta lesiva não é, a princípio, antijurídica, mas autorizada pelo ordenamento em questão, cumpre ao magistrado estabelecer a relação de prevalência entre os dois interesses em conflito, definindo, à luz do dado normativo, as fronteiras entre a atuação legítima de cada qual nas circunstâncias do caso concreto. Violada esta relação de prevalência, há dano ressarcível.

determinada conduta será verificada no caso concreto, e poderá depender da ponderação dos interesses postos em conflito; se ambos os interesses postos em conflito forem juridicamente tutelados, por exemplo, na hipótese de responsabilidade do Estado por ato lícito⁶⁶, não mais se realizando de forma abstrata, apenas, pela simples verificação da existência de enunciado normativo autorizador de determinado comportamento, por exemplo.

A relação de prevalência estabelecida pelo legislador ou pelo julgador dirá da existência de dano ressarcível. Significa dizer que, no caso concreto, conduta autorizada pelo ordenamento jurídico pode se revelar antijurídica, em determinada hipótese especificamente considerada, frise-se, porque o resultado da ponderação realizada mostra a prevalência do outro interesse juridicamente tutelado que com esse conflitava. Assim, o juízo de antijuridicidade dependerá, quando ambas as condutas respaldarem-se em autorização normativa, de uma ponderação dos valores colocados em confronto no caso concreto, optando, o julgador, pela prevalência daquele que se revelar, no caso individualizado, conforme aos valores constitucionais consagrados, seguindo regra de prevalência legislativa ou judicial.⁶⁷

Ainda que se entenda que a conduta “preterida” não pode ser considerada antijurídica, porque adequada a comando normativo válido, ao menos poderemos falar de resultado antijurídico, como menciona Anderson Schreiber⁶⁸, resultado obtido, à evidência, após a realização daquele processo de ponderação mencionado. Frise-se que o reconhecimento da tutela de determinado interesse juridicamente tutelado, em um caso concreto, não autoriza

⁶⁶ Em sentido análogo, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández, tratando do direito español, afirmam: “Un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, uma antijuridicidade referida al perjuicio (...) em tanto em cuanto no exitan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate.” (2006, p.383).

⁶⁷ Ainda no que tange ao juízo de preponderância de valores realizado pelo julgador, é esse destacado por Gustavo Tepedino quando do exame do ‘nexo de causalidade’ como elemento da responsabilidade civil. Referido doutrinador ressalta ser indispensável o vínculo de necessidade entre as causas ditas eficientes e o dano, para que reste configurada a responsabilidade civil, à luz da teoria da relação causal imediata, também denominada de subteoria da necessidade da causa. Em síntese, conclui o autor que, em se tratando de pluralidade de causas necessárias, concorrentes ou sucessivas, a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar. (TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.81).

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2007. Exemplifica, ainda, o professor: “Retome-se, ainda uma vez, o exemplo da emissora de televisão que emprega a imagem de outrem em documento informativo de fato pretérito, decidindo o tribunal que, à luz do baixo grau de informação, o direito à imagem e à privacidade do titular devem prevalecer. Verificado que, em concreto, tais direitos não prevaleceram, tendo o documentário sido amplamente veiculado, não resta dúvida de que há dano ressarcível, à luz do modelo de aferição antes analisado. Mas não só. Há também antijuridicidade, na medida em que, embora a conduta seja inicialmente lícita, violou a regra de prevalência, invadindo a área de atuação legítima de um interesse tutelado. Vale dizer: mesmo sendo caso de responsabilidade subjetiva, não há que se exigir uma adicional antijuridicidade da conduta (violação de norma ou de um dever de cuidado, ou configuração de abuso de direito), a fim de deflagrar a responsabilidade da empresa jornalística. É de se exigir, sim, a culpabilidade, elemento subjetivo da ilicitude, identificado com a concreta possibilidade de agir de modo diverso” (2007, p. 181).

dedução de uma regra, não se fará sempre prevalecer um interesse dito prevalente em determinada hipótese, mas sempre que ele se mostrar mais adequado à tabua de valores axiológica da Constituição Federal que o outro interesse posto em conflito, abrindo-se, ao juiz, espaço de discricionariedade pautada na Constituição Federal.⁶⁹ Bastará, à vítima, dessa forma, a prova do dano e do nexo causal entre este dano e conduta lesiva.

Dano é, portanto, a lesão concreta de um interesse juridicamente tutelado.⁷⁰ Como referência histórica, diga-se que, no passado, a idéia de dano indenizável já fora atrelada a conceito subjetivo. Assim, consoante a antiga doutrina germânica trazida por José Joaquim Gomes Canotilho, eram só os produzidos *voluntária e conscientemente* na esfera jurídico-patrimonial do lesado. Os prejuízos ressarcíveis derivariam apenas de medidas finalisticamente dirigidas à imposição de sacrifícios: “relação de imediação e finalidade do acto com o prejuízo”⁷¹, pretendendo-se, dessa forma, estreitar o alargamento do dever indenizatório do Estado a danos acidentalmente derivados das suas atividades. Canotilho já discordava de referida doutrina, afirmando-a inaceitável.⁷²

Hoje, diante do comando normativo do art. 37, §6º, da CRFB, que não pode ser interpretado que não em conjunto com os incisos I e III do art. 3º dessa Carta, conclui-se pela objetividade do conceito da responsabilidade pública, determinada a ressarcibilidade de todo e qualquer dano injusto causado ao cidadão, independentemente da verificação da caracterização de elemento subjetivo. Assim, serão ressarcíveis os danos individual ou coletivo,⁷³ o que resultante de ato ou fato antijurídico, o que viole qualquer valor inerente à pessoa humana⁷⁴ ou apenas uma coisa externa juridicamente tutelada e economicamente

⁶⁹ ALESSI, Renato. *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*. Milano: Dott A Giuffré Editore, 1955, p. 7: “Danno é, come si disse, la lesione di un interesse avente valore obbiettivo: per il nostro ordinamento danno è la lesione di un interesse considerato non già soggettivamente come la soggettiva valutazione che uno faccia di un bene in rapporto ai propri bisogni, ma oggettivamente, come una realtà vivente fuori della persona colpita.”

⁷⁰ Carlos Young Tolomei vê o dano como “**lesão a um bem jurídico**”, lesão a um interesse juridicamente tutelado. (2003, p. 365).

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, p.312.

⁷² Op. cit., p.312.

⁷³ V. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Atlas, 2007: “(...) diante da alegação de lesão ao interesse à privacidade, o magistrado verifique qual é, no caso concreto, o interesse lesivo e, sendo tal interesse também tutelado em abstrato, proceda a um exame de prevalência entre ambos os interesses com base nas condições relevantes do conflito submetido. Somente concluindo-se pela prevalência em concreto do interesse lesado é que se pode falar, tecnicamente, em dano ressarcível.”

⁷⁴ Carlos Young Tolomei (2003, pp. 367-368) conceitua **dano moral** esclarecendo que, a respeito, “subsistem duas grandes correntes doutrinárias: (i) a que, com base no ordenamento constitucional (CF, art. 5º, X) entende o dano moral como uma ofensa a direitos da personalidade, e (ii) a que vislumbra o dano moral como qualquer sofrimento ou incomodo humano que não seja causado por perda pecuniária, ou, nas palavras de Aguiar Dias, inspirado em Minozzi – “a dor, o espanto, a emoção,

apreciável, os danos difusos, coletivos e homogêneos, os danos emergentes e os lucros cessantes, pequenos prejuízos não podem mais ser considerados simples encargos sociais, compensados por vantagens de desenvolvimento social, todos os danos injustos⁷⁵ causados pela Administração Pública,⁷⁶ serão ressarcidos, mas as espécies referidas não serão tratadas aqui, pela limitação do tema, mas são deixadas para estudo mais detido.

Releva, para fins desse trabalho, uma melhor delimitação do conceito de dano injusto, o que importa para afirmação da responsabilidade civil da Administração Pública. A propósito, dano injusto já fora conceituado como a lesão a interesse juridicamente tutelado verificada no caso concreto. Afirmou a professora Maria Celina Bodin de Moraes que dano injusto é aquele que “*será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.*”^{77 78}

Não é mais um conceito estático, o dano, mas depende da concreta verificação dos interesses lesivo e lesado, que deve ser verificado à luz das peculiaridades da hipótese tratada. Apenas o olhar dirigido ao conflito concreto posto à apreciação judicial permitirá a afirmação da configuração de dano, ou seu afastamento.⁷⁹ E é bom que assim seja, porque a

a vergonha, a injúria física ou moral, em geral, uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”. Entre os defensores da primeira corrente, a professora Maria Celina.

⁷⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 42-43: “a) O dano é injusto, e, como tal, sujeito ao ressarcimento pela Fazenda Pública, se tem como causa exclusiva a atividade, regular ou irregular, da Administração; b) o dano deixa de qualificar-se juridicamente como injusto e, como tal, não autoriza a indenização, se tem como causa exclusiva o fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro; c) o dano é injusto, mas sujeito à responsabilidade ressarcitória atenuada, se concorre com a atividade regular ou irregular da Administração, como causa, fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro.”

⁷⁶ Carlos Young Tolomei (2003, p. 366) observa que “nem todo o dano é ressarcível. Só o será o dano considerado certo e atual. O aspecto da certeza relaciona-se com fatos efetivamente verificados, contrapondo-se ao dano meramente hipotético. Ou seja, o dano apenas potencial, imaginário, permanece à margem do dever de reparação. Na seara da atualidade está o dano já ocorrido ao tempo da responsabilização. Por outras palavras, em regra não se indeniza o dano futuro, pela simples razão de que dano ainda não há. Todavia, o fenomenal avanço tecnológico fez surgir hipóteses em que é imperioso o afastamento da idéia de irreparabilidade do dano futuro. É o caso, por exemplo, da radioatividade, quando a exposição prolongada a isotomos radioativos pode gerar toda ordem de lesões gravíssimas, cuja verificação, com efeito, é diferida.”

⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.179.

⁷⁸ Cf. nota 63.

⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Editora Atlas, 2007, p. 182, nota de rodapé numero 2: “A identificação do dano com a lesão não abstrata, mas concreta, a um interesse tutelado resulta, sob o ponto de vista dogmático, em uma reunificação, ao menos parcial, entre dano e antijuridicidade. Uma atuação em desrespeito à relação de prevalência entre o interesse lesado e o interesse lesivo (adno) representa, por si só, uma atuação em desrespeito à ordem jurídica, embora outras formas de violação possam ser vislumbradas no ordenamento. Neste contexto, o que diferencia tecnicamente a responsabilidade subjetiva da responsabilidade objetiva não é a antijuridicidade em si, que se associa, em muitas hipóteses, à investigação do dano, mas a culpabilidade, como elemento autenticamente subjetivo do ato ilícito, cuja presença a responsabilidade objetiva dispensa. Em outras palavras, a lesão de um interesse merecedor de tutela em concreto (dano) é indispensável à caracterização da responsabilidade objetiva e, neste sentido também o é que uma atividade qualquer haja concretamente transpassado a fronteira de proteção entre interesse tutelado (antijuridicidade). O que é irrelevante para a responsabilidade objetiva é, a rigor,

permanência do dano como conceito estático terminaria na contramão da vocação constitucional, ampliando as esferas das excludentes de ilicitude de comportamentos que realizassem um determinado interesse, na medida em que este interesse prevalecesse em análise abstrata, sempre, e não realizaria aumento das esferas de tutela, como desejado. Sem mencionar a violação à equidade que decorre, notória e indubitavelmente, da não verificação das peculiaridades do caso concreto para delimitação da obrigação de reparar. Diga-se, a esse respeito, que fora essa a razão pela qual o legislador opinou, em número relevante de artigos, pela utilização das cláusulas gerais, consideradas forma de regular quantidade maior de casos concretos, que a atividade legislativa já não conseguia normatizar⁸⁰.

Como consequência, o conceito de dano será limite da responsabilidade civil, porque fora tornado indicador da prevalência de determinado interesse juridicamente tutelado, prevalência concreta, como mencionado, realizando-se, dessa forma, a axiologia constitucional pelo reconhecimento da proteção maior e mais efetiva dos bens ali destacados em razão de sua importância no momento da delimitação do dano. E as formas de verificação da ocorrência do dano injusto vão variar, conforme haja ou não prévia proibição do comportamento lesivo, ou não, conforme haja prévia regra de prevalência legislativa que se mostre válida e adequada⁸¹ à luz do caso concreto, ou não, terminando por permitir avocação da ponderação⁸² judicial para solução da lide⁸³.

a culpabilidade – o agir descuidado do agente que poderia agir de outra forma -, elemento exclusivo da responsabilidade subjetiva.”

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Editora Atlas, 2007, pp. 133-134.

⁸¹ Anderson Schreiber (2007, p. 144) esclarece que, na verdade, as regras de prevalência submetem-se a duplo controle por parte do julgador: “assim, toda regra sujeita-se não apenas ao controle de validade, mas também a um controle de adequação às circunstâncias relevantes que foram levadas em conta pelo legislador.”

⁸² Consoante lição do professor Luis Roberto Barroso, já tratando as características dos princípios que informam a possibilidade de sua ponderação, que se devem considerar para verificação concreta do dano, com *gravis salis*, afirma que “A colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto. Os exemplos se multiplicam. (...) Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante das normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie.” (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, pp. 329/333). Isso porque, como esclarece Anderson Schreiber (2007, p.143): “os conflitos de responsabilidade civil se darão, amiúde, no campo de colisão entre normas de conteúdo genérico e abstrato, campo de preponderante aplicação da técnica da ponderação.”.

⁸³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2007, pp. 134-138; 156: “Tal metodologia deve ser dividida em duas fases: a primeira em que se verifica o merecimento de tutela em abstrato dos interesses conflitantes, e a segunda em que, não havendo prevalência estipulada entre dois interesses tutelados (por receberem, ambos, em abstrato, proteção de igual patamar), confere-se ao juiz um espaço de ponderação para que decida qual interesse deve prevalecer à luz das circunstâncias concretas.” A idéia vai muito bem apresentada no quadro de fls. 161.

O dano é, assim, cláusula geral que concede um espaço de discricionariedade ao julgador, para concreta (ou episódica) verificação da proteção do interesse alegadamente violado, discricionariedade que deverá ser exercida, à evidência, à luz dos valores constitucionais já mencionados, e de forma motivada.

Diga-se, a respeito da obrigatoriedade da reparação do dano que vigora, em sede de responsabilidade civil, o princípio de sua reparação integral, segundo o qual “a indenização deve ser a mais completa possível, e ressarcir, integralmente, a parte lesada, que há muito já orientava doutrina e jurisprudência brasileiras, inspirou também o legislador de 2002, que fez constar do art. 944 do Código Civil que a indenização se mede pela extensão do dano.”⁸⁴

Rapidamente informadas as diretrizes principais da norma em exame, temos por relevante destacar a controvérsia central do estudo. Nesse sentido, em função da utilização, pelo legislador, do verbo “causar” no comando normativo do art 37, §6º, da CRFB, há quem defenda que a Constituição apenas garanta a responsabilidade objetiva da Administração Pública se decorrente, o comportamento danoso, de condutas comissivas dos entes elencados na norma, não abrangidas as condutas omissivas. Estas se resolveriam pela aplicação da noção de responsabilidade subjetiva da Administração Pública. Essa a relevante questão que dá causa ao estudo, e cujos contornos serão definidos no capítulo seguinte.

⁸⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

2 ATUAIS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

2.1 Das correntes doutrinárias

A primeira corrente de pensamento doutrinária e jurisprudencial é, para fins desse estudo, a corrente mais antiga, que se atribui a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Asseverou, o professor, que a responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos será sempre subjetiva, porque não seria causa, mas condição do evento, e que teria fundamento na regra do art. 15 do Código Civil de 1916. Recentemente admitiram os atuais defensores do entendimento a realização de inversão do ônus da prova do elemento subjetivo em favor da vítima, procurando ressarcir-la.

Em análise um pouco mais detida, entende Celso Antonio Bandeira de Mello, principal pensador dessa corrente doutrinária, na atualidade, ser aplicável a teoria da responsabilidade objetiva aos danos causados por comportamento comissivo do Estado. Argumenta, para tanto, que o Estado detém o monopólio da força e dita os termos de sua presença na coletividade sem conferir livre escolha aos administrados. Assim, havendo conduta estatal comissiva lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, ainda que legítima, o princípio da igualdade é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado, sem se cogitar de culpa, culpa do serviço, dolo ou infração ao Direito.⁸⁵ Com ele parte relevante da doutrina, como, por exemplo, Lucia Valle Figueredo⁸⁶, Diógenes Gasparini⁸⁷, Sonia Sterman⁸⁸.

O princípio da isonomia, portanto, exige reparação do dano causado em prol de quem foi lesado para consecução de conduta que aproveita a coletividade: se a sociedade, encarnada

⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, pp.1000-1001.

⁸⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2006, p. 269. Entretanto, com relação aos serviços públicos, a Autora entende que a responsabilidade do Estado por atos omissivos será objetiva, na forma dos arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em que fora consagrada responsabilidade pelo fato do serviço: “todavia, se com relação aos atos omissivos é necessário provar a *faute de service*, quando se tratar da prestação de serviço público, por força do Código do Consumidor, o mesmo não acontecerá quando for o caso de omissão do dever de fiscalizar, ou seja, falta de fiscalização devida, por exemplo, em atividades trespassadas à iniciativa privada, quer seja em decorrência de privatizações ou atribuição de serviços a concessionários, permissionários ou autorizados”. Também defendendo a aplicação do CDC ao Estado, GANDINI, João A. D.; SALOMÃO, Diana P. da Silva, abr/jun 2003, p. 224. Sobre o tema, PFEIFFER, 2008, pp. 191-218. De toda forma, é certo que a objetividade da responsabilidade administrativa de que ora se trata tem assento no art. 37, §6º, da Constituição Federal, sem necessidade de recurso a outros diplomas normativos.

⁸⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XIV.

⁸⁸ STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 89.

juridicamente no Estado, colhe os proveitos de determinado ato, há de arcar com os gravames econômicos que este ato infligiu a alguns poucos, individualizados, para o benefício do grupo. Saber se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. Relevante é a lesão a uma situação juridicamente protegida.

Outrossim, no que tange aos danos decorrentes de uma omissão estatal e à obrigação de reparar danos desta advindos, defende Celso Antônio Bandeira de Mello a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Para o autor somente caberá, nesse caso, a responsabilização do Estado quando esteja obrigado a impedir o dano ou quando descumprir dever legal de obstar o evento lesivo.^{89 90 91} A omissão é assim caracterizada pelo não funcionamento do serviço, seu funcionamento tardio ou ineficiente.^{92 93}

Nesse prisma, para que reste configurada a responsabilidade estatal argumenta o doutrinador a necessidade de verificação da ilicitude da conduta do Estado. Além da relação

⁸⁹ Sobre a não aplicação da teoria objetiva aos atos omissivos, Renan Miguel Saad (1994, p. 67) defende a aplicação da teoria da falta do serviço, afirmando que “na hipótese de atos omissivos, a aplicação da teoria do risco importaria em uma exacerbação descomedida da responsabilidade do Estado.” E que “os prejuízos, neste caso, não são causados diretamente pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que a omissão, para ser causa de dano, implica na ocorrência de fato que o agente tem o dever de impedir”.

⁹⁰ VITTA, Heraldo Garcia. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 89-90. Neste trecho que segue, transcrito do livro “Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental”, de Heraldo Garcia Vitta, pensamos haver confusão entre a tal presunção absoluta e a comprovação de uma excludente de responsabilidade: “Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, procede, em inúmeras situações de “falta de serviço” a presunção de culpa do Poder Público, ante a dificuldade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. Logo, ocorre inversão do ônus probatório: compete ao Poder Público provar ter atuado nos padrões admitidos no Direito. Constituem exemplos de responsabilidade civil do Estado: se uma inundação causar danos ao meio ambiente de determinada cidade, pelo fato de os bueiros não terem sido limpos pela Prefeitura, se o Poder Público não fiscalizar as empresas com potencialidade de poluir o ambiente; se o guarda florestal vê um sujeito atear fogo em área de preservação ambiental e ficar inerte; se o Poder Público adota regras na proteção ambiental, inadequadas ou insuficientes, para evitar o dano, tendo este ocorrido.”

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1003: Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Defendendo a posição do professor Celso Antonio Bandeira de Mello, Roberto de Abreu e Silva (ABREU E SILVA, Roberto de. *A falta contra a legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

⁹² No mesmo sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 487), segundo o qual a responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou em atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados. Já a responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns inerentes à vida em sociedade.

⁹³ Entendendo da mesma forma, STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 373: “Quer parecer, contudo, que o Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art 37 §6º da Constituição Federal (se a atividade da qual decorreu o gravame for lícita), como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude de faute du service”.

entre omissão (estatal) e o dano sofrido, portanto, deve ser provado que o Estado cometeu uma ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente sua atuação para impedimento do dano, adotado comportamento inferior ao padrão legal exigível. Esta apuração dá-se em função do meio social, da atual conjuntura e das possibilidades reais médias verificadas no ambiente em que se produziu o fato danoso. Conclui Bandeira de Mello (2009, p.1004): “É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los.”

Conforme doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, pela admissão da responsabilidade objetiva da Administração Pública por todo evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, erigir-se-ia o Estado à condição de segurador universal⁹⁴. Defende, ainda, o doutrinador a presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público nos casos de falta de serviço e a inversão do ônus probatório, ante a dificuldade ou até impossibilidade de o lesado/administrado demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria.

Os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente, segundo Celso Antônio, compreendem *Fato da natureza* cuja lesividade o Poder Público não obistou, embora devesse fazê-lo (Ex. Alagamento de casas ou depósitos por força do empoçamento de águas pluviais que não escoaram por omissão do Poder Público em limpar os bueiros e galerias que teriam dado vazão); e *Comportamento material de terceiros* cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo. (Ex. assalto processado diante de agentes policiais inertes).

Raciocínio diverso é construído (pelo doutrinador) com relação aos casos em que o Estado produz a situação da qual o dano depende ou emerge, apesar de não efetuar propriamente a ação danosa. Equipara-os aos casos de danos produzidos pela própria ação do Estado, aos quais é aplicada a teoria da responsabilidade objetiva. São apontados como exemplos: assassinato de presidiário por outro presidiário, os danos nas vizinhanças oriundos

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1005: Razoável que o Estado responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública. No mesmo sentido, o professor Roberto de Abreu e Silva (2005, p. 117), afirma que “O Estado tem o dever genérico de promover a segurança pública e não o dever específico de conceder segurança individualizada, sob pena de ser considerado, inadequadamente, como um segurador social.”

de explosão em depósito militar em decorrência de um raio, lesões radioativas oriundas de vazamento em central nuclear ou em depósito de explosivos, etc. Em tais casos o dano liga-se imediatamente a um comportamento positivo do Estado, é dizer, o evento lesivo relaciona-se a antecedentes criados pelo Estado. E, como tais estabelecimentos públicos são instituídos em proveito da Sociedade, que deles depende, não é razoável que ninguém em particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado. Daí que, à luz do que sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello, os danos eventualmente surgidos em decorrência desta situação de risco e por força da proximidade de tais locais ensejarão responsabilidade objetiva do Estado, sendo esta a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram apenas sobre alguns, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos.

Renomado doutrinador conclui sua exposição afirmando que, se a lesão sofrida não guardar qualquer vínculo ou conexão lógica com o risco suscitado, não haverá de se falar em responsabilidade objetiva. E assim exemplifica (Bandeira de Mello, 2009, p.1009): “se os evadidos de uma prisão vierem a causar danos em locais afastados do prédio onde se sedia a fonte do risco, é óbvio que a lesão sofrida por terceiros não estará correlacionada com a situação perigosa criada por obra do Poder Público.” Nesta hipótese defende somente cabível responsabilizar o Estado se o serviço de guarda dos delinqüentes não houver funcionado ou houver funcionado mal, pois será caso de responsabilidade por comportamento omissivo, e não pela geração de risco oriundo de guarda de pessoas perigosas.

Não obstante, no caso de um detento ferir ou mutilar outro detento, o Estado responderá, segundo Celso Antônio, objetivamente (com base na responsabilidade por danos oriundos de coisas ou pessoas perigosas sob guarda do Estado), pois cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente à ambiência de uma prisão onde convivem infratores. Seria a hipótese de dano dependente de situação criada pelo próprio Poder Público, anteriormente referida. Reversamente, o Estado não responderá objetivamente caso um raio venha a matar um ou alguns presidiários, por ausência de conexão lógica entre a situação de risco e o raio. Poderá, todavia, responder subjetivamente se provado que as autoridades não tomaram as cautelas normais contra acidente desta ordem (implementando, por exemplo, pára-raios no caso de se tratar de local isolado e distante de defensivos).⁹⁵

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1003: “caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por atos omissivos é sempre responsabilidade por ato ilícito, e necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”. Duas premissas equivocadas – porque o particular

Outro entendimento doutrinário, que pode ser enquadrado como a segunda corrente de pensamento, encabeçado pelo professor Sérgio Cavalieri Filho, parte da premissa de que o §6º do art. 37 da CRFB engloba tanto a conduta comissiva quanto a omissiva do Estado, mas esta apenas em sua vertente denominada “específica”.

Em contraponto ao sustentado por Celso Antônio, afirma Sérgio Cavalieri Filho que, na moderna sistemática da responsabilidade civil, o ato ilícito não se apresenta exclusivamente como elemento subjetivo ou psicológico (culpa) da responsabilidade, mas também como evidência da contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva – denomina-o ato ilícito em sentido lato. Afirma, ademais, que o Estado pratica ato ilícito tanto por omissão – quando deixa de fazer o que tinha o dever de fazer – quanto por comissão – quando faz o que não devia fazer.

Sérgio Cavalieri Filho desmembra o conceito de omissão estatal em duas vertentes: (i) omissão genérica e (ii) omissão específica. Esta ocorrerá quando o Estado, por um comportamento seu anterior, cria a situação propícia para a ocorrência do evento e deixa de agir para evitar o dano, em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo (exemplo: motorista embriagado que atropela e mata pedestre na estrada, após parado em patrulha rodoviária, tendo os policiais permitido o prosseguimento de sua viagem). Nesse caso, a responsabilidade do Estado terá natureza objetiva. Diferentemente, estará configurada uma omissão genérica da Administração Pública em dada situação, em que houver simples inação, e, então, o Estado responderá subjetivamente pelos danos causados aos cidadãos. Pauta-se, o Autor, em jurisprudência que reconhece a existência de *omissão específica* do Estado quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não-impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e de acidente com aluno de colégio público durante o período de aula.

Nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº 109.615/RJ, em que a Suprema Corte acatou o entendimento consignado em acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reconheceu o nexo de causalidade material entre o comportamento omissivo (‘falha na vigilância’ ou ‘falta de adequada fiscalização’) do Poder Público e evento danoso, aquele na pessoa do funcionário escolar, que se absteve de adotar as providências reparatórias que a situação exigia (como o imediato socorro médico à vítima e a imediata

sim e o Estado não? E quando não houver obrigação de agir simplesmente não há omissão, parece haver confusão, novamente sobre distinção entre ilicitude no sentido objetivo e subjetivo.

notificação de seus pais responsáveis). Ao final, entendeu o Supremo Tribunal Federal tratar-se de caso de responsabilidade civil objetiva do Estado, configurados os requisitos que a fundamentam: (i) a consumação do dano; (2) a omissão administrativa; (3) o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal e; (4) a ausência de causa excludente de responsabilidade do Poder Público.

Da mesma forma, os danos decorrentes de coisas ou pessoas perigosas de que o estado tem a guarda. Para Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade do Estado em casos tais é objetiva porque é o próprio Poder Público que cria, por ato seu, a situação propícia à ocorrência do dano.

Com relação aos danos decorrentes de fenômeno da natureza e fato de terceiro, a Administração Pública só poderá vir a ser responsabilizada se ficar provado que, por sua omissão ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o evento, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis. Nesse caso, defende o Doutrinador que a responsabilidade estatal será subjetiva, determinada pela teoria da culpa anônima ou falta do serviço, e não pela objetiva.

Também filiado a essa corrente de pensamento, o Procurador do Estado Flávio Willeman, em livro de que trata a responsabilidade das agências reguladoras, defende a distinção entre omissões genérica e específica.⁹⁶

A terceira construção doutrinária acerca da matéria é aquela que defende a natureza objetiva da responsabilidade da Administração Pública tanto por atos omissivos quanto por atos comissivos, remetendo a questão para a verificação da configuração do nexo causal, questão que, destaque-se, não tem sido enfrentada com rigor técnico pela jurisprudência⁹⁷,

⁹⁶ Afirma referido autor que “ao se admitir que toda e qualquer omissão estatal, isto é, tanto a omissão específica quanto a omissão genérica, são passíveis de fazer com que o Estado responda objetivamente, estar-se-ia arraigando no direito brasileiro a teoria do risco integral, em que o Poder Público sempre será responsabilizado por qualquer dano sofrido por qualquer pessoa, sob a alegação de que houve omissão na prestação de um serviço público, mormente agora frente ao texto constitucional de 1988, repleto de normas programáticas que atribuem deveres ao Estado e direitos – não subjetivos – aos cidadãos (!!). Conforme já restou analisado alhures, não pode e não deve o Estado, sem prévia lei disciplinando o tema, ser encarado como um segurador universal dos danos causados na sociedade em razão do exercício de sua atividade regulatória, situação que traria verdadeiro caos para as finanças públicas (mas há prévia lei – art 37, §6º, CR).” (WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005). Rebatendo esse argumento, GANDINI, João A. D.; SALOMÃO, Diana P. da Silva, 2003, p. 221: “Ocorre que em todos os casos em que o Estado é chamado a ressarcir prejuízos decorrentes de conduta omissiva, bem assim nas comissivas, poderá ele defender-se demonstrando a presença de quaisquer das circunstâncias excludentes de responsabilidade. Poderá, ainda, demonstrar que o dano não é especial nem anormal ou que não tinha o dever de agir. Este largo espectro de defesa leva à conclusão de que mesmo que se aplique, em todos os casos, a teoria do risco administrativo e, portanto, a responsabilidade objetiva, o Estado não estará sendo erigido à condição de segurador universal.”

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2007, p. 61: “Um cenário tão eclético poderia causar, em uma leitura inicial, a impressão de uma atecnia contumaz por parte das cortes brasileiras e de outras tantas que se comportam da mesma forma. Uma análise mais profunda, porém, demonstra que o caos reinante em matéria de nexo causal corresponde não a insistentes equívocos do nosso Poder Judiciário, mas a uma deliberada abordagem do problema da causalidade de modo a lhe assegurar uma solução, por assim dizer, flexível.”

mas que, olhada detidamente, se prestaria à correta delimitação da responsabilidade da Administração Pública a *ratio* da norma constitucional contida no artigo 37 §6º da CRFB, sem transformação do Estado em segurador universal.

Defendendo a natureza objetiva da responsabilidade, os professores Yussef Said Cahali, José dos Santos Carvalho Filho, Celso Ribeiro Bastos, Almiro do Couto e Silva, Toshio Mukai, Alvaro Lazzarini⁹⁸, Arnaldo Wald, Gustavo Tepedino⁹⁹, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho¹⁰⁰, Marcelo Calixto¹⁰¹, entre outros. Entende, também, pela responsabilidade objetiva da Administração Pública pelos atos administrativos omissivos, Weida Zancaner Brunini, no livro “Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Publica”, afirmando que não vê sentido na exclusão dos atos omissivos da égide da norma estabelecida pelo art. 107 da Constituição então vigente (em tudo equivalente ao art. 37, §6º, da CRFB, salvo pela menção mais ampla aos agentes, em lugar de funcionários da Administração Pública, e pelo acréscimo da referência às pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, alterações já referidas em capítulo anterior), não devendo estar subordinada, a responsabilidade, neste caso específico, à comprovação do elemento subjetivo culpa.¹⁰²

Entende-se que não mais se poderia diferenciar causa de condição de determinado resultado antijurídico, que a causalidade não pode mais ser verificada de forma naturalística,

⁹⁸ LAZZARINI, Álvaro. *Nova dimensão do direito administrativo: repertórios de estudos doutrinários e jurisprudenciais*. 1. ed. São Paulo: Editora NDJ, 1997, p. 74.

⁹⁹ Aliás, a professora Odete Medauar é indicada, em alguns trabalhos doutrinários (v. GANDINI, João A. D.; SALOMÃO, Diana P. da Silva, 2003, pp. 215-217) como defensora da responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos, mas a leitura atenta de seu trabalho revela que não é exatamente assim. Em sua obra “Direito Administrativo Moderno”, já afirmou que “cabe ainda observar que a Administração é responsabilizada não somente por atos e omissões de agentes identificados. Nas hipóteses de danos oriundos de agentes não identificados ou oriundos de falhas em máquinas, aparelhos, equipamentos (fato das coisas), sem possibilidade de atribuição a agente algum, ainda assim a Administração arca com o ressarcimento do dano”. A confusão exsurge da referência à identificação do agente, desimportante para a configuração da responsabilidade objetiva.

¹⁰⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas da responsabilidade civil do Estado*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: PADMA, jul/set 2002, vol. 11, p53.

¹⁰¹ CALIXTO, Marcelo. *A Culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e Função*. 1. ed. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008, p. 239: “Certo é que a questão assume imensas proporções nos dias que correm, em especial se forem considerados os inúmeros danos conexos à escalada da violência que se observa nas grandes cidades brasileiras e que a Constituição da República impôs ao Poder Público o dever de debelar. Entretanto, posta a questão em termos exclusivamente jurídicos, acredita-se não ser realmente possível afirmar a permanência da culpa – mesmo referida ao serviço e não ao agente específico – como fundamento da responsabilidade do Poder Público”.

¹⁰² BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 62: “Portanto, o Estado responde tanto pelas ações como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-os à comprovação da culpa para a conseqüente imputação de responsabilidade ao Estado.”

apenas, e que a interpretação diversa apresentada pelos outros doutrinadores realizaria indevida diminuição da norma, que pretendia abranger tanto as formas de comportamento comissivas da Administração, como as omissivas. Em tudo, remetem-se à literalidade do artigo e a seu fundamento a teoria do risco.

Três premissas metodológicas foram estabelecidas pelo professor Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2004, pp. 213-214) para o afastamento da idéia de culpa do sistema de responsabilidade da Administração Pública, afirmando a conclusão acima assentada. A primeira delas é a incompatibilidade da técnica da responsabilidade objetiva com a pesquisa da culpa, mesmo que presumida, devendo o operador romper com a lógica subjetiva tão arraigada na tradição cultural brasileira. A segunda premissa consiste na necessidade de se compreender as causas de exclusão de responsabilidade, previstas nas fontes normativas de maneira casuística, como elemento de desconstituição do nexo causal – entre a atividade e o dano – não já da culpa do agente. Por fim, sustenta que a solução dos conflitos em matéria de responsabilidade civil deve atender aos aludidos princípios constitucionais da solidariedade social e da justiça distributiva, que informam todo o sistema, impedindo que se reproduza, de maneira acrítica, a técnica individualista para os novos modelos de reparação.

João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão¹⁰³ apresentam igualmente excelentes argumentos em defesa da responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos. Afirmam que seria uma contradição do legislador pretender ampliar a responsabilidade do Estado pela consagração da expressão agente público, ao invés de funcionário público, e pela expressa indicação das pessoas jurídicas de direito privado no art. 37, §6º, da CRFB, que faltava na Constituição de 1967 (ou na Emenda Constitucional anterior, nº 1/69) e, por outro lado, cometer ação excludente da responsabilidade do Estado por atos omissivos, tão gravosa, até porque, em sede de omissão, a prova do elemento subjetivo é muito mais difícil à vítima do dano.

Destarte, a omissão seria comportamento contrário ao ordenamento jurídico, na medida em que representa violação de dever legal; portanto, mais relevante que o ato lícito pelo qual o Estado responde de forma objetiva, que, como sabido, é comportamento que este realiza com fundamento em norma do ordenamento jurídico, ainda que o resultado possa

¹⁰³ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 199/230, abr/jun 2003, vol. 232, p.219.

indicar a antijuridicidade de tal comportamento pela ponderação dos interesses juridicamente tutelados em conflito.¹⁰⁴

A discussão sobre a culpa da Administração Pública nos atos omissivos não encontra fundamento na lei, ainda se mantivermos a distinção entre causa e condição – hoje já sem justificação científica –, a uma porque a omissão é conceito normativo e, a duas, porque sua relevância causal verifica-se da formação de juízo hipotético acerca da idoneidade da ação esperada, determinada em lei impedir a causação do resultado injusto. O equívoco, como mencionado no capítulo anterior, deve-se, principalmente, à confusão entre os aspectos subjetivo e objetivo do conceito de antijuridicidade.

2.2 Do entendimento jurisprudencial

Com relação à jurisprudência existente acerca da matéria, é destacar que não resulta, da análise da jurisprudência dos tribunais superiores, uma conclusão definitiva sobre seu posicionamento, verificando-se, do contrário, uma tendência de adoção de determinada teoria por cada uma das Cortes Superiores.

Há, por exemplo, reiteradas manifestações do Supremo Tribunal Federal no sentido da afirmação da inexistência de nexo causal entre ato e dano, nas hipóteses em que se pretendia atribuir, à Administração Pública, responsabilidade por atos omissivos danosos, mas é reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado de forma ampla. Aquele paradigma é mesmo apontado pelo professor Marcelo Calixto,¹⁰⁵ e fora proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 130.764/PR. Tratou-se, na hipótese, da responsabilidade civil do Estado do Paraná por danos sofridos pelo dono de uma joalheria assaltada por uma quadrilha de que fazia parte um apenado que fugira, cerca de vinte e um meses antes, de uma penitenciária estadual. O Ministro relator entendeu, como se depreende da leitura de seu voto, que não havia nexo causal entre o dano sofrido pelo autor da ação, o joalheiro assaltado, e a fuga de um dos integrantes da quadrilha da penitenciária estadual, ocorrida, como mencionado, alguns meses antes.¹⁰⁶

¹⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2007.

¹⁰⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Renovar: 2008, p. 231.

¹⁰⁶ STF, Primeira Turma, RE 130.764/PR, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12.05.1992, DJ 07.08.1992. Segue trecho do voto do ministro relator: “a fuga, considerando que o assalto foi praticado muitos meses depois, não constitui circunstância, sem a qual o dano não teria se verificado, mas merca coincidência entre o fato danoso e o procedimento do imputado responsável. Não se pode pretender estabelecer um liame, para efeito da responsabilidade civil do Estado, tal qual posto na Constituição, entre a conduta daqueles indivíduos e fatos remotos, porque neste esforço poder-se-ia discorrer, inutilmente para o desate da

O acórdão corrobora a tese da responsabilidade objetiva da Administração Pública por atos omissivos, que se defende na presente dissertação, apesar de se poder inferir, das razões de decidir apresentadas, a preocupação do Magistrado com a formação de precedente de ampla responsabilidade do Estado, como se vê do trecho destacado. Assim, ficou assentada, no julgado, a natureza objetiva da responsabilidade do Estado, reconhecida pelo Ministro Relator, de forma expressa, em seu voto¹⁰⁷, em caso que tem por objeto conduta omissiva da Administração Pública, frise-se. A lide fora resolvida pela aplicação restritiva da teoria do dano direto e imediato, que trata do nexo causal, de forma técnica. Resulta da leitura do julgado que se quis afirmar, com razão, que a evasão do fugitivo da penitenciária estadual não fora a causa direta e necessária do evento danoso, consideradas as peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, o tempo decorrido entre a evasão e a prática do crime e a formação da quadrilha para a prática do crime, que determinou o envolvimento de outros bandidos no cometimento do assalto à joalheria, nada permitindo afirmar a imprescindibilidade da participação do fugitivo nesta quadrilha.

Recentemente, e como noticiado pelo mesmo autor, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em sentido outro, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 409.203/RS. Tratou-se da responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul por danos sofridos por duas mulheres vítimas de ameaça e de estupro, por foragido, pela oitava vez, do sistema penitenciário estadual. O Ministro Relator originário, Min. Carlos Velloso, entendia pela ausência de nexo causal, afirmando que “não há dúvida que, no caso, houve falha do serviço, a *faute du service* dos franceses. Esta, todavia, não prescinde da demonstração do nexo de causalidade. É dizer, no caso, deveria estar demonstrado o nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o lamentável fato ocorrido, certo que há de ser observada a teoria, quanto ao nexo de causalidade, do dano direto e imediato. Não há possibilidade, portanto, da adoção, no caso sob julgamento, da falha do serviço”. Entretanto, a maioria dos julgadores acompanhou o voto do Min. Joaquim Babosa, manifestado em sentido contrário, em que fora reconhecida a existência de nexo causal e, portanto, da responsabilidade civil do Estado do Rio Grande do Sul. Assim, manifestou-se o ilustre Ministro, em seu voto “Ora, o nexo de causalidade, no caso, parece-me patente. Se a Lei de Execução Penal houvesse sido aplicada com um mínimo

questão, não apenas sobre as falhas do sistema penitenciário, mas as falhas no sistema de educação, saúde, assistência familiar, segurança, etc., para responsabilizar o Estado por todas as mazelas que assolam a sociedade”.

¹⁰⁷ Segue a transcrição de referido trecho do voto: “A **responsabilidade do Estado**, embora **objetiva** por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no §6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação e a **omissão** atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.” (Grifos nossos)

de rigor, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir pena nas mesmas condições que originariamente lhe foram impostas. Por via de consequência, não teria a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime que cometeu, num horário em que deveria estar recolhido ao presídio.”¹⁰⁸

O julgado, acertado, a nosso ver, é daqueles em que se poderia ter reconhecido a responsabilidade do Estado mesmo pela avocação da omissão dita específica, porque houve sete fugas antes daquela em que praticara, o agente foragido, crime de ameaça contra as duas autoras da ação, o que deixava clara, para a Administração Pública, a falta de idoneidade das condições da prisão do agente para garantir sua permanência no aprisionamento. Resolveu-se a lide sem menção a esta vertente da especificidade da omissão, considerando-se, como se defende na presente, que a responsabilidade da Administração Pública é de caráter objetivo mesmo para os atos omissivos danosos, bastando, a tal reconhecimento, a configuração do nexo causal, que passa pela anterior caracterização da omissão com relevância causal, com clara indicação da norma preceptiva anterior violada (Lei de Execução Penal).¹⁰⁹

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, parece aproximar-se da construção doutrinária defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello – neste estudo, colocada como a 1ª corrente de pensamento –, condicionando a configuração da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos à caracterização do elemento subjetivo culpa, ainda que anônima. Veja-se, por exemplo, o acórdão proferido no julgado do Recurso Especial nº 418.713/SP.¹¹⁰ Tratou-se, neste julgamento, da responsabilidade do Estado de São Paulo pelo acidente ocorrido com menor de 14 (quatorze) anos de idade que ficou tetraplégica ao saltar de cabeça em ribeirão de pouca profundidade e cheio de pedras localizado no Balneário Rio das Águas Claras, Pindamonhagaba. A menor ingressara no balneário mediante pagamento de ingresso e não havia salva-vidas ou sinalização no local. Afirmou o Ministro Relator, em seu voto, que “no campo da responsabilidade civil do Estado, a regra é a responsabilidade objetiva, cujo corolário é a teoria do risco administrativo, segundo a qual está o Poder Público obrigado a reparar o dano por ele causado a outrem por meio de uma ação lícita ou ilícita de seus agentes. Bastará, nesta hipótese, comprovar a ocorrência do prejuízo e o nexo causal entre a conduta e o dano, para que assista ao lesionado o sucedâneo indenizatório. Por outro lado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, ou seja, pelo não funcionamento do

¹⁰⁸ STF, Segunda Turma, RE 409.203/RS, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, j. 07.03.2006, DJ 20.04.2007.

¹⁰⁹ No mesmo sentido: RE 215981/RJ; RE 180.602/SP; RE 283.989/ PR.

¹¹⁰ STJ, Segunda Turma, REsp 418.713/SP. Rel. Min. Franciulli Netto. J. 20.05.2003. DJ 08.09.2003.

serviço, ou de seu funcionamento tardio, deficiente ou insuficiente, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva.”^{111 112}

Destaque-se, em razão da controvérsia posta neste julgamento, acerca da natureza da responsabilidade da Administração Pública por atos danosos omissivos, o julgamento do Recurso Especial nº 602.102/RS, terminando vencedor, outrossim, o entendimento que reclamava, para a configuração de tal responsabilidade, a presença do elemento subjetivo culpa. Tratou-se, na hipótese, da responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul pela morte de determinado sujeito que, internado num hospital psiquiátrico, conseguiu escalar o muro do hospital, libertando-se da custódia, e cometer suicídio logo depois. Afirmou, a Ministra Relatora Eliana Calmon, que “se há ação causadora de dano, não há dúvida de que temos a responsabilidade objetiva, ou seja, a vítima de uma ação estatal deve ser objetivamente ressarcida, muito embora, no exame do nexos de causalidade, seja necessária, muitas vezes, incursão no aspecto subjetivo do preposto estatal. Outras vezes, é preciso analisar o elemento subjetivo para que comprove o Estado culpa da vítima, o que afasta a sua responsabilidade. A questão muda de ângulo, quando se está diante de danos causados por omissão, ou seja, quando houve falta do agir por parte de quem tinha o dever legal de agir e não agiu, ou agiu tardia ou ineficientemente”,¹¹³ corroborando o que se disse acima sobre o entendimento

¹¹¹ No julgamento do REsp 997900/AM, o Ministro Castro Meira, em decisão monocrática, não conheceu do recurso e manteve o acórdão originado do E. TJAM, afirmando que “Está mais que patente a comprovação da relação de causalidade entre os danos sofridos pelo infante e a conduta omissiva do apelante. A exclusão da responsabilidade do Estado somente será admitida em duas hipóteses, sendo que nenhuma delas, logicamente, está presente no caso em tela; a primeira quando a dano sofrido por terceiro seja decorrente de um evento imprevisível e irresistível, ocasionado por força externa ao Estado e, o segundo, quando a vítima der causa ao evento danoso. Mas, em qualquer dos casos, compete ao Estado comprovar a existência de uma das causas de exclusão de sua responsabilidade, eis que não houve, de forma alguma, um caso fortuito ou força maior e, menos ainda, culpa da vítima na ocorrência do dano que se busca reparar.” Verifica-se, do julgado, entretanto, referências à ilicitude da conduta do réu, atrelada ao conceito de omissão, referência aparentemente dirigida ao sentido objetivo da expressão, destaco uma delas: “Há, destarte, ilicitude na conduta omissa do agente público, como muito bem demonstrado pelo Graduado Órgão Ministerial, considerando que a Carta Magna, em seu art. 227, determina ser dever do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à saúde, devendo salvaguardá-la de qualquer forma de negligência que possa vir a lhe causar ou agravar danos.” (STJ. 2ª Turma. Recurso Especial n. 997900/AM. Relator Ministro Castro Meira. j. 11.12.07. DJ 18.12.07).

¹¹² O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de forma majoritária, atribui a natureza subjetiva a responsabilidade civil do Estado quando diante das omissões destacadas (omissão do dever de fiscalização de obra pública, inação policial ou falha na segurança pública e omissão que resulta em dano multitudinário), demandando o exame do dolo ou da culpa atribuída ao serviço estatal genericamente, além do nexos de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro; para então configurar a responsabilidade. São exemplos os seguintes julgados: REsp 1068506/RS, REsp 135542/MS, REsp 471606/SP, REsp 858.511/DF.

¹¹³ STJ. Segunda Turma. REsp 602.102/RS. Rel. Min. Eliana Calmon. J. 06.04.2004. DJ 21.02.2005. Entretanto, a Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp 856.360/AC, consignou, de forma expressa, em seu voto, que a responsabilidade do Estado será sempre objetiva, comissiva ou omissiva a conduta do agente, devendo-se provar apenas o nexos causal. O caso concreto, no entanto, aborda caso de ação do agente (revista íntima) e não omissão, mas destaco a fundamentação apresentada no voto da ilustre Ministra, por pertinente: “A matéria, sob o prisma infraconstitucional, estava regulada no art. 15 do estatuto civil revogado, não sendo aplicável ao Estado a responsabilidade extracontratual prevista no seu art. 159, diante da adoção da teoria da responsabilidade objetiva, acolhida na CF de 88 (art. 37, § 6º). Segundo a responsabilidade objetiva, há sempre o dever de indenizar, pela só verificação do dano e do nexos de causalidade entre este e o comportamento do agente estatal, sem indagar-se do elemento subjetivo do preposto estatal. A única hipótese de afastar-se a responsabilidade objetiva do Estado é haver prova de ter o fato danoso ocorrido por culpa da vítima ou por caso fortuito ou força maior, o que

restritivo do Superior Tribunal de Justiça no que toca o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos, em que pese a vontade constitucional expressa na cláusula do art 37, §6º, da CRFB.

Outrossim, e como já mencionado, merece destaque o voto vencido da lavra do ilustre Ministro Francisco Pessanha Martins, que afirmou que “o Estado é responsável por culpa objetiva. O preso está sob a vigilância do Estado, sob a guarda do Estado, e por isso mesmo a sua responsabilidade independe de culpa e não se pode, no caso, discutir-la”, ressaltando-se, como bem fez o professor Marcelo Calixto na exposição do caso, que, no caso concreto, não se tratava propriamente de um preso sob a custódia do Estado, mas de um homem internado em hospital psiquiátrico do ente.¹¹⁴

Parece-nos o julgado ser daqueles em que se poderia ser reconhecido a responsabilidade do réu mesmo pela avocação da omissão específica da Administração Pública, mas não fora reconhecida tal especificidade, ou mesmo a culpa anônima do serviço, afastando-se, de forma expressa, a existência deste elemento subjetivo considerado necessário ao reconhecimento.

No Recurso Especial nº 866.450/RS, o Ministro Relator Herman Benjamin, em seu voto, destaca que a responsabilidade objetiva do Poder Público, no caso de atos comissivos, com base na teoria do risco administrativo, é fundada na solidariedade social, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação dos serviços públicos. No entanto, não estende tal raciocínio para atos omissivos, baseados, segundo o Ministro, na teoria da culpa administrativa.¹¹⁵

afasta a idéia de fazer-se do Estado segurador universal.” (STJ. 2ª Turma. Recurso Especial n. 856.360/AC. Ministra Relatora Eliana Calmon. j. 19.08.08. DJ 23.09.08). No julgamento do REsp 716.674/MG, entretanto, a ilustre julgadora afirmou inexistência de responsabilidade da Administração por incêndio ocorrido em determinado estabelecimento, atribuída a responsabilidade àquela por alegada falta do dever de fiscalização, ao argumento de que o Estado não se presta ao papel de segurador universal. Afirmou que “A teoria predominante na doutrina moderna quanto à responsabilidade do estado é a objetiva, acolhida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, onde somente há o dever de indenizar com a verificação do dano e do nexo de causalidade entre este e o comportamento do agente estatal, não dependendo do exame do elemento subjetivo por parte dos prepostos estatais. Entretanto, não é possível, com respaldo no que dispõe o art. 37, § 6º, da CF, afirmar ser o Estado o segurador universal, como quer a recorrente, a fim de estabelecer nexo de causalidade entre o infortúnio ocorrido em estabelecimento particular, que funcionava de maneira clandestina, com a suposta omissão da Municipalidade. Assim, entendo de correção absoluta o raciocínio desenvolvido pelo acórdão recorrido, a partir dos elementos fáticos, quando concluiu pela inexistência de responsabilidade do Município pelo trágico acidente, ocasionado pela negligência de terceiros.” (STJ. 2ª Turma. Recurso Especial n. 716.674/MG. Ministra Relatora Eliana Calmon. j. 19.04.05. DJ 23.05.05). Depreende-se da leitura de seu voto, contudo, que a conclusão da ilustre julgadora deve-se à afirmação do nexo de causalidade, sobretudo reportando-se à ilegalidade do estabelecimento, mais que à teoria adotada para o reconhecimento da responsabilidade do Estado.

¹¹⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 235.

¹¹⁵ STJ. Segunda Turma. REsp 866.450/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 24.04.2007. DJ 07.03.2008. No mesmo sentido: REsp 738.833/RJ e REsp 438.831/RS. Em aparente evolução da idéia primeira, aliviando à vítima o ônus da prova através do uso de presunções, têm-se os seguintes julgados: REsp 674.586/SC e REsp 737.797/RJ.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem adotando, de forma majoritária, a distinção entre atos omissivos genéricos e específicos, para solução das ações indenizatórias que têm por objeto a responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos danosos, como se depreende da detida análise de seus julgados, entendimento professado por Sérgio Cavalieri Filho, julgador desta Corte. São exemplos os seguintes recursos: 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2009.001.45809. Des. Gilberto Rego; 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2009.001.28912. Des. Rel. Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo; 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2009.001.31267. Des. Mônica Tolledo de Oliveira; 16ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2009.001.56428. Des. Miguel Angelo Barros; 18ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2009.227.01235. Des. Rel. Célia Maria Vida Meliga Pessoa.^{116 117}

A título de ilustração, tome-se como referência o acórdão proferido pela Décima Terceira Câmara Cível, em sede de recurso de apelação (Apelação Cível nº 58.957/2008), de relatoria do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, cuja ementa é adiante transcrita:

“REPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Morte de Detento. Rebelião em Presídio. Omissão Específica da Administração. Responsabilidade Objetiva. Força Maior. Inocorrência. Dano Materiais e Morais Caracterizados. O dever de o Estado manter e preservar a integridade física do preso é constitucional e legalmente imposto. O inciso XLIX do artigo 5º da Constituição da República não deixa dúvidas: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (grifamos). No mesmo sentido preceitua o artigo 40 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal): “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”. Deveras, aos indivíduos residentes no país, segregados ou não, é garantida a inviolabilidade do direito à vida (CR, 5º, *caput*). A atividade administrativa, a que alude o art.37, § 6º da Constituição Federal, engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva, desde que essa omissão seja específica e se erija em causa direta e imediata do não impedimento do dano. A omissão é específica quando o Estado tem dever individualizado de agir e, por omissão sua, cria a situação própria para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, provado que a vítima morreu quando estava na Casa de Custódia de Benfica, assassinada por outros detentos em rebelião, não há como afastar a responsabilidade objetiva do Estado em razão da omissão dos seus agentes no cuidado e vigilância dos seus presídios. Dessarte, não basta a mera guarda dos presos; é fundamental garantir-lhes a efetiva incolumidade – física e moral. Violado esse

¹¹⁶ Do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os julgados analisados contemplam a tese da responsabilidade subjetiva, com análise da culpa, com relação aos atos omissivos da Administração Pública, e adotam a teoria da responsabilidade objetiva apenas no caso de ação do Estado. São exemplos: TJSP. 6ª Câmara de Direito Público. Apelação n. 3957485900. Relator Sidney Romano dos Reis. j. 26/10/2009; TJSP. 6ª Câmara de Direito Público. Apelação n. 8613495000. Relator Leme de Campos. j. 21/09/2009. TJSP. 6ª Câmara de Direito Público. Apelação n. 7907075200. Relator Leme de Campos. j. 30/03/2009. TJSP. 7ª Câmara de Direito Público. Apelação n. 8886765900. Relator Nogueira Diefenthaler. j. 27/07/2009. TJSP. 12ª Câmara de Direito Público. Apelação n. 8535755700. Relator Luiz Burza Neto. j. 21/01/2009.

¹¹⁷ No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prevalece a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos, com alguns julgados adotando a distinção utilizada no TJRJ entre omissão genérica e omissão específica, nesta última prevalecendo a natureza objetiva da responsabilidade da Administração Pública. Foram identificados, todavia, poucos acórdãos que contemplam a responsabilidade objetiva por omissão, de que são exemplos: TJRS. 5ª Câmara Cível. AC n. 70027577485 (omissão na fiscalização de obra pública) e TJRS. 9ª Câmara Cível. AC n. 70026850545 (omissão de tabelião/atividade cartorária).

dever, surge um novo dever jurídico para o Estado: o de responder pelo dano causado, como consectário lógico necessário de um Estado de Direito. A rebelião de presos, em estabelecimento carcerário, se não for considerada fato previsível, é, quando menos, esperável, próprio da insatisfação humana provocada pela privação da liberdade individual. Evidentemente, outros fatores assomam-se, agravando o quadro experimentado em tais circunstâncias, como, v.g., as diferentes personalidades dos custodiados, a convivência forçada de facções criminosas rivais, as péssimas condições/infra-estrutura carcerária em nosso país. No Brasil, infelizmente, eventos desse jaez não são raros. À luz da teoria do risco administrativo, pode-se dizer que a rebelião de presos enquadra-se no conceito de fortuito interno, assim designado o fato imprevisível e inevitável, mas, por ser inerente à atividade desenvolvida, não exclui o nexo de causalidade. Sentença parcialmente reformada.¹¹⁸

No mesmo sentido, destaco decisão da Nona Câmara Cível, nos autos da Apelação Cível nº 2009.001.32380, de relatoria do Des. Marco Aurélio dos Santos Fróes, conforme se depreende dos trechos do acórdão a seguir destacados.

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TENTATIVA DE ROUBO DE VEÍCULO E DE HOMICÍDIO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO EM VIA EXPRESSA DENOMINADA LINHA AMARELA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. OMISSÃO GENÉRICA. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. A responsabilidade civil do Estado, quanto a ato omissivo, deve ser calcada na existência de conhecimento, por parte da Administração, de situação possível de ocorrência de dano ao administrado, a chamada omissão específica. Ônus autoral de provar dano e nexo causal. Em relação à concessionária prestadora de serviço público a discussão cinge-se à teoria da responsabilidade civil objetiva, em que se faz necessária a comprovação da conduta, dano e nexo causal, pelo demandante, para surgir o dever de indenizar. Ante a ausência de uma delas, o pedido contido deve ser julgado improcedente. Acertada a sentença que julgou os pedidos improcedentes. Art. 557, *caput* do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO.”¹¹⁹

¹¹⁸ Voto do desembargador relator no seguinte sentido: “Dessarte, a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas, tão-somente, da relação de causalidade. Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço. O dever de indenizar da Administração impor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. O Estado responde pelo dano causado ao seu administrado simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular, descartando-se qualquer indagação sobre a culpa do funcionário causador do dano ou mesmo sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. Tem-se entendido que a atividade administrativa, a que alude o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva, desde que essa omissão seja específica, isto é, seja a causa direta e imediata do não impedimento do dano, como nos casos de morte de detentos em penitenciária e acidente com aluno em colégio público por omissão da Administração. A omissão é específica quando o Estado tem dever individualizado de agir e, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento. (...)”

¹¹⁹ Neste sentido, voto do relator: “Pela regra geral do § 6º do art. 37 da CF/88, a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Tal norma não faz distinção entre atos omissivos ou comissivos, estabelecendo apenas a responsabilidade objetiva como regra geral. A doutrina, no entanto, passou a discutir se o § 6º do art. 37 da CF/88 teria aplicação em relação às inações do Estado, sendo a questão cercada de grande polêmica. Uma primeira linha de raciocínio, baseada na supremacia constitucional e na interpretação literal, dispõe que, independentemente do ato lesivo ter decorrido de ação ou inação estatal, a responsabilidade será sempre objetiva. Por outro lado, a segunda tese, defendida pelo Poder Público e com boa aceitação no STJ, entende que, em se tratando de omissão, a responsabilidade do Estado será sempre subjetiva, dependendo da prova de culpa de seus agentes. Uma terceira corrente, intermediária, faz distinção de acordo com o caso concreto, e segundo ela a responsabilidade do Estado por omissão se divide em duas partes: quando a omissão é específica, ou seja, haveria um dever de agir do Estado, a responsabilidade será objetiva, e quando a omissão é genérica, isto é, não seria exigível do Estado uma atuação específica, será a responsabilidade subjetiva, demandando prova da culpa e do nexo causal. Essa posição é objeto de cuidadosa análise por Sergio Cavaliere Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil,

Mencionamos, ainda, para complementação do quadro atual de nosso ordenamento jurídico, o Projeto de Lei 5480, de 2009 (PL 5480/09), de autoria do Senador Flávio Dino, que trata da responsabilidade civil do Estado, justamente, e que menciona os pressupostos dessa responsabilidade sem qualquer restrição, isto é, sem a exclusão dos atos omissivos da regra de responsabilidade objetiva. Assim, estabelece o art. 4º do Projeto que são pressupostos da responsabilidade: “I – existência do dano e do nexo causal; II – estar o agente no exercício efetivo ou aparente de suas funções ou delas prevalecer-se, embora fora do horário de trabalho; III – ausência de causa excludente de responsabilidade, na forma do capítulo V desta Lei”.

Sobre nexo causal estabelece o art. 6 do PL 5480/09: “Para configurar-se a responsabilidade deve ficar comprovada a existência de vínculo entre o dano e a ação ou omissão ou falta do serviço, e fatos do serviço, da obra e da coisa”. Aliás, parece-nos que, no afã da consagração da ampla responsabilidade administrativa, o projeto terminou cometendo o equívoco de reunir, em um mesmo artigo, duas regras distintas de responsabilidade, que, na verdade, são excludentes: a omissão, que autoriza o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, e a teoria da falta do serviço, pela qual este reconhecimento pressuporia, obrigatoriamente, que fosse comprovada a culpa anônima, não bastando apenas a indicação do funcionário que causara o dano¹²⁰. De toda forma, pretende-se realizar o princípio da reparação integral da vítima, finalidade idêntica à reitoria desse trabalho.

Em um cenário internacional, dentre as normas jurídicas mais semelhantes àquela consagrada no §6º do art. 37 da CRFB destaca-se a norma extraída do ordenamento espanhol, contida na Lei 30, de 26 de novembro de 1992, editada em observância à regra de competência do *Artículo 106.2 e 149, 1, 18.ª* da Constituição espanhola¹²¹.

apontando-a como temperamento à segunda corrente, capitaneada por Celso Antonio Bandeira de Mello. Neste diapasão adoto o terceiro entendimento, porque mesmo que a Constituição Federal não faça distinção entre atos comissivos e omissivos, isto não significa, no entanto, que tenha a Carta Magna adotado a teoria do risco integral, elevando o ente público à posição de garantidor universal. A sentença considerou a responsabilidade objetiva e não haver prova da culpa e do nexo de causalidade. O pedido do apelante é baseado na falta de segurança em geral, não havendo nos autos qualquer prova ou indício de que havia presença de policiais no local e que nada fizeram. Ainda que se deseje que a segurança pública seja prestada de forma eficiente pelo Estado, eis que é um dever seu, não é razoável que se espere que a força policial esteja presente em todos os locais e, mais ainda, no momento em que marginais cometem assaltos, quando a criminalidade vem disputando redutos entre si e demonstrando tanta ousadia. Não há como impedir que todos os fatos negativos ocorram, sem que haja provocação dos cidadãos ao atuar dos agentes públicos, quando então a omissão passaria a ser específica. Não há, assim, prova de omissão de dever específico e de nexo causal. (...).”

¹²⁰ Tanto é assim que as expressões foram interpretadas autenticamente no projeto de lei mencionado, que fez constar expressamente ambos os conceitos de omissão e falta do serviço, no artigo 3º, inciso III, este “o não-funcionamento ou o funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento”, indicando adoção da teoria da falta do serviço a que fizemos referência.

¹²¹ Constitución Española de 1978: “*Artículo. 149, 1.* El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 18.^a Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y **el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.**”

Ley 30/92: “*Artículo 139. Principios de la responsabilidad.*

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de **toda lesión que sufran** en cualquiera de sus bienes y derechos, **salvo** en los casos de **fuerza mayor**, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el **daño** alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. 4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas.

1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, **las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria**. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas. 2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

Artículo 141. Indemnización. 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos. 2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. 3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria. 4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

Artículo 142. Procedimientos de responsabilidad patrimonial.

2. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley. 3. Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurren las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley. 4. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5. En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. 6. La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa. 7. Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización.

Artículo 143. Procedimiento abreviado.

1. Iniciado el procedimiento general, cuando sean inequívocos la **relación de causalidad** entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, el órgano competente podrá acordar la sustanciación de un procedimiento abreviado, a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días. 2. En todo caso, los órganos competentes podrán acordar o proponer que se siga el procedimiento general. 3. Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización.

Artículo 144. Responsabilidad de derecho privado.

Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, **responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio**, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley.” (Grifamos).

Há consagração expressa da responsabilidade objetiva da Administração Pública no direito espanhol, com exoneração desta responsabilidade nas hipóteses de fortuito, como se depreende da leitura dos artigos 139 e 141. i: “*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de **toda lesión que sufran** en cualquiera de sus bienes y derechos, **salvo** en los casos de **fuerza mayor**, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”. Enuncia-se a reparação de toda lesão injusta, apreciável economicamente, causada por atos comissivos ou omissivos, mas desde que causada de forma direta, significando, com isso, afirmar que a responsabilidade da Administração Pública não é reconhecida apenas como forma de “cobertura” dos danos causados por atos ilícitos dos funcionários e agentes dos entes públicos.¹²²

Esta responsabilidade direta caracteriza-se tanto nas hipóteses de cometimento de atos lícitos por parte da Administração Pública, quanto de atos ilícitos, e prescinde da configuração do elemento culpa. São excluídos apenas os casos de força maior, e não os casos ditos fortuitos, certo que a leitura atenta da jurisprudência espanhola permite tecer duas considerações a esse respeito. A primeira, que a força maior mencionada no artigo, como fato idôneo à exoneração da responsabilidade da Administração Pública, equipara-se ao que no Brasil chamamos fortuito externo, e o caso fortuito, que não seria idôneo ao afastamento da responsabilidade administrativa, por interpretação a *contrario senso*, ao que chamamos fortuito interno, prevalecendo na jurisprudência espanhola a mesma razão que levou nossa doutrina, e também nossos julgadores, àquela sub-classificação. A segunda, que são admitidas as excludentes de fato de terceiro e da vítima, porque são hipóteses em que se tem por não caracterizado o liame causal entre a conduta administrativa e o dano, por essa razão sequer precisam ser indicados esses fatos como causas excludentes de responsabilidade, apenas a força maior fora mencionada.¹²³

¹²² ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Decima Edición. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 379.

¹²³ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 406: Com relação ao “dever jurídico de suportar” referido no artigo 141, trata-se de verdadeira hipótese de verificação concreta da antijuridicidade da conduta administrativa que dá causa ao dano, que tanto se assemelha à idéia de ponderação propugnada pelo professor Anderson Shreiber. A antijuridicidade não adviria propriamente do comportamento do agente, comissivo ou omissivo, mas do resultado de sua conduta, posto em contexto com demais bens jurídicos tutelados em questão (cf. nota 61). A jurisprudência menciona, ainda, de forma expressa, a exclusão dos danos da vida privada que estaríamos obrigados a suportar, todos que habitamos uma determinada sociedade, tais como o cumprimento de uma sanção ou suportar as consequências jurídicas do descumprimento de um contrato validamente celebrado. Isso porque o dano indenizável é o dano individualizado e que representa sacrifício desigual e excessivo. Esses danos não seriam objeto de ressarcimento, tampouco, porque não seriam individualizados, mas representariam legítima e genérica constrição administrativa para gestão social. Diga-se, em breve referência, porque relevante o tema, que a jurisprudência espanhola utiliza-se, de forma primordial, da teoria da causalidade adequada para estabelecimento do nexo causal, e conseqüente verificação da responsabilidade administrativa.

Em um primeiro momento houve, como relata o professor Eduardo García de Enterría, resistência jurisprudencial à aceitação de regra tão ampla de responsabilidade civil da Administração Pública, tal como parece ainda haver, ao menos em âmbito judicial, apesar desta observação doutrinária ter sido colocada em tempo pretérito.¹²⁴ ¹²⁵ Depreende-se da experiência espanhola, que ainda se quer afastar a responsabilidade consagrada objetiva pelo legislador pela avocação restritiva da teoria da causalidade, referindo-se à teoria da causalidade adequada, ao menos nominalmente.¹²⁶ Por este motivo, o grande número de casos

¹²⁴ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (Op. cit., 2006, p. 376) indicam como marcos da alteração do entendimento da jurisprudência espanhola “Las sentencias de 28 de enero de 1972 (muerte de um motorista em accidente causado por um bache existente en una vía pública) y 8 de febrero de 1973 (vuelco de un camión por el mismo motivo). Esta última refleja con claridad el cambio de planteamiento cuando dice que ‘difícilmente podrá estimarse normal la existencia de grandes baches en la carretera durante varios días sin que se proceda a su señalización hasta después de ocurrido un accidente’, a lo que anade que ‘los conductores deben poder confiar en que los obstáculos de la calzada estarían reglamentariamente señalados.’

¹²⁵ O caso do STS, 3ª, 29.10.1998 (Ar. 8421) é ilustrativo: *un joven que se arrojó al mar desde un rompeolas murió ahogado. Su madre pretendió responsabilizar a la Junta de Cantabria por no haber señalado el lugar como peligroso. En vano: el mar siempre lo es y no es razonable señalar toda la costa. Parecidamente, la STS, 3ª, 8.4.2003 (Ar. 3683) resuelve un caso en el que una viandante sufrió daños en sus rodillas al golpearse contra un muro a causa de un fuerte golpe de mar que superó el Muro de San Lorenzo del paseo marítimo de Gijón (Asturias). El Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de la actora sirviéndose de los criterios del riesgo general de la vida y de la asunción de riesgos por parte de la víctima, pues, debido al temporal, la policía municipal había cortado el tráfico en el paseo marítimo y había advertido a los viandantes de que tuvieran cuidado al transitar por la zona. El Tribunal afirmó literalmente: “no hay base legal ni jurisprudencial que permita sostener que, al introducir en nuestro ordenamiento la regla de la responsabilidad extracontractual y objetiva de los poderes públicos, se haya querido convertir a los mismos en aseguradores universales, ni hacerlos responsables de las imprudencias de los particulares” (F.D. 3º).*

¹²⁶ Veja-se os julgados: i) Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 2511/2003 Ementa: TEORÍA DE LA CAUSA ADECUADA (RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL). SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL). PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Pleiteou o demandante, em instância ordinária, a condenação do Município de Toledo ao pagamento de indenização por dano sofrido decorrente de omissão na fiscalização/inspeção do local do acidente pelo Poder Público. A sentença acolhe o pleito e condena solidariamente os demandados, dentre eles referido Município. Em sede de apelação, o Tribunal reforma a sentença no que tange à responsabilização (objetiva) da Administração Pública, acatando a excludente de fato de terceiro. O Tribunal Supremo, sem por em cheque a natureza objetiva da responsabilidade do Estado no direito espanhol, não vislumbrou o nexo de causalidade entre eventual inação da Administração Pública e o dano ocasionado ao autor (recorrente), com base na teoria da causalidade adequada; ii) Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 6. Nº de Recurso: 10565/2004. Ementa: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS SUFRIDOS POR FUNCIONARIO CON OCASIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIO. Neste julgado, o Supremo, mantendo intacto o *decisum* originário, não reconhece a responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão na fiscalização, na forma pleiteada pelo recorrente, devido à ausência do nexo de causalidade com o dano sofrido (e simultânea atribuição da causa à conduta exclusiva da vítima; iii) Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 6. Recurso Nº: 8856/2004. Ressalta-se a objetividade da responsabilidade patrimonial da Administração Pública por ação ou inação que, no caso em exame, não restou configurada em razão da ausência de nexo de causalidade: atribuiu-se o dano à conduta do lesado, indeferido o pleito recursal à condenação do ente público (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación; iv) Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 6. Recurso Nº: 2441/2005. Ementa: Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Relación de causalidad en supuesto de omisión o inactividad administrativa. Cumplimiento por la dirección general de seguros de su deber jurídico de inspección y supervisión. O Tribunal não reconheceu a responsabilidade objetiva da Administração Pública por comportamento omissivo, na forma pleiteada pelo recorrente, por inexistir, no caso, o dever jurídico de atuar da Administração. **Em sentido diverso:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 6. Nº de Recurso: 2346/1994 Ementa: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. RELACION DE CAUSALIDAD. CAUSA ADECUADA O EFICIENTE. IMPROCEDENCIA. O Tribunal manteve a sentença que condenou o Estado a indenizar o reclamante Francisco José Hernando Santiago, reconhecendo a responsabilidade objetiva (e direta) do Estado no caso de ação ou inação, à luz do artigo 106.2 da Constituição Espanhola. Vislumbrou-se, no caso em tela, que a omissão da Administração Pública foi a “*conditio sine qua non*” para o dano sofrido pelo indivíduo, alcançando a categoria de “causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño”, conforme assentado no julgado.

verificado informou que não é reconhecida a responsabilidade do Estado pela afirmação da inexistência de nexos causal entre a conduta omissiva apontada pelo lesado e o dano alegadamente injusto; restando, de toda forma, ainda que não se tenha negado expressamente a natureza objetiva da responsabilidade do Estado, indene a vítima da lesão de interesse merecedor de tutela.

A avocação da jurisprudência formada no direito espanhol termina esvaziada de utilidade, por força da constante negação da configuração do nexos causal nas hipóteses em que são ajuizadas demandas indenizatórias para reparação de dano injusto decorrente de atos omissivos da Administração Pública, porque não é reconhecida a responsabilidade expressamente estabelecida na norma de regência. Deve-se destacar, de toda forma, que não há qualquer manifestação de repúdio àquele comando normativo do art. 139 da Constituição da Espanha. Quer-se significar que não há controvérsia posta a este respeito, aceita a natureza objetiva da Administração Pública por atos omissivos que causam dano injusto - mas esta regra não é realizada jurisprudencialmente, o que de nada serve à reversão ou ao restabelecimento das lesões causadas às vítimas de dano injusto. Não obstante, não se poderia deixar de mencionar comando normativo que consagra o entendimento que se quer defender na presente, ainda que não praticado jurisprudencialmente, pela contumaz verificação de inexistência de nexos causal, como referido.

Em linhas gerais, portanto, estes os atuais contornos do instituto no direito brasileiro, e também o panorama brevemente mencionado no direito espanhol, de norma constitucional em tudo assemelhada a nossa. É preciso agora, diga-se, para correta compreensão da natureza da responsabilidade do Estado por atos omissivos, realizar breve estudo acerca natureza desses atos, para afirmar seu conceito e sua relevância causal e, só então, apresentar proposição definitiva sobre o tema. E abraça o entendimento esposado pela terceira corrente de pensamento indicada, afirmando a natureza objetiva da responsabilidade da Administração Pública, quer sejam comissivos, quer sejam omissivos os atos por ela praticados.

3 PRESSUPOSTOS PARA ADEQUADA COMPREENSÃO DA REGRA CONSTITUCIONAL

3.1 O fundamento axiológico: princípio da solidariedade

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária

A pacificação social é escopo do direito e esta se realiza pela aplicação do princípio da solidariedade às hipóteses de reparação de dano injusto causado ao cidadão por conduta – comissiva ou omissiva – da Administração Pública. Solidariedade conceitua-se de diversas maneiras, a depender do enfoque para tanto escolhido. Maria Celina Bodin de Moraes, no texto “O Princípio da Solidariedade”, afirma que “Fato social, virtude, vício, pragmatismo e norma jurídica são diferentes significados do termo. Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”.

O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.¹²⁷ A propagação da responsabilidade objetiva é apontada pela autora como prova da decadência do individualismo jurídico, caracterizando-se, a responsabilidade sem culpa, como compromisso com a solidariedade social.^{128 129} Diz Leon Bourgeois, a respeito do princípio, que era “Dever ético

¹²⁷ “Neste sentido, aponta-se a existência de uma cláusula geral de ordem pública que seria expressão geral do princípio da solidariedade. Equivale, porém, tal princípio, segundo a interpretação mais conforme com a Constituição, ao instrumental adequado e necessário a atribuir a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas para exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.” (MORAIS, 2008, p. 166).

¹²⁸ Cármen Lúcia Antunes Rocha conceitua a solidariedade como a “expressão de um valor político novo que defende e tutela tanto os bens individuais, como os coletivos. É a demonstração de compromisso dos sacrifícios compartilhados”. A professora apresenta, ainda, a distinção entre os direitos da solidariedade e o princípio da solidariedade, afirmando que este é conceito maior que aquele, sendo os direitos da solidariedade os direitos sociais, econômicos e culturais, ao passo que o princípio “é, no entanto, mais amplo, na medida em que materializa vínculos operacionais entre o indivíduo e o Estado e destes com a sociedade (ou grupos, associações, etc), tanto no campo ético político, social, jurídico, econômico e etc, encontrando, assim, enormes possibilidades de expansão e aplicação.” Presta-se, mesmo, o princípio, como “parâmetro para avaliação das leis promulgadas pelo Legislativo, bem como norte indicador das políticas públicas e como valor base para a determinação judicial de direitos sociais, especialmente para os menos favorecidos”, afirmando, com relação à aplicação do princípio que, de regra, não se dá de forma isolada, mas conjugada aos demais princípios constitucionais, em função apontada complementar. V. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹²⁹ Pedro Buck Avelino, citado por Vilian Bollmann (2007, pp. 51-56), traz o conceito analítico, com base nas teorias de Aristóteles, Hume e Duguit, a saber: “atuar humano, de origem ou sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante o respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares fossem, e cuja finalidade subjetiva é se auto-realizar, por meio da ajuda ao próximo.”

no passado, dever juridicizado na atualidade (constitucionalizado, entre nós), mais definido, mais rigoroso mais estritamente obrigatório que o dever de caridade, numa palavra, uma verdadeira obrigação social.”¹³⁰

Na verdade, o princípio da solidariedade apresenta-se como novo valor fundamental da tábua axiológica inaugurada pela Constituição da República de 1988, consagrando consigo a primazia das situações existenciais em lugar das situações patrimoniais privilegiadas por uma ordem normativa liberal-individualista. Fundante de novo cenário,¹³¹ este princípio soma-se ao da dignidade da pessoa humana para determinar prevalente o desenvolvimento da personalidade do homem, considerado de forma contextualizada, e não mais como o padrão médio tomado em abstrato.¹³² Todas as suas ações e inações passam a importar para o Direito,¹³³ considerando sua interação com os demais indivíduos do corpo social

O reconhecimento dessa interação é apenas mais uma das causas de consagrar a objetividade da responsabilidade da Administração Pública. Significa dizer que o reconhecimento da solidariedade como objetivo fundamental da República, causa a objetivação da responsabilidade da Administração Pública, com a substituição das noções velhas e subjetivas que cercavam essa matéria pelas novas idéias de reparação integral da vítima e pelo novo conceito de direito do serviço público.¹³⁴ A responsabilidade deixa de

¹³⁰ Citado por ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹³¹ Ainda sobre os fundamentos da responsabilidade objetiva, vale destacar a lição de Wilson Melo da Silva (1974, p. 154), segundo a qual “[A] equidade, aliás, seria, ao lado da solidariedade e da paz social, do bem comum, um dos grandes instrumentos de justificação da tese da responsabilidade objetiva. Com efeito, ela atua, aí, de maneira dúplice: seja, de lege ferenda, preparando o caminho para as disposições legislativas, seja, de lege lata, conduzindo à humanização da lei, à sua atualização, à boa aplicação dela em face dos casos concretos, com o objetivo de se furtar a dolorosos antagonismos se acaso interpretada a lei, ou a convenção, *ad unguem*, como, por exemplo, no caso do judeu Shylock, fantasiado por Shakespeare.”

¹³² Sobre a ascensão do princípio da solidariedade, segue a explanação de Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 165): “No novo cenário, o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. No caso brasileiro, essa mudança de perspectiva se deu por força do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e da nova ordem que ela instaura, calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial. Ao contrário do que pode parecer, elevar a dignidade da pessoa humana (e o desenvolvimento da sua personalidade) ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção metodológica oposta a do individualismo das codificações. A pessoa humana, no que se difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes às demais”.

¹³³ Segundo Pietro Perlingieri (2008, pp. 636-637), o “fato jurídico é qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica. O enunciado normativo prevê a hipótese de o evento verificar-se (ou seja, o fato) e a possibilidade de este – seja ele humano (um passeio, a conclusão de um contrato) ou natural (um temporal) – uma vez ocorrido, ter relevância e eficácia jurídica. O fato, no momento de seu acontecimento, atua conforme o que é disciplinado. O fato concreto, quando se realiza, constitui o ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: é o modo pelo qual o ordenamento se concretiza. A norma existe na sua realização, o momento fático atribui a norma a concretude e a historicidade que lhe são essenciais.” Como dirá o autor, mais a frente, em nota de rodapé n. 4, “relevante é o fato valorado pela norma jurídica”.

¹³⁴ A professora Maria Lucia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia (1998, p. 77) afirma, sobre a noção de solidariedade como **fundamento** da responsabilidade objetiva, que, reportando-se a Duguit, “se as normas brotavam dos

fundar-se, como consequência, em um processo subjetivo de imputação, para indicar um processo objetivo de regulação do equilíbrio entre dois patrimônios – o do Estado e o do particular.¹³⁵ Portanto, a solidariedade é, ao final, o argumento último a que remonta a fundamentação da afirmação da natureza objetiva da responsabilidade do Estado.¹³⁶

A idéia de solidariedade tem origem egípcia, tanto que achados arqueológicos deste povo comprovaram a “existência de preocupação do grupo em resguardar o interesse de todos diante do infortúnio que pode transformar os ricos em pobres. O interesse em proteção dos membros do grupo transformou-se, paulatinamente, em interesse social a partir de passagem da solidariedade para com os seus em uma solidariedade para com todos.”¹³⁷ Daí, a idéia foi manifestada na amizade cívica mencionada por Aristóteles, e incorporada na tríade de ideais da Revolução Francesa, chegando a nós como norma constitucional e valor fundante da República.

Historicamente, olhada a essência do conceito, como bem aponta Vilian Bollmann, a solidariedade provém de duas fontes: da semelhança das consciências (sociedade mecânica) e, numa sociedade com diversidade, da divisão do trabalho (sociedade orgânica), sendo fundamental para o nascimento e o reconhecimento do princípio da solidariedade a doutrina católica, apontando, o Autor, como marco, a encíclica *Rerum Novarum* de 1891 (“em que se reconhece, expressamente, que se existem diferenças naturais entre os homens e o organismo social, formado pela diversidade de funções, então as classes não devem se digladiar, mas sim formar uma união harmoniosa, com tratamento digno e remuneração adequada aos operários”).

Neste momento, frisamos que a solidariedade hoje consagrada em nosso ordenamento jurídico advém justamente da divisão do trabalho operada em nossa sociedade, porque não há,

fatos sociais, um deles havia que reunia em si uma particular e determinante capacidade para ser fonte geradora de normas: o facto, experimentável e verificável, da solidariedade social, que permitia e exigia que, no campo específico do direito público, se substituíssem as noções velhas e subjectivas de “puissance publique” e de “souveraineté” pelo conceito novo e objectivo de serviço público. Sobre todos estes dados, filtrados agora à luz do tempo, da evolução da ciência do direito e da análise crítica que ela foi permitindo, não precisamos neste momento de nos retardar. O que nos importa é recordar a utilidade que esta nova escola teve **para a compreensão profunda, para a consolidação técnica do instituto da responsabilité de la puissance publique**” (grifamos).

¹³⁵ Nesse contexto, sustenta Maria Lucia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia “que a noção objetiva de equilíbrios de patrimônios, resultante da nova orientação conferida ao conceito de responsabilidade, permitia afinal atribuir ao particular todas as garantias inerentes a uma espécie de seguro social contra as consequências nefastas decorrentes da acção económica do Estado. Era este seguro, esta garantia geral de intangibilidade do patrimônio do particular, que decorria, afinal, da nova orientação dada ao termo “responsabilité”, que permitia a realização quotidiana da idéia de solidariedade”.

¹³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Solidariedade*. In: PEIXINHO, Manuel; et al (org). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹³⁷ BOLLMANN, Vilian. *Aspectos da solidariedade como princípio fundamental da seguridade social*. Fórum Administrativo: Direito Público. Belo Horizonte, n. 73, pp. 51-56, mar 2007.

graças à natureza democrática do regime em que vivemos, qualquer espécie de massificação do pensamento, naquela semelhança das consciências mencionada acima, tampouco qualquer forma de obrigatoriedade de credo ou padronização de comportamento. Desta forma, de destacar que a solidariedade, que advém da diversidade das pessoas que vivem em uma determinada República, não prevalece que não pelo reconhecimento da supremacia do valor da dignidade do homem, este o parâmetro a ser adotado para que não exsurja uma deturpação equivocada do valor, com imposição de falsa primazia do valor do coletivo, tanto que o direito hoje se preocupa mais e mais com a inserção do diferente, pelo estabelecimento de ações afirmativas, por exemplo, e também com o desenvolvimento do direito de privacidade e direito à diversidade.¹³⁸

Solidariedade social é, portanto, meio de assegurar a proteção das vítimas dos comportamentos e fatos lesivos.¹³⁹ A consagração da culpa como critério determinante da configuração da responsabilidade do ente, por muitas vezes, deixou a vítima a sua própria sorte, como mencionado, sem possibilidade real de reparação do dano injusto a ela causado, dada a dificuldade de comprovação do elemento subjetivo do agente causador do dano – intenções e atos de negligência ou imperícia de difícil caracterização em uma ação indenizatória, como sabido.

Não se coaduna, a dificuldade decorrente da subjetividade do critério, com a Carta de 1988, na qual a reparação adequada do dano fora tornada finalidade prioritária do ordenamento jurídico, como que se infere da interpretação sistemática da Constituição.¹⁴⁰ O

¹³⁸ Adverte, entretanto, a professora Maria Celina Bodin de Moraes que “[J]á foi por muitos ressaltado quão temerária é a opção ideológica pelo princípio geral da solidariedade dita “produtivista”, a qual se presta a ser utilizada em nome de interesses considerados “superiores” com a conseqüente “instrumentalização” da pessoa humana, ou sua possível “reificação”, diante de tais supostos interesses. O valor “solidariedade” em nosso ordenamento jurídico, somente estará tutelado enquanto permanecer a serviço da pessoa, reafirmando-se aqui a subordinação das situações patrimoniais e a prevalência das situações existenciais”. Portanto, ensina, a diretriz é o princípio da dignidade da pessoa humana: “o princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas conseqüências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida.”

¹³⁹ José Acir Lessa Giordani (2004, p. 45), citando Alvino Lima, disserta: “Vimos que o conceito clássico da culpa, sob fundamento psicológico, exigindo do agente a imputabilidade moral, cedeu terreno às várias noções e aplicações da culpa objetiva, no sentido de eliminar da responsabilidade extracontratual o elemento subjetivo. O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós, a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa, à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde a evitarem-se injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam.”

¹⁴⁰ Explica o autor Wilson Melo da Silva (1974, p. 151), que Santo Tomás de Aquino, o sábio doutor da Igreja, já falava na responsabilidade sem culpa: “Ele, o Doutor Angélico, fala na responsabilidade sem culpa. E ele a justifica em nome do bem comum que traduz, dentro de certos limites, o próprio bem social”. Por conseguinte, “seria, ela (a responsabilidade objetiva)

princípio da solidariedade manifesta-se, sobretudo, na reparação do dano injusto causado à vítima: o ônus da reparação não é mais deixado sobre ela, nem transferido a um único responsável individualizado, mas termina espalhando por toda a coletividade ou, na maior parte dos casos, por todo o grupo de agentes potencialmente lesivos, por força da repartição dos encargos públicos.^{141 142 143}

Assim, a nova tábua axiológica constitucional é consequência do reconhecimento legislativo da insuficiência do elemento subjetivo culpa, e também do dolo, para delimitação da responsabilidade da Administração Pública, em um cenário de desenvolvimento industrial, em que os danos foram tornados corriqueiros, não mais eventuais ou de pequenas proporções, mas freqüentes e de consequências relevantes.¹⁴⁴ Esta a causa da adoção da lógica do risco pelo legislador constituinte, a consagração de critério idôneo à realização da reparação integral da vítima em um contexto social complexo.¹⁴⁵ Na verdade, o critério escolhido pelo legislador constituinte perpassa a opção da distribuição do prejuízo advindo do ato danoso, na medida em que pressupõe a decisão fundamental relativa ao patrimônio que deverá suportar o

ditada, portanto, por imperativos de alta política social, preservativos da paz pública, indispensáveis ao harmônico e tranquilo desenvolvimento das atividades humanas e, também, pelas necessidades mesmas do bem comum no seu sentido mais lato”. E, com relação à reparação, ainda à luz do princípio da solidariedade, afirma o autor que “a regra, exata em princípio, da distribuição equitativa dos lucros e das perdas entre os membros de uma coletividade, fica condicionada às desigualdades de fato, intrínsecas, das partes ou dos agentes”.

¹⁴¹ Neste sentido, “[L]onge de ser restrita ao âmbito probatório, esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos”. (SCHREIBER, 2007, p. 79).

¹⁴² Afirma Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (2002, p. 52) que “a prescindibilidade da comprovação da culpa privilegia de forma expressiva a posição da vítima na contenda, para cujo êxito só se exige a constatação do dano e do nexo causal. A adoção da teoria objetiva não só influencia (a) o modo de solução da lide, aumentando as chances de procedência do pedido; como também (b) a celeridade de seu trâmite, dada a maior simplicidade instrutória, eis que dos três tradicionais pressupostos do dever de indenizar, a culpa é, sem dúvida alguma, a que traz maiores problemas àquele que tenha o ônus de comprová-la. Corrobora-se, por via dos dois aspectos facilitadores invocados, a *ratio* dos dispositivos constitucionais mencionados”.

¹⁴³ Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2006, p. 380): “El fundamento del sistema, por conseguinte, está en la protección y garantía del patrimonio de la víctima; es lo que la cláusula general pretende, ante todo, preservar frente a todo daño no buscado, no querido, ni merecido por la persona lesionada que, sin embargo, resulte de la acción administrativa.”

¹⁴⁴ Sobre a evolução social, afirma Wilson Melo da Silva (1974, p. 167) que “O homem emergia do individualismo para o socialismo jurídico. Seu trabalho, no simples artesanato, abruptamente ingressava na produção em série, muito para trás ficando o *laissez-faire* da economia liberal. Mudava-se de inopino, para um regime econômico novo, solidarista, onde a produção se concretizava à base de coordenação de aptidões e esforços.” Diz ainda o autor que “os riscos criados não se considerariam mais simples riscos individuais. Eram riscos sociais, e, por eles, justo já não era que apenas respondessem os homens individualmente”. Finaliza com este questionamento: “E como, já agora, admitir-se a solução da tese individualista no mundo novo, de tão intensa socialização, quando já não mais se concebe nem se pode efetivamente conceber o homem como o ser isolado, abstracionista, fora do meio social ao qual irresistivelmente tendo por uma natural inclinação, como do magistério, referido, de Santo Tomás de Aquino?”

¹⁴⁵ José Fernando de Castro Farias (1998, p. 135) argumenta que: “A adoção da lógica do risco, ao colocar em evidência ‘o caráter ocasional do fato independente da falta pessoal’ representa a decadência das concepções do individualismo jurídico para regular os problemas sociais.” Não se podia mais pensar a responsabilidade civil em termos de imputabilidade moral. Transformações sociais, descartada intenção. Socialização.

dano, se o patrimônio da vítima, que de nenhuma forma concorreu para a produção do dano, não tendo nenhuma ingerência sobre o ato que lhe deu causa, ou do agente, na medida em que este atuou para causação do risco de que adveio o dano, ainda que não desejasse a ocorrência deste de nenhuma forma. Como dito acima, o elemento subjetivo deixa de ocupar espaço na análise da responsabilidade objetiva da Administração Pública.¹⁴⁶

A opção determinante acima mencionada, da escolha do patrimônio que terminará suportando o prejuízo advindo do ato danoso, é justificada, pela doutrina, pelo princípio da repartição dos encargos sociais tanto quanto pelo princípio da solidariedade social, ambas as idéias devem ser consideradas conjuntamente (talvez a primeira faça reportar à segunda, fundamental).^{147 148} Atrela-se a idéia de Estado de solidariedade ao reconhecimento da

¹⁴⁶ José Fernando de Castro Farias (1998, p. 137), citando Duguit, observa que “é questão de saber qual é o patrimônio que deve suportar definitivamente o risco inerente à atividade do grupo considerado. Nasce, então, uma responsabilidade objetiva e não mais uma responsabilidade subjetiva. Não se trata de saber se existe a responsabilidade, não se trata de procurar se uma falta ou uma negligência foi cometida, mas somente qual é o grupo que deve finalmente arcar com encargo do risco. Não há outra prova a fazer além daquela do prejuízo causado; e, esta prova feita, a responsabilidade ocorre de certa forma automaticamente (...). Compreende-se facilmente como a criação dessa espécie de responsabilidade é consequência da socialização do direito”. E o Autor, ele próprio, afirma que “Eis que a lógica do risco representa uma reviravolta epistemológica. A teoria objetiva da responsabilidade civil é uma teoria social que segue a lógica de solidariedade, no sentido da socialização do direito e da superação do conflito entre a coletividade e o indivíduo”.

¹⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *A Responsabilidade Civil como Política Pública*. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 1, p. 743-755: “esta autentica revolução jurisprudencial, que tende a adequar o instituto originariamente individualista da responsabilidade civil à axiologia constitucional, perseguindo a nobre finalidade de alcançar um resultado mais justo no caso concreto, traz, por características inerentes à estrutura individualista das ações de reparação, o risco de se concluir com outra injustiça: a atribuição de todo o ônus reparatório a um único réu, que tem como o incidente uma relação não causal, mas meramente casual, gerando séria crise de legitimidade para todo o sistema da responsabilidade civil.” (no caso do Estado ônus será da sociedade como um todo). “A nova axiologia solidarista exige, para muito além disso, que se implementem instrumentos aptos a distribuir entre o maior número possível de agentes envolvidos na atividade lesiva o ônus das reparações derivadas dos danos puramente acidentais. Requer, ainda, que se distribua entre todos estes agentes o custo da implementação de medidas que possam mesmo evitar ou diminuir a quantidade de danos produzidos. É neste sentido que se fala hoje, por exemplo, do princípio da precaução, voltado à eliminação prévia (anterior à produção do dano) dos riscos de lesão, por meio de normas específicas, de natureza administrativa e regulatória, que imponham tal dever aos agentes econômicos de maior potencial lesivo, sob uma fiscalização eficiente por parte do Poder Público. Insere-se, nesta linha, a atuação disciplinar dos órgãos fiscalizadores, como o CADE e o Banco Central, e cresce em importância o papel normativo das agências reguladoras, que, sem a lentidão habitual do processo legislativo e com o conhecimento técnico especializado, se mostra apto à emissão de regras de conduta capazes de efetivamente reduzir os riscos de cada atividade. Em setores os mais diversos, os administradores têm se preocupado crescentemente com o chamado *risk management*, a revelar outra saudável alteração de foco: dos danos para os riscos. Nesta mesma direção, a autonomia privada começa a recorrer, com cada vez maior frequência, a seguros de responsabilidade civil contemplados pelo Código Civil de 2002 (art. 787).” Frisa, ainda, Georges Ripert (1937, p. 373-379) que “esta repartição é ainda uma solução bem imperfeita; pode fazer dois desgraçados em vez de um, eis tudo. Para que a repartição dum prejuízo sofrido seja vista sem desagrado, é necessário que diga respeito a um número de pessoas bastante considerável para que a cada uma caiba unicamente uma parte dos encargos. Chega-se a uma tal repartição graças ao seguro. (...) esta divisão dos riscos não se faz ao acaso, os cálculos das probabilidades permite saber em que proporção os riscos segurados se realizam, e quando se calcula com números elevados, chega-se a uma exatidão suficiente. As companhias de seguro usam de estatísticas precisas e calculam o preço do seguro.” Neste sentido, informa o Autor, acerca da licitude de segurar-se as próprias faltas, com referência ao histórico legislativo francês: “é lícito segurar as consequências das próprias faltas? Esta dificuldade está de há muito resolvida. Já o Código do comércio, ainda que excluindo do seguro marítimo os prejuízos causados por culpa dos prepostos do segurado, permitia ao armador a garantia, por uma cláusula expressa, de tais faltas.” Adverte, entretanto, o autor sobre o perigo da contratação de seguros de responsabilidade civil: “a garantia completa outorgada às faltas deixa impune a ação nociva. O que é coberto por um seguro não toma já as precauções minuciosas que permitiriam evitar o dano. Compreendeu-se isso tão bem que não se permite no seguro marítimo cobrir totalmente a ação de terceiros e, no seguro de responsabilidade notarial, as companhias não praticam o seguro integral. Todas as vezes que o risco provém da ação pessoal do segurado, seria de bom alvitre, para estimular o seu zelo e vigilância, deixá-lo em parte obrigatoriamente sem garantia (...). Há, contudo, um meio de atingir o autor duma falta grosseira, não obstante o seguro com que pretendeu cobrir-se: é conceder à vítima uma indenização superior

igualdade de todos perante os encargos públicos¹⁴⁹, significando que uma atuação pautada no bem de todos não pode causar dano individual, devendo, todos que se vão beneficiar desta ação, suportar as consequências eventualmente advindas da atuação administrativa. Isso porque, como dito, são todos beneficiários do ato em questão, nada importando que a Administração Pública esteja promovendo o bem comum.¹⁵⁰ Assim, é dever do Estado assegurar aos cidadãos contra todo o risco causado por sua atuação, como soi acontecer com os particulares que realizam atividade de algum risco, porque assim fora exercida a opção legislativa solidarista.¹⁵¹

ao montante do capital segurado. Isto seria evidentemente impossível na reparação do dano causado pela destruição ou avaria de bens materiais, pois que o valor da coisa é a medida do prejuízo e o montante da reparação. Conhece o limite da obrigação do segurador. Basta-lhe conceder uma indenização superior a este limite para que haja punição do culpado”, solução que não encontraria, de lege lata, amparo normativo no nosso ordenamento jurídico, tanto que assente a ausência deste elemento na reparação do dano causado, em sede de responsabilidade civil, devendo-se buscar outra alternativa para evitar o risco da falta de cautela causado pela securitização dos comportamentos.

¹⁴⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramon, 2006, p. 390: “Las cosas no se producen siempre tan simplemente, sin embargo, y ello porque en materia de responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, el objetivo ultimo que se persigue no es tanto el de identificar a una persona como autora del hecho lesivo, sino el de localizar un patrimonio com cargo al cual podrá hacerse efectiva la reparación del daño causado.”.

¹⁴⁹ Uma teoria da responsabilidade por actos lícitos, a indemnização por ruptura do princípio da igualdade perante os encargos públicos, uma responsabilidade por risco, eram impossíveis num mundo jurídico dominado pelo dogma da culpa (CANOTILHO, 1974, p. 43). A influência do princípio da culpa e a permanência da soberania transcendente levaram os autores a admitir, como fórmula de compromisso, um direito de ressarcimento dos cidadãos em relação aos *actos de gestão*, os únicos enquadráveis nos esquemas de responsabilidade aquiliana. Só que o fundamento da distinção é o mesmo que leva a excluir totalmente a responsabilidade estadual (pp. 44-45). A doutrina dos *actos de gestão* limitava-se a leadear o problema: importante não era admitir o dever de ressarcimento dos entes públicos quando recorriam aos meios da acção privada e actuavam como pessoas particulares; decisivo era, sim, sujeitar os actos de gestão pública aos mesmos princípios. A evolução do princípio da igualdade e a agitação de novas ideias no campo da responsabilidade constituirão o humus fertilizador das correntes favoráveis à admissão de uma responsabilidade do Estado potência pública (p. 45). Ainda: A admissão de uma responsabilidade do Estado, ao lado da responsabilidade pessoal do funcionário, não deixa de relacionar-se, igualmente, com a mutação das concepções sobre a *relação acto do agente-Estado* (p. 47). O sistema da responsabilidade *ex delicto*, exclusivo e absorvente, foi, naturalmente, o primeiro recurso e, deste modo, as regras civilísticas passam a ser aplicáveis à responsabilidade do Estado. Nesta recepção dos cânones civilísticos está o germen das doutrinas *legalistas* respeitantes à aceitação de uma responsabilidade da administração por actos lícitos (p. 48). Embora incidentalmente, foram referidas certas aflorações de um princípio autónomo justificador de certas reparações que, se não fora o primado obcecante da culpa, teria permitido a elaboração de uma teoria da responsabilidade dos entes públicos alicerçada, não na conduta ilícita do órgão ou agente lesante, mas sim no dano derivado dessa conduta (p. 55). Ao aproximar-se o final do século XIX, as ideias do princípio da igualdade e do risco, que tinham permanecido ocultas num mundo preocupado com o livre desenvolvimento do indivíduo e alheio à distribuição dos danos fortuitamente causados ou derivados de actividades isentas de culpa, passam a ganhar a atenção da sociedade. A possibilidade de causação de danos pelo Estado não pode ser satisfatoriamente resolvido nos limites dos quadros da responsabilidade subjetiva (p.56). As novas ideias do **risco** e **dano anormal** começam a ser invocadas como possíveis fundamentos das prestações ressarcitórias dos entes públicos.

¹⁵⁰ Sobre o conceito de bem comum, afirma Wilson Melo da Silva (1974, p. 147) que “O bem comum, pois, no seu sentido mais geral, materializar-se-ia, consoante Albert Goux, naquela conjunção de bens de ordem material e moral, posta pela sociedade à disposição de seus membros, a fim de lhes possibilitar a realização de ‘leur destinée personnelle’”. O bem comum, lato sensu, seria assim, transcendente e diria respeito, mais de perto, à pessoa humana, ao passo que o bem comum, stricto sensu, gravitaria mais dentro da orbita do individual”. O dano, neste contexto, e “sob qualquer forma, traduziria sempre um abalo, de maior ou menor vulto, na tranquilidade da ordem pública, que, em última análise, seria aquilo que se constituísse no fim próximo da sociedade civil, como o diria Leão XIII na sua *Sapientiae Christianae*”.

¹⁵¹ Ainda José Fernando de Castro Farias (1998, p. 140) pontua que: “ O Estado de solidariedade é chamado a preparar a igualdade de todos diante dos encargos públicos, pois os encargos não devem recair mais pesadamente sobre uns do que sobre os outros. Se da intervenção estatal resulta um prejuízo especial para alguns, a coletividade deve reparar, não importando a existência ou não de falta dos agentes públicos. O Estado é segurador do risco social, ele é responsável, não

A consagração do princípio opera, desta forma, verdadeira releitura do conceito de responsabilidade civil, ou sua readequação à luz da função ditada pelos novos valores sociais, funcionalizando-o à reparação da vítima. Tão relevantes são as mudanças operadas pelo quadro constitucional da Carta de 1988, que se pode mesmo falar em substituição da responsabilidade individual por uma responsabilidade social, seguida de perto da expansão do dano ressarcível, alterações que trazem como consequência ampla distribuição dos custos dos danos injustos causados entre seus potenciais responsáveis.

Sob esse enfoque, a responsabilidade civil pode ser uma técnica direta de diluição dos danos, na medida em que se concentre não sobre um indivíduo enquanto tal, mas sobre a pessoa em relação com a coletividade ou com o público, e que se encontre, desta forma, em situação de redistribuir a carga que se deposita sobre ela. A efetivação da diluição do ônus reparatório entre toda a coletividade ou entre grupos de agentes potencialmente lesivos possibilita que a vítima seja integralmente reparada, evitando uma situação de injustiça.¹⁵²

Ousamos dizer, por fim, que princípio dessa envergadura não se coaduna com a previsão normativa que relegue à seara da subjetividade a responsabilidade da Administração Pública por ato omissivo, porque a solidariedade inaugura a Constituição compromissória, que quer realizar a justiça distributiva, e essa não se faz que não por meio de comportamentos pró-ativos do Estado.

3.2 O conceito de atos omissivos

Neste capítulo, será apresentada a conceituação do ato omissivo que dá ensejo ao reconhecimento da responsabilidade do Estado, que não será qualquer omissão, mas apenas

porque cometeu uma falta pelo órgão de seus agentes, mas unicamente porque é seu dever assegurar os administrados contra todo risco e contra todo dano proveniente de sua intervenção”.

¹⁵² Nesse sentido, Caitlin Sampaio Mulholland, para quem “a contemplação deste princípio (solidariedade) representa o reconhecimento jurídico e social de que quanto uma pessoa atua na ordem jurídica ela interfere sobre os outros membros da sociedade e se responsabiliza pelos outros e pela preservação da dignidade de cada um.” Adiante, apresenta a doutrinadora o princípio da solidariedade social como limitador do nexo de causalidade, concretizando-se de duas maneiras: como vetor axiológico para a imputação da obrigação de indenizar; e como base principiológica para a delimitação dos danos indenizáveis. “Em primeiro lugar, a identificação do nexo de causalidade será norteadada pelo princípio da solidariedade social com o objetivo de possibilitar a reparação do dano sofrido, por meio da distribuição adequada dos riscos da atividade. Em segundo lugar, o solidarismo social imporia a obrigação de indenizar os danos causados por determinada atividade ainda quando não seja possível à vítima do dano fazer a prova irrefutável da existência de um liame de causalidade, por conta da situação peculiar em torno da situação danos (causalidade múltipla ou dano difuso).” Assim, segundo Mulholland, o denominado Direito de Danos surge, em princípio, com o objetivo de reparar danos ocasionados como consequência da violação da cláusula geral de tutela da pessoa e da transgressão do princípio da solidariedade social, servindo como instrumento para a efetivação desses valores constitucionais e possibilitando que, uma vez infringidos interesses da pessoa, sejam estes patrimoniais ou extrapatrimoniais, possam ser reparados da forma mais integral possível. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, pp.68;77;80).

aquela que se contrapõe a um mandamento legal anterior, a uma norma preceptiva, e de que advém dano ao particular, com lesão a um interesse juridicamente tutelado. Assim, a omissão mencionada no art. 37 §6º da CRFB é ato que se segue à determinação normativa contrária, que determinava a realização de conduta que não se efetiva no mundo dos fatos, causando-se lesão antijurídica.^{153 154} Frise-se que é adotado conceito normativo de omissão, e que essa omissão aqui considerada, como destacado no capítulo 1, é a omissão administrativa apenas.¹⁵⁵

A doutrina penal tratou exaustivamente do conceito de ato omissivo pela relevância da consequência de se considerar crime uma omissão, levando mesmo ao cerceamento definitivo da liberdade do agente que se omite, ou seja, que nada realiza no mundo dos fatos, mas que, através desta omissão, contradiz preceito normativo anterior que determinava comportamento comissivo idôneo ao impedimento do dano, que termina advindo desta contrariedade. Assim, é imperativo o recurso à doutrina penal, a uma porque cada vez mais se entende uno o ordenamento jurídico, não se verificando qualquer especificidade no conceito de conduta que ora se importa para estudo do comportamento da Administração Pública, e, a duas, porque o reconhecimento da unicidade também do conceito de responsabilidade é fato inescapável, tanto que hodiernamente entende-se que é uma apenas a análise do fato a que refere o estudo do conceito de conduta, diversas as consequências estabelecidas nas ditas áreas do direito.

¹⁵³ Não se trata de violação, portanto, de direitos ditos de primeira geração, usualmente violados por comportamentos comissivos do Estado, mas de violação aos direitos sociais, de segunda geração, que hoje impregnaram a ordem constitucional por força do art 1º da Constituição Federal. Nesse sentido, esclareceu o professor Miguel Seabra Fagundes (2005, pp. 215-216) que: “A Administração Pública, a propósito de tais direitos, pode cometer violações por omissão ou ação. Quando o direito depende, apenas, para o seu exercício, de abstenções do Poder Executivo, este o pode violar por atos e fatos administrativos, cuja pratica importe exorbitância dos limites legalmente assinados à sua atividade. É o que sucede com o direito à liberdade física e o direito dominical. Enunciados na lei, e definidos quanto aos limites, o Estado está obrigado às prestações negativas, das quais depende a sua existência. Noutra hipótese, se o direito depende, para a sua efetividade, de procedimento ativo da Administração, isto é, de ato administrativo, e ela se recusa a praticá-lo, ou o pratica com alcance insuficiente, ofende o direito do administrado por omissão total ou parcial”.

¹⁵⁴ Álvaro Lazzarini (1997, p. 72) dá-nos noção de omissão extraída do dicionário jurídico de Plácido e Silva: “no seu citado Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva, porém, salienta que “A omissão intencional relativa a certos fatos que não deveriam ser esquecidos é negligência. E quando a omissão é imposta, assume o aspecto de abstenção, embora, a rigor, os dois vocábulos tenham sentido próprio, pois que omissão é mais esquecimento ou falta de menção, acerca do fato ou de qualquer coisa que não se fez, ou a que não se aludiu a omissão não é um fato. Muito ao contrário, revela o que não aconteceu. Não é pois um acontecimento, embora se diga um ato negativo, em distinção ao que se fez, um ato positivo”. Aliás, a respeito da corrente confusão conceitual de negligência e omissão, remeto o leitor ao final deste item do capítulo 3.

¹⁵⁵ Álvaro Lazzarini (1989, p. 21) refere à omissão administrativa praticada por integrante de outro Poder: “O Magistrado, nessa atividade administrativa que lhe é atípica, agindo como qualquer outro agente do Estado em atividade administrativa, eventualmente, pode omitir-se, resultando dessa omissão danos a terceiros. Nessa hipótese, a responsabilidade do Estado é inafastável, porque, repete-se, o Magistrado agiu como se administrador público fosse, embora seja uma autoridade judiciária e não administrativa. Quando, porém, a omissão causadora do dano ocorre no exercício de sua atividade jurisdicional típica de dizer o direito no caso concreto litigioso, ou ainda na atividade denominada de jurisdição voluntária, o Magistrado sujeita-se à responsabilidade de que trata o artigo 133, inciso II, do Código de Processo Civil, reproduzido, na sua essência e com pequena alteração de redação, no artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.”

Portanto, assente a premissa da possibilidade de importação dos conceitos de conduta traçados pela doutrina penal, serão apresentados os diferentes entendimentos forjados a respeito do tema, em tentativa de conceituação completa do conceito de conduta, considerada, além da gravidade da pena cominada em sede penal (considerado, o direito penal, a última *ratio* do ordenamento jurídico), o princípio da tipicidade penal.

Os arts. 13 e 24, §1º do Código Penal (CP), estabelecem, na parte geral do Código, localiazação topográfica que não está indene de críticas, frise-se, a responsabilidade do agente omitente de determinado comportamento esperado.¹⁵⁶ Diga-se, a respeito do art. 13 do CP, que é a norma através da qual o legislador ordinário estabeleceu a causalidade da omissão, que será tratada em momento posterior.¹⁵⁷ Paulo José da Costa Jr, no livro “Nexo Causal”, a respeito do referido artigo, afirmou que sua leitura revela que conduta é gênero de que são espécies o comportamento comissivo e também o comportamento omissivo.¹⁵⁸

Desta forma, em sentido lato, a denominação ‘ação’ compreende o ato comissivo e o ato omissivo, afirmando-se seu pertencimento a uma mesma categoria. Paulo José da Costa Jr não vê os conceitos de ação e omissão como conceitos antitéticos, mas como espécies da mesma categoria, como referido, porque há, entre tais espécies, traços comuns, sendo ambas as formas de conduta “um modo de ser do homem, um comportamento na realidade espacial e temporal”. Afirmo o autor que “O coeficiente físico da ação seria uma movimentação corporal, e da omissão um *nihil facere* (nada fazer) ou um *aliud agere* (agir diversamente), desde que não seja executado *quod debetur* (aquilo que deve ser feito), mas o coeficiente psicológico é o mesmo: a vontade como impulso causal.”¹⁵⁹

Registre-se que, discordando do entendimento relativo à possibilidade de reunião dos conceitos de ação e omissão sob a mesma categoria, manifestou-se o professor Luiz Regis Prado, em seu “Curso de Direito Penal”, citando Radbruch que, já no ano de 1904, afirmava que não podem ser compreendidos os dois conceitos sob a mesma denominação, ou reunidos sob o mesmo gênero, porque são comportamentos antitéticos, tanto que ação e omissão são comportamentos que nada têm em comum, que não se relacionam de nenhuma forma que não

¹⁵⁶ “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

¹⁵⁷ Em contrapartida, defende o professor Heleno Cláudio Fragoso que a omissão não é uma modalidade de ação, ou uma ação negativa, mas um não fazer algo que o sujeito podia e devia realizar; logo, um conceito necessariamente normativo, mesmo considerando um comportamento juridicamente diferente.

¹⁵⁸ Paulo José da Costa Jr, em seu livro “Nexo Causal”, afirma que “conduta é gênero de que constituem espécie a ação e a omissão”.

¹⁵⁹ COSTA JR, Paulo José. *Nexo Causal*. 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

por uma ficção doutrinária que não realiza qualquer vantagem para o esclarecimento dos conceitos. Apenas a capacidade de ação final, como a possibilidade de conduzir o ato a certa finalidade, seria elemento comum aos comportamentos referidos, comissivo e omissivo, mas considerado insuficiente à reunião das espécies sob a mesma rubrica.¹⁶⁰

A respeito do conceito de omissão, algumas teorias foram formuladas no âmbito do direito penal, seara em que se releva a delimitação da idéia de omissão diante do princípio da tipicidade, como dito. Assim, para esclarecimento do conceito de conduta, são denominadas, por Paulo José da Costa Jr, as teorias sintomática, material-naturalística, jurídico-normativa, findéstica e teleológica. Já por Luiz Régis Prado, são apontadas as teoria causal-naturalística, teoria causal-valorativa, teoria social, teoria finalista, teoria teleológica ou funcionalista (teoria personalista da ação e teoria da inevitabilidade individual) e teoria da ação significativa. Enquanto o primeiro autor aponta cinco teorias definidoras do conceito de conduta, o segundo apresenta seis.¹⁶¹

As teorias mais aceitas e, por conseguinte, mais importantes para o estudo que ora se realiza, pois mais efetivas na delimitação do conceito de conduta e esclarecimento da realidade normativa, foram as teorias naturalística, finalística e normativa.

Para os adeptos da teoria naturalística, que recebeu a adesão de Von Liszt e Beling, dentre outros, há concepção naturalística de conduta, pela qual a conduta será a maneira de o homem se manifestar no mundo fenomênico, mediante manifestação corpórea, dando causa a eventos, em evidente confusão do conceito de conduta com o conceito de causalidade.¹⁶² São adeptos da concepção naturalística de conduta, dentre outros, Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, José Frederico Marques e Bento de Faria.

Afirma-se a ação como ato composto de vontade, movimento corporal e resultado. É concebida em seu aspecto natural, axiologicamente neutra.¹⁶³ A forma de percepção da omissão, para os doutrinadores que propugnaram este entendimento, apresenta-se confusa, obrigatoriamente relacionada a alguma movimentação do corpo do agente. Chegou-se mesmo

¹⁶⁰ Luiz Regis Prado (2008, p. 258) constrói o seguinte raciocínio: “Na medida em que é verdade que um conceito e seu contrário contraposto, posição e negação, A e não-A, não podem caber sob um mesmo conceito superior comum, também é verdade que ação e omissão devem permanecer uma junto à outra, sem união”, porque haveria profunda diferença estrutural, descartada, pelo autor, para a colocação de ambas como espécies do conceito maior de conduta. Como ponto comum de ação e omissão, o professor Luiz Regis Prado reconhece apenas a capacidade de ação final (como a possibilidade de conduzir o ato a certa finalidade).

¹⁶¹ Costa Jr, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2008, vol. 1.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2008, vol. 1.

a afirmar que a omissão seria uma distensão dos músculos.¹⁶⁴ Destacou-se, entre as diversas versões apresentadas pelos adeptos desta teoria naturalística para o conceito de omissão, o entendimento de Anders Handeln de Luden, mencionado por sua relevância histórica, pelo qual se entende que, na verdade, o omitente não é inerte, mas realiza outra atividade diversa da ação esperada, rejeitando o conceito de inação. A omissão seria um fazer coisa diversa. Esta forma de compreensão apenas revela a dificuldade encontrada na aceitação da relevância jurídica – e causal – do ato omissivo.

O equívoco da noção de omissão da teoria causal-naturalística, que salta aos olhos, diz com a falsa ignorância da indiferença que o ordenamento jurídico dirige ao outro comportamento realizado pelo omitente no momento mesmo em que este deixa de realizar a ação a que estava obrigado. Não é este o movimento que integra a cadeia causal do dano injusto, mas a omissão propriamente dita, não o que mais fazia o agente. Verifica-se, também espécie de negação da realidade, de que se infere o dado incontroverso de que o omitente pode tanto deixar de realizar a ação esperada por fazer coisa desta diversa, como pode deixar de realizá-la por nada fazer, mantendo-se inerte, não havendo óbice algum a que assim seja esta sua inércia. O fato é empiricamente verificável e, por sua natureza mesma, torna inverossímil o argumento apresentado pelos adeptos daquela teoria. De toda forma, sobressai a dificuldade encontrada pela teoria naturalística na delimitação da relevância causal da omissão, sobretudo quando esta é sinônimo de inércia do omitente, o que não raro acontece.¹⁶⁵

Para a teoria finalística, ou concepção finalística welzeniana, a ação é um acontecer finalista. É, como define Luiz Régis Prado, o “exercício de uma atividade finalista”. Esta finalidade seria a orientação consciente da atuação, e termina transformando-se no critério de imputação do resultado. Afirmavam, com frequência, que a causalidade (acontecer natural) seria cega e a finalidade (ação humana) vidente.¹⁶⁶ Para os adeptos desta teoria, omissão seria a não realização desta ação finalisticamente orientada, ou, nas palavras de Luiz Régis Prado, que desde logo apresenta a crítica a esta definição de omissão, a “não-realização de uma determinada ação finalista que o agente podia realizar em uma situação concreta”. E critica a

¹⁶⁴ Nas palavras de Beling, citado por Luiz Régis Prado (2008, p. 260), a ação deve ser entendida como um comportamento corporal (parte externa, objetiva da ação) produzido pelo domínio sobre o corpo, isto é, um comportamento corporal voluntário consistente já em um ‘fazer’ (ação positiva), já em um ‘não fazer’ (omissão).

¹⁶⁵ Costa Jr, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2008, vol. 1.

¹⁶⁶ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2008, vol. 1, p. 263.

idéia apresentada: “Trata-se de um conceito limitativo, enquanto falta de capacidade ou de possibilidade concreta de ação.” Além disso, é negada a causalidade omissiva, afirmando-se que, em sede de responsabilidade por atos omissivos, “há uma série de condições existentes, uma série de fatores causais concorrentes”, estes como causa do resultado, e não o ato omissivo considerado de per si. De toda forma, a teoria não terminou bem recebida, porque acarretou a exclusão do conceito de dolo do aspecto da culpabilidade do delito (que se parte em conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade – conceito analítico de delito), deixando-lhe apenas a substância normativa.

A teoria normativa, defendida pelos mestres Damásio de Jesus e Paulo José da Costa Jr, e pelo próprio mestre Heleno Cláudio Fragoso, ascendeu em momento posterior à elaboração das duas conceituações teóricas anteriores. Entende-se que não há conduta jurídica ou moralmente indiferente, indo ao encontro da doutrina do professor Pietro Perlingieri.¹⁶⁷ Há sempre uma referência da conduta ao ordenamento jurídico, afirmando-se que a conduta é sempre referida a uma norma. Omissão é o *non facere quod debetur*, enquanto a ação é o *facere quod non debetur*,¹⁶⁸ certo que aquilo que se deve fazer, ou que não se deve, será estabelecido em preceitos normativos, através de normas jurídicas ou extrajurídicas, em um sentido maior, e apenas pelas normas jurídicas, em um sentido restrito – aqui apenas o Direito poderia valorar o comportamento fático ocorrido.¹⁶⁹ Neste sentido mais estrito, são três os requisitos que a doutrina normativa aponta para a caracterização da conduta, que seriam (i) a modificação no campo do Direito (parte objetiva), (ii) a vontade juridicamente relevante que corresponda à modificação (parte subjetiva), e (iii) uma ponte causal entre a realização objetiva e o impulso subjetivo, apresentado esquema formal do conceito de conduta – esta a crítica dirigida a teoria normativa.¹⁷⁰

¹⁶⁷ V. nota 121.

¹⁶⁸ Traduzindo-se, seria, respectivamente, não fazer aquilo que deve ser feito e fazer aquilo que não se deve.

¹⁶⁹ Costa Jr, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 26-27. O autor apresenta uma síntese da teoria normativa, afirmando que “a doutrina normativa poderá assim ser resumida, em seu arcabouço geral: se a omissão é a não execução – por parte de um sujeito – de uma dada ação, isto não implica uma ausência de comportamento. Existe, indefectivelmente, uma conduta, entidade sensível e verificável. Positiva (atividade diversa daquela imposta pela norma) ou negativa (inatividade, inércia corpórea). Essa conduta servirá como ponto de partida do juízo que será posteriormente emitido. Se assim não fosse, a concepção afrontaria o princípio fundamental de *internis non curat praetor*. Assim, a doutrina parte de uma plataforma segura, real, fenomênica, para valorar uma conduta. Esta conduta transforma-se, num juízo sucessivo, no termo inicial: o sujeito que se predica, o comportamento do qual se nega ou afirma alguma coisa. O juízo completa-se com seu segundo termo: o predicado, que se realiza com base em uma norma (jurídica, moral, social, técnica, higiênica, econômica, gramatical, lógica..). Para definir a conduta, superpõe-se o preceito normativo. Valora-se, (sempre com base na norma): se a conduta é aquilo que deveria ser, ou se não é conforme àquilo que seria de se aguardar”. Em estreita síntese: “É a norma que confere vida e realidade à omissão”.

¹⁷⁰ Com respeito a teoria normativa da omissão, relevante a colocação de Caitlin Sampaio Mulholland: “Evidentemente, para aplicar-se a teoria normativa é fundamental que exista a identificação de um dever jurídico de agir e que este dever tenha sido descumprido através de uma inação, ou melhor, de um não agir. Enquanto no âmbito do direito penal, a aplicação desta teoria é de relativa facilidade, haja vista o princípio da legalidade e da tipicidade que identificam os crimes de omissão, no âmbito

Aparentemente, nenhuma das teorias pode por fim ao problema da conceituação da conduta, tanto que há inúmeras dificuldades relacionadas à verificação da ocorrência da omissão em um contexto naturalístico. Esta uma dificuldade comum aos doutrinadores referidos; preferindo-se, entretanto, a teoria normativa, porque explica a verificação da relevância jurídica e causal da omissão pela existência de norma preceptiva prévia. Adveio mesmo, em momento posterior, uma teoria eclética, que mesclava conceitos da teoria naturalística e normativista, denominada teoria da ação esperada, propugnando, seus adeptos, que a relevância da omissão colocava-se na não realização da ação esperada do agente, aproximando-se do normativismo. Isso porque, quando se afirma que há uma ação esperada, esta expressão imediatamente reporta a uma determinação normativa anterior, a uma norma que previamente dite o “dever-ser”.

Em que pese a pouca relevância das demais teorias jungidas acerca do conceito de conduta, que falharam no estabelecimento da definição do conceito de omissão, recebendo, dessa forma, pequena adesão da doutrina e jurisprudência, faz-se importante breve esclarecimento de suas formulações. A teoria sintomática, a primeira das teorias mencionadas pelo professor Paulo José, entende a conduta apenas como revelação da periculosidade do autor, apresentando conceito realístico de conduta que não traz conceito objetivo de conduta, não se presta à conceituação de omissão, que, então, só poderia ser concebida esotericamente, como afirmado pelo doutrinador, nada ajudando à elucidação da questão.

Para a concepção dita teleológica ou social valorativa, a conduta será um conceito de natureza causal-finalística, servindo-lhe de esteio a realidade social. Aqui, o professor Luiz Régis Prado apresenta cisão de duas sub-teorias, a primeira denominada teoria personalista da ação, pela qual a ação seria entendida como exteriorização da personalidade, a segunda denominada teoria da evitabilidade individual, defendendo conceito de ação como realização de um resultado individualmente evitável. Omissão, como consequência, seria o não evitamento de um resultado que se pode evitar. O conceito de ação proposto é vazio. Esta teoria, ou estas sub-teorias apresentam conceito puramente normativo de omissão que terminam se dissociando da realidade, na medida em que ignoram a real inação que pode ocorrer no mundo fenomênico, e a atribuição de relevância jurídica a esta inação.

do direito civil, mais especificamente da responsabilidade civil, em que existe a atipicidade dos danos e o dever geral de não lesar, a aplicação pode parecer mais dificultosa, pois caberá, em última instância, aos magistrados, na análise do caso concreto, identificar se há ou não a violação de um dever pela inação de um sujeito.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.117)

O Professor Luiz Régis Prado inclui, ainda, duas concepções do conceito de conduta, a teoria social e a teoria da ação significativa. Pela primeira, conduta seria um fenômeno social, com relevância social, em conceito tendencioso e abstrato. Para a teoria da ação significativa, é relevante verificar o conceito de “seguir uma regra”, e também o conceito de capacidade de ação. Assim, o capaz de agir é aquele que sabe que segue uma regra e pode explicar seu conteúdo. No dizer de Habermas, citado por Luiz Régis Prado, “com o conceito de ação comunicativa, que coloca em evidência o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação das ações, recebem também as pressuposições fáticas dos autores, que devem orientar sua ação por pretensões de validade, uma imediata relevância para a estrutura e manutenção das ordens sociais, pois estas últimas só podem vir a ter consistência e perdurar no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativas”.¹⁷¹

A adoção deste entendimento causaria enorme modificação doutrinária, porque se entende a ação como “o sentido de um substrato”, terminando por não receber ampla adesão doutrinária, em que pese possa ser apontado, no Brasil, como seguidor deste entendimento, o ilustre professor Juarez Tavares.

Admitida, desta forma, a premissa referida, de que mais acertado o acolhimento da teoria normativa, tem-se a conduta revestida de duas formas, ação e inação, devendo-se considerar, ainda, que a todo comando de fazer equivale a uma proibição de não deixar de fazer. E a todo impedimento de executar corresponde um imperativo de não executar.¹⁷²

Chegou a haver, mesmo, controvérsia, em sede doutrinária, acerca da exigibilidade do comportamento da Administração Pública à luz de norma preceptiva que determinava que o ente público agisse de forma pró-ativa. A verificação da exigibilidade da norma aconteceria, então, de forma a determinar se poderia ser considerada antijurídica a inércia da Administração Pública, o que se tem por pressuposto do reconhecimento de sua responsabilidade civil diante da causação de um dano injusto. Afirmou, com razão, Yussef Cahali, que este fora o cerne da questão posta em torno da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos, porque elástico o conceito de exigibilidade. Isso permitiu que parte da doutrina, e também da jurisprudência, passasse a se valer do conceito de

¹⁷¹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2008, vol. 1, p. 270.

¹⁷² A premissa é também aceita pelo professor Sérgio Cavalieri Filho (2009, pp. 82-83): “Examinada por seu aspecto puramente físico ou naturalístico, a omissão é ausência de comportamento, um não fazer, um nada. Assim, como, do nada, nada surge, em si mesma, a omissão não teria relevância causal. Não há dúvida, entretanto, agora já examinada a omissão pelo aspecto normativo, de que o Direito nos impõe, muitas vezes, o dever de agir, casos em que, nos omitindo, além de violar dever jurídico, deixamos de impedir a ocorrência de um resultado. Dessa forma, embora a omissão não dê causa a nenhum resultado, não desencadeie qualquer nexo causal, pode ser causa para não impedir o resultado”.

“razoabilidade” para a análise desta exigibilidade, como se pudéssemos dizer quais normas podem ser descumpridas de forma razoável.

Parte da doutrina entendia, sobre a exigibilidade da conduta administrativa que dera causa ao dano, que a compreensão do conceito perpassaria a noção de descumprimento de um dever jurídico estatal, havendo autores, tais como o professor Toshio Mukai, que pretendiam embutir no conceito também o descumprimento do contrato e o ato ilícito como fonte das obrigações.¹⁷³ A esse respeito, sobre a eficiência da atuação administrativa determinada por norma preceptiva, dizia Celso Antônio, também citado pelo professor Cahali, que “cabe indicar, no entanto, que será apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, econômico, cultural, isto é, das possibilidades reais, médias, dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso. Como indício dessas possibilidades reais há que se levar em conta o procedimento do Estado em casos análogos e o nível de expectativa comum da sociedade (não o nível de aspiração), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço inexecutado de omissão, insuficiente ou inadequado. Este último nível de expectativa é sugerido, entre outros fatores, pelos parâmetros da lei que o instituiu e regulado pelas normas internas que o disciplinam, e até mesmo por outras normas das quais se possa deduzir que o Poder Público, por força deles, obrigou-se, indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão.”¹⁷⁴

Admitida a premissa sobre a qual se funda a afirmação do Autor, caberia ao Estado a prova das condições que o impossibilitam do cumprimento de norma a que estava adstrita sua conduta, o que, notoriamente, não acontece em nosso sistema jurídico. De regra, limita-se, o Estado, a afirmar, em suas defesas judiciais apresentadas em processos indenizatórios de responsabilidade civil por atos omissivos, que a omissão apontada não se teria caracterizado, ou que não fora a causa para o evento, seja por sua generalidade, seja pela não comprovação de elemento subjetivo que afirma essencial, e cuja prova é extremamente difícil para a vítima, porque subjetivo. Ora, se assim é, não se pode dar razão ao Estado, porque este que nada comprova acerca da impossibilidade de implementação de conduta tornada obrigatória por imperativo legal, não refere àqueles elementos, de regra, e a própria norma processual que estabelece a forma de distribuição do ônus da prova recomenda que se dê razão ao particular/autor, uma vez que a tipificação de quaisquer das hipóteses eximentes referidas, que poderiam, em tese, isentar o Estado do cumprimento de norma legal obrigatória, é fato

¹⁷³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 285-287.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 287.

modificativo do direito do Autor. Tanto é assim, tanto há essa precariedade, que o próprio professor Celso Antônio Bandeira de Mello defende aplicação de presunções de culpa favoráveis às vítimas. O que não se pode admitir é afirmação generalista e não fundamentada de que se tem valido certos julgadores e doutrinadores, para afirmar que não era razoável esperar-se no caso concreto, o cumprimento da norma preceptiva violada pela omissão administrativa. O que seria essa razoabilidade e qual seria o fundamento legal da invocação do conceito são perguntas que restam sem respostas.

De toda forma, que reste assentado que o caso concreto deve, sim, ser considerado para elucidação da relevância causal da omissão verificada, e esta, por questão conceitual acima referida, pressupõe o descumprimento objetivo da norma legal preceptiva, que não se pode justificar por afirmação generalista de afastamento da normativa contida na regra do art. 37, §6º da CRFB. Assim, apenas o caso concreto dirá se a omissão verificada foi causa necessária do dano injusto. Será o caso concreto que dirá os fatores que serão ponderados para que se forme conclusão acerca da configuração da omissão e de sua relevância causal para causação do dano em comento, certo que o conceito de omissão está, sim, de forma ontológica, ligado à idéia de antijuridicidade, mas não à idéia de culpa.

Nesse contexto, a antijuridicidade será noção de conteúdo puramente objetivo, eliminado, por força de determinação constitucional, seu componente subjetivo. A antijuridicidade a que se faz referencia será, sempre, pressuposto para afirmação da responsabilidade do Estado, uma vez que mesmo os atos lícitos que dão causa a danos dos direitos dos cidadãos, mesmo estes devem ser considerados antijurídicos, *in concreto*, e em que pese respaldados em norma, para que se conclua da injustiça do dano, pressuposto de sua reparação. Não é suficiente ao afastamento abstrato da antijuridicidade do comportamento lícito do Estado, afirmar-se aquele respaldo em norma do ordenamento jurídico, mas deve ser realizada a ponderação concreta dos interesses juridicamente tutelados envolvidos, porque estão atreladas a antijuridicidade do comportamento do agente da Administração e a injustiça do dano, e esta, como dito, é pressuposto de sua reparação.¹⁷⁵ A ponderação concreta desses interesses juridicamente tutelados que dirá da antijuridicidade do comportamento da Administração Pública, ou, ao menos da antijuridicidade do resultado desta ponderação, quando em questão dois interesses juridicamente tutelados.

¹⁷⁵ Mais uma vez, reportamo-nos à melhor lição do professor Anderson Schreiber em *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2007.

Recorrente a confusão conceitual das noções de culpa (negligência) e omissão. Neste diapasão, o professor Aguiar Dias, citado por Marcelo Calixto,¹⁷⁶ entende a omissão como sinônimo de negligência, afirmando que esta seria conceituada justamente por um não fazer algo a que se estava obrigado: “omissão é negligência, o esquecimento das regras de proceder, no desenvolvimento da atividade. A abstenção é a inatividade. Genericamente encarada, a omissão pressupõe a iniciativa”. Chegou mesmo a afirmar, o Autor, que a omissão, “em essência, é culpa.”¹⁷⁷ Quando, na verdade, a omissão é descumprimento objetivo de norma preceptiva anterior, de caráter vinculante, nada importando o elemento subjetivo que deu causa a este descumprimento objetivamente verificado. Sem embargo da possibilidade de se verificar a ocorrência conjunta dos institutos, omissão e negligência são conceitos que não se confundem, este intimamente atrelado à idéia de descuido, desídia, falta de cuidado, e aquele de viés objetivo, como afirmado. Na verdade, no mais das vezes, parece que a negligência está associada a um processo de ação interrompida, isto é, um processo em que o agente inicia determinada conduta e, em momento posterior, deixa de concluí-la, deixando de agir por descuido ou falta de atenção, em justificativa para a relevância causal da omissão que parece se aproximar de seu conceito naturalístico.¹⁷⁸ Assim, ainda que se possam encontrar muitas vezes, no mundo fenomênico, os conceitos tratados são distintos: negligência e omissão são conceitos distintos.^{179 180}

Entendemos, ainda, que a confusão conceitual acima descrita terminou mesmo impedindo um mais precoce desenvolvimento da doutrina da responsabilidade da

¹⁷⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 86.

¹⁷⁷ Op. cit., p. 86.

¹⁷⁸ Há dois julgados do Superior Tribunal de Justiça de que se pode inferir a afirmação da natureza da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo por atos omissivos, afirmando-se, mesmo, que apenas a comprovação de culpa exclusiva da vítima poderia eximir o Estado de responsabilidade, mas com menção à negligência do agente que o representa como sinônimo de descumprimento de obrigação legal, em posição que representa o que aqui se afirma equivocado, defendendo-se, na presente dissertação, a distinção das idéias de omissão e negligência. Seguem os julgados:

i) STJ. 1ª Turma. REsp nº 474.986/SP. Rel Min José Delgado, julgado em 10/12/02 e, ii) STJ. 1ª Turma. REsp nº 439.408/SP. Rel Min José Delgado, julgado em 05/09/02 (a ementa desse julgado já indica: “Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral. A ré só ficaria isenta de responsabilidade se demonstrasse – o que não foi feito – que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima. A imputação de culpa está lastreada na omissão da ré no seu dever de, em se tratando de via pública, zelar pela segurança do trânsito e pela prevenção de acidentes (arts. 34, parágrafo 2º, do Código Nacional de Trânsito, e 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68)”.

¹⁷⁹ LAZZARINI, Álvaro. *Nova dimensão do direito administrativo: repertórios de estudos doutrinários e jurisprudenciais*. 1. ed. São Paulo: Editora NDJ, p. 75: “Devendo agir não agiu. Nem como o bonus pater familiae, nem como o bonus administrator. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou, imprudente, se confiou na sorte, imperito, se não previu todas as possibilidades da concretização do evento.”

¹⁸⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 89.

Administração Pública, para afirmação desta nos casos de atos omissivos danosos, tanto que impedia uma precisa verificação da configuração da antijuridicidade da conduta do ente. Parece que o conceito de falta do serviço mesmo, quando referido à idéia de mau funcionamento do serviço, ou inadequação deste funcionamento, ou sua ausência, já pretendia prestar-se ao retrato do descumprimento de dever legal pela Administração Pública, que certamente se pode afirmar obrigada ao correto desempenho da atividade prestacional. Tem-se, portanto, que já havia uma busca do afastamento da noção subjetiva de culpa de que hoje se quer impregnar a noção de omissão, ao menos para reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública.

Assim, bastando ao reconhecimento da antijuridicidade a verificação objetiva da violação de obrigação legal de caráter cogente, como regra, não se confundem mais aqueles conceitos.¹⁸¹ A culpa era um conceito adequado à imputação do resultado ao agente causador do dano injusto, imputação hoje realizada pela avocação da teoria do risco administrativo, com rejeição constitucional do critério subjetivo para esse fim. É mesmo utilizada, por exemplo, no direito italiano, expressão diversa para espancamento da controvérsia, preferindo-se a referência à noção de dano injusto para exprimir essa idéia de antijuridicidade objetivamente considerada.¹⁸² Elucidada a questão, portanto, pela afirmação da objetividade do aspecto da antijuridicidade de determinado comportamento, não há mais espaço para avocação daquele elemento subjetivo, de que se tem que dissociar nossa doutrina e jurisprudência.

A norma preceptiva, que é descumprida nos casos de omissão, é norma que determina uma atuação administrativa. Aliás, de destacar que o conceito de Estado Democrático de Direito pressupõe a submissão do Estado às regras por ele editadas, proibitivas ou preceptivas.

¹⁸¹ Veja-se, ainda, diante da relevância da matéria, a noção do conceito apresentada pelo professor Fernando Noronha (2007, p. 468): “O primeiro pressuposto da obrigação de indenizar é constituído pelo fato antijurídico, que é o evento causador do dano. Em capítulo anterior já ficou dito que antijurídicos, ou injurídicos, são os fatos que se colocam em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas (5.2.2). Como então também vimos, o fato antijurídico pode ser (e em regra é) um fato humano, culposos ou não, mas também pode ser um fato natural. O fato humano consistirá na maioria das vezes numa conduta omissiva (ação), mas também pode acontecer por omissão. A ação ou omissão pode ou não resultar de culpa da pessoa que estiver envolvida, mas isto é questão que diz respeito a outro pressuposto da responsabilidade, o nexo de imputação (7.4.3). Quanto ao fato natural, considerado independentemente de qualquer ação ou omissão que pudesse influir, obviamente, ele é independente de culpa. A antijuridicidade, quer diga respeito a um fato humano, quer a um fato natural, é dado de natureza objetiva, existe quando o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém”.

¹⁸² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 469-470: “Para exprimir a mesma idéia da antijuridicidade, muitos autores falam em dano injusto, adotando uma expressão italiana (*danno ingiusto*), que está presente no próprio Código Civil italiano (art. 2.043). Na Itália, a generalidade da doutrina e da jurisprudência entende que *danno ingiusto* é aquele resultante de uma conduta *sine jure*, e *contra jus*; por exemplo, Giovanna Visintini (1996, p. 355, s.) escreve que se fala de *danno ingiusto* “como elemento objetivo do fato ilícito”, que ele é “a tradicional iniúria”, e que o seu significado “é aquele de lesão do interesse tutelado”.

Se a norma determinasse uma obrigação de meio, apenas, serviria como excusa da responsabilidade administrativa, a alegação de que todos os esforços possíveis foram empreendidos para a consecução do fim, não sendo este atingido por motivos alheios a vontade da Administração Pública, que não a falta de esforço. Aqui, não basta que se afirme que todo o esforço fora empreendido, o que na verdade também não é feito, o que já fora objeto de crítica anterior. Entretanto, é primordial que se alcance impedir a consecução do resultado, pena de responsabilidade. Na verdade, a razão pela qual não fora realizada ação determinada na norma preceptiva aproxima-se da possibilidade de agir diversamente o agente, noção intrinsecamente relacionada à idéia de culpabilidade. A norma preceptiva é obrigatória, não estabelece obrigação de meios, ou mera faculdade legal, mas tem plena aplicação – como já mencionado – evidentemente admitida a oposição das causas excludentes da responsabilidade da Administração, porque adotada teoria do risco administrativo.

A doutrina não tem dificuldade em aceitar a obrigação de atuação do Estado, em diversos setores¹⁸³, apenas considerando-a genérica, no mais das vezes. Ora, na verdade, a obrigação considerada genérica o é apenas na medida em que não faz discriminação, a norma: o Estado está obrigado a prestações impessoais, porque é regido pelos princípios da legalidade e impessoalidade. A individualização necessária ao reconhecimento de que exsurge sua responsabilidade dá-se justamente no momento da ocorrência do dano, isto é, no caso concreto. Assim, até que isso ocorra, até que advenha o dano, a obrigação contida na norma preceptiva é genérica no sentido de que é dirigida a todos os cidadãos, sem qualquer distinção, devendo o Estado cumprir suas obrigações em face de todos eles, e isso não quer dizer que seja segurador universal de todos os danos advindos. Quer dizer, apenas, que está obrigado, o Estado, às prestações determinadas em normas preceptivas efetivas e diretamente aplicáveis, tais como as normas constitucionais que estabelecem obrigação de prestar segurança e saúde.¹⁸⁴ A individualização acontece com o dano, não se podendo afirmar que há esfera de

¹⁸³ Veja-se, por exemplo, Rui Stoco (p. 374), quando afirma que “A verdade é que o ponto sensível da controvérsia em torno dos problemas da responsabilidade, são os casos de ação ou falta de providências do serviço. É o que já se chamou de inércia da Administração na execução de serviços públicos que visam à segurança da população e dos usuários (Pierre Montané Dela Roque, *L’inertie des pouvoirs publique*, Paris, 1950).”

¹⁸⁴ A título de ilustração, destaco as seguintes normas extraídas da Constituição Federal de 1988:

“**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade (...).

Art. 6º São direitos sociais a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)”;

Art. 144. A **segurança pública**, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Art. 196. A **saúde** é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

razoabilidade em sede de inobservância de norma cogente, tanto que superada a fase em que as normas constitucionais não eram consideradas mais que meras proposições políticas para o Administrador.

Veja-se o equívoco em que incorre parte da doutrina.¹⁸⁵ O afastamento da aplicação direta e imediata de algumas normas constitucionais faz-nos retornar a momento em que a Constituição representava mera diretriz política, permitindo-se à Administração Pública a decisão acerca do cumprimento das normas ali estabelecidas. O equívoco é evidente: não se trata de diretriz, a norma constitucional, mas de norma jurídica completa e cogente, repitimos, que deve ser aplicada tão logo avinda a Constituição, pena de configuração de comportamento inconstitucional, ainda que seja pelo reconhecimento de não se ter normatizado hipótese em que isto era reclamado pelo legislador constituinte.¹⁸⁶

Com relação a esta norma preceptiva anterior, há mesmo obrigatoriedade de o Estado manter a tranqüilidade dos membros de sua comunidade, tanto que seria indispensável atendimento dos valores básicos à pessoa humana, segurança, saúde, e educação, não podendo, o Estado, por conseguinte, furtar-se a esta sua obrigação, tornando-se a inação posterior à consagração normativa desta um ato de que decorrerá sua responsabilização, por antijurídico.^{187 188} Essa a razão pela qual se afirmou, anteriormente, que a compreensão adequada do princípio da solidariedade não se comprazia com a restrição da responsabilidade

¹⁸⁵ ABREU E SILVA, Roberto de. *A falta contra a legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 136: “Considera-se dever jurídico específico a exigência normativa perfeita, que estabelece uma conduta de fazer ou não fazer alguma coisa, contendo preceito e sanção definidos em seu próprio corpo dispositivo, como, v.g., a que impõe às pessoas modelos permissivos ou proibitivos de condutas, e as suas conseqüências. Um dever genérico de comportamento não gera a obrigação de reparar o dano, incontinenti, salvo, se regulamentado em lei, transformando-se em dever específico, na medida em que expressa os elementos de seu conteúdo, em norma jurídica perfeita. O Estado, v.g., tem o dever jurídico genérico de dar segurança pública (art. 144 CRFB/88), mas não tem a obrigação de responder pelos danos causados a outrem, por terceiros malfeitores, nas ruas e praças públicas, porquanto não é um segurador geral. A lei não lhe impõe o dever específico de dar segurança integral a todas as pessoas e bens de outrem, nem de prestar salvo-conduto a cada um dos indivíduos.”

¹⁸⁶ Aliás, defendendo aplicação da Constituição diretamente às relações privadas, Anderson Schreiber, 2007, p. 148. Fora pioneira a atuação do professor Gustavo Tepedino, com o artigo *Pelo Princípio de Isonomia Substantial na Nova Constituição* – notas sobre a função promocional do Direito. *In Atualidades Forenses*, nº 112, ano 11, 1987, pp. 30-35.

¹⁸⁷ Entende o professor Roberto de Abreu e Silva (2005, p.131) que “A ordem pública é assentada na triangularidade: segurança, saúde e educação. No propósito de manter a tranqüilidade dos membros integrantes da sociedade, no art. 5º, caput, X e XXII, da CRFB/88, positivou o dever jurídico de cuidado, cuja inobservância, sob o aspecto objetivo, consiste na omissão do comportamento devido, na lição de Martinho Garcez Neto.”

¹⁸⁸ Neste sentido, o entendimento doutrinário de Sérgio Massaru Takoi (2009, p.294), em que explica a noção de constitucionalismo social, afirmando que estas normas preceptivas passaram a compelir o Estado a determinados comportamentos, em reconhecimento de que sua abstenção em violar liberdades individuais não era o que dele se esperava, apenas, houve, mesmo, uma redefinição do papel do Estado, sendo-lhe ditas obrigações, e não faculdades, como referido: “a partir do início do século XX os Estados passam a ser obrigados por imposição das Constituições, em especial a mexicana de 1917, e a de Weimar de 1919, a fornecer prestações positivas para viabilizar a plena fruição dos direitos fundamentais de que são titulares os cidadãos, além do dever e abstenção em relação às chamadas liberdades públicas.”

administrativa, uma vez que se quer, pelo estabelecimento da primazia desse valor, a realização de todos os valores básicos referidos.

Importante destacar, por fim, que, em sede penal, por força de determinação normativa expressa, qual seja, o art. 13 do CP, o dever de atuar poderá advir da norma, de uma aceitação do encargo ou de comportamento anterior, mas, em sede de responsabilidade do Estado, e à míngua de previsão específica e à luz dos princípios que a orientam, ou devem orientar a Administração Pública, de se entender que apenas a lei poderá determinar obrigação de agir. Este o sentido do princípio da legalidade consagrado logo no caput do art 5º da CRFB.

3.3 A causalidade omissiva

Causalidade é o vínculo que une o dano produzido à atuação de que decorre o dano injusto, ou do agente que realiza conduta antijurídica.

Causa, então, é o fato que contribuiu para provocar o dano ou para agravar seus efeitos. Em essência, as causas não são diferentes das condições, mas destas distanciam-se porque são determinantes da ocorrência do dano, e não o são as condições.¹⁸⁹ Entretanto, como se pode perceber da leitura do art. 37 §6º da CRFB, a aptidão para a causação de danos poderá ser atribuída, pelo legislador, a qualquer espécie de fato, desde que juridicamente relevante.

A teoria do dano direto e imediato é considerada, pela doutrina, meio termo entre os demais entendimentos havidos acerca do assunto, quando comparada às demais teorias engendradas para solução do problema da causalidade, tais como as teorias da equivalência dos antecedentes causais e da causalidade adequada.¹⁹⁰ Prevista no art. 1.060 do antigo Código Civil e art. 403 do Novo Código Civil,¹⁹¹ a teoria encontrou vários doutrinadores para explicação do sentido da expressão, de caráter amplo, frise-se, a começar por Tomaso Mosca, que defendia a chamada Teoria (ou subteoria) da Causalidade Jurídica, segundo a qual se distingue a causa no mundo físico e no mundo jurídico, pois somente seriam causas os atos ilícitos, excluindo-se o fortuito.

¹⁸⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 587-589.

¹⁹⁰ Para um completo estudo do tema, ver livro CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 33-111.

¹⁹¹ Código Civil de 2002, Art. 403. “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

A doutrina que mais teve êxito em explicar a teoria do dano direto e imediato, sem dúvida, foi a doutrina da necessariedade, segundo a qual a causa é o evento necessário à produção do resultado. Por isso, a expressão dano “direto e imediato” deve ser interpretada no sentido de dano “necessário”. Assim, os danos posteriores, causados por outros atos, são excluídos da responsabilidade do agente primeiro da lesão. E não será a proximidade temporal que tornará a causa necessária, mas sua aproximação lógica. Afirma-se, ainda, que o nexo causal é rompido ou por um novo ato que venha a gerar novos danos ou por causas naturais, como o fortuito. Segundo Gisela Sampaio da Cruz, não importa se o dano é direto ou indireto, bastando que seja necessário.^{192 193}

Esta é a teoria adotada no Brasil, segundo a doutrina, em que pese a jurisprudência ainda oscilar na sua aplicação.¹⁹⁴

No Recurso Extraordinário nº 130.764/PR, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 12 de maio de 1992, o Ministro Moreira Alves consignou, em seu voto, a adoção da teoria do dano direto e imediato (ou teoria da interrupção do nexo causal) pelo sistema jurídico brasileiro, para aferir o nexo de causalidade à luz do art. 1060 do Código Civil de 1916. Ressaltou, ainda, que somente se admite a formação do nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, podendo contemplar o dano indireto e remoto.

O caso já fora transcrito no capítulo 2, relembrando-se, apenas que é hipótese em que o Ministro entendeu inexistir nexo de causalidade, capaz de ensejar a responsabilidade do ente público, na medida em que o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública, que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele; senão, que resultou de concausas, como a formação da quadrilha e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.

As teorias do nexo causal foram igualmente reportadas pelos ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 858.511/DF, em 19 de agosto de 2008. Tratou-se, originariamente, de ação indenizatória ajuizada em face do

¹⁹² CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 106.

¹⁹³ Para Fernando Noronha, esta teoria restringe demais a obrigação de indenizar. Gisela concorda que é muito restritivo exigir-se que, além de necessária, a causa seja suficiente para causar o dano. Fernando Noronha, por sua vez, critica Agostinho Alvim quando este afirma que a causa deve ser aquela que se basta em si mesma para produzir o resultado, porque parece que o autor ignora o fato de que pode haver concorrência entre mais de uma causa necessária ou entre causas complementares, sem que com isso se possa isentar o agente de responsabilidade.

¹⁹⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 33-111.

Distrito Federal, em que se pretendia ver reconhecida a responsabilidade do ente público em virtude do falecimento do filho dos proponentes, causado por uma bala perdida disparada por arma de fogo portada por um menor foragido de uma Casa de Detenção.¹⁹⁵

Destacou, inicialmente, o ministro Luiz Fux que o nexo causal extrai-se da omissão estatal em aplicar corretamente a execução da pena imposta, e o conseqüente dano (evento morte) jamais ocorreria, se não fosse a inércia do Estado em vigiar o detento, que portava, inclusive, arma de fogo. O Ministro Teori Zavascki (relator para acórdão) identificou que a controvérsia tinha eixo específico no nexo de causalidade. Definiu-o como “a relação – de natureza lógico-normativa, e não fática – entre dois fatos (ou dois conjuntos de fato): a conduta do agente e o resultado danoso.” E na mesma linha do Supremo, reconheceu a adesão do sistema jurídico brasileiro à teoria do dano direto e imediato e a decompôs em duas partes: uma que fixa a indispensabilidade do nexo causal, segundo a qual *ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa*; e a outra que fixa o conteúdo e os limites do nexo causal, segundo a qual *somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso*. E por meio da análise detida a tais elementos conclui o Ministro pela inexistência do nexo causal no caso concreto.

Em suma, indubitável que a teoria do dano direto e imediato¹⁹⁶ não responde a todas as questões, mas é a que melhor atende aos anseios da doutrina e para onde caminha a jurisprudência pátria.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Reconhece-se, ademais, que não há unanimidade na aplicação das teorias justificadoras do nexo causal pelos tribunais brasileiros e, segundo Caitlin Sampaio Mulholland, “as numerosas decisões judiciais que adotam teses opostas para justificar a investigação do nexo e a existência de uma obrigação de reparar nada mais representam do que uma aplicação pelos juízes do ‘princípio do bom senso’”. Para a professora, o magistrado julga levando em conta muito mais a idéia de bom senso do que a busca por uma cientificidade ou racionalidade ou, ainda, juridicidade para a causalidade. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.58).

¹⁹⁶ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, duas são as indagações que antecipam a ressarcibilidade de um dano: i) eleição das situações subjetivas suscetíveis de indenização; e (ii) determinação da relação causal entre a medida estadual e o dano. Canotilho entende útil a doutrina da causalidade adequada, tal como trabalhada no direito civil e no direito penal, isto é, “existe uma intervenção geradora de um dever indenizatório estadual quando a medida soberana, segundo a sua espécie, era adequada a provocar o dano” (1974, p.313). Concomitantemente, referido autor vislumbra problemas que dela podem emergir. O primeiro deles é a possibilidade de alargamento das situações ensejadoras da responsabilidade do Estado a toda medida estadual que seja abstratamente a causa adequada dos danos sofridos. Exemplo: a supressão de uma via (férrea) ou o deslocamento de uma universidade pelo Poder Público e o prejuízo econômico sofrido pelos hoteleiros ou pelas livrarias dependentes de tal estabelecimento de ensino. O segundo problema identificado pelo doutrinador é a possibilidade de a teoria da causalidade adequada negar a existência de um nexo causal para certos danos que, razoavelmente, se devem considerar merecedores de tutela reparatória a cargo do Estado. Exemplo: indivíduo que venha a sofrer de uma doença grave em decorrência de vacinação obrigatória, a qual apresentou alergia (em função de sua conformação física). Assim argumenta: “no campo da responsabilidade por actos lícitos, parece justo que se façam suportar pela vítima os danos insusceptíveis de serem considerados como consequência adequada do facto, já que a obrigação de reparar assenta num facto lícito do agente.” (1974, p.315). Nesse contexto, entende o autor, em relação a casos similares ao da doença decorrente de vacinação obrigatória, que há uma situação de perigo ou risco criado pelo Estado, e sobre ele deve recair objetivamente a responsabilidade pelos danos provocados; Trata-se de um caso de responsabilidade por atos administrativos materiais lícitos. Alternativamente à adoção da teoria da causalidade adequada, Canotilho apresenta a via da interpretação de normas, por meio da qual se verifica o real sentido da norma. No caso, há de se verificar se o sentido foi o de incluir a cargo do responsável todos os danos compreendidos numa certa zona de riscos. Isso porque, segundo o doutrinador, a idéia da causalidade jurídica não se resolve forçosamente por uma fórmula unitária, válida para todos os casos, bem podendo acontecer que a formulação

Estabelecido, em linhas gerais, o conceito de nexo causal, indicando-se a teoria por nós adotada para verificação de sua configuração, é preciso tratar especificamente a questão da relevância causal da omissão. Nesse sentido, Paulo José da Costa Jr, no livro “Nexo Causal”, esclareceu as teorias forjadas para ressaltar tal relevância causal, sobretudo na Alemanha, já assentada a possibilidade de validamente reportar-se ao direito penal.

As primeiras teorias que se propuseram a explicar este fenômeno eram de índole naturalística, frise-se, e serão, a seguir, expostas sucintamente.

Primeiro divisou-se a causalidade omissiva na série etiológica movimentada pela ação contemporânea. Então, a primeira forma de atribuição de relevância causal à omissão era referida a alguma movimentação corporal do agente, que, enquanto omitia a ação determinada pela norma preceptiva anterior executava uma atividade diversa, que seria a causa do evento porque representava a negação da ação esperada.¹⁹⁸ Entretanto, a concepção prestava-se a diversas críticas, pois a conduta diversa é absolutamente indiferente ao Direito e em nada interfere com as forças produtoras do evento. E nem sempre o omitente realiza algum comportamento, já que pode permanecer em estado de pura inércia (o agente), sem realizar conduta contrária àquela que dele se esperava.

Em verdade, várias teorias de índole naturalística forjaram-se, ora afirmando que a ação antecedente à omissão é que lhe daria relevância causal, ora que a omissão daria causa a um evento por gerar uma energia impeditiva interposta entre a atividade precedente e o

que mais convém à responsabilidade baseada nos factos ilícitos seja menos adaptável à responsabilidade por risco ou por atos lícitos.

Por fim, um último ponto trazido pelo autor na temática do nexo causal são as hipóteses em que surge uma causa interveniente de natureza material entre o ato estadual e o dano sofrido: “a exigência de um dano directo e imediato que a Eingriffstheorie interpretava como dano voluntariamente querido, era ainda entendida no sentido de uma ingerência imediata do acto na esfera do lesado. A possível mediação pessoal excluiria o dever ressarcitório do Estado. (...) Sob pena de todos os efeitos longínquos de medidas soberanas se poderem considerar potencialmente expropriações ou sacrifícios, deveria negar-se qualquer pretensão indemnizatória àqueles que só de uma forma mediata foram por elas atingidos.” (1974, p.317). O Código Civil alemão, como bem ressalta Canotilho, passou a considerar que o critério de imediação pessoal equivalia a conceder tutela reparatória apenas ao destinatário imediato do ato. Referido critério é, em seguida, ampliado para incluir como destinatário imediato àqueles que, de acordo com a finalidade típica inerente à lei, tenham sido tomados em conta pelo ato causador do dano. Faz-se, ainda, referência aos atos administrativos dirigidos a vários destinatários aos quais se impõe iguais efeitos, vantajosos ou prejudiciais. Neste caso, os sacrificados são todos os destinatários do ato (prejudicados imediatos).

¹⁹⁷ Na verdade, a jurisprudência, referida muitas vezes, utilizam-se da teoria do dano direto e imediato recorrendo, entretanto, à nomenclatura utilizada pelos defensores da teoria da causalidade adequada. Portanto, entendemos importante registrar, a respeito dessa, que seus críticos dizem-na muito filosófica, complexa e imprecisa, por ser difícil determinar qual a causa adequada. Muitas doutrinas se seguiram com o intuito de limitar o escopo desta teoria. Sandy Lopes Pessoa Jorge defende, por exemplo, não se deve considerar as causas e seus efeitos separadamente, mas o processo causal como um todo. Para melhor estudo: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁹⁸ Paulo José da Costa Júnior salienta que o homem, enquanto omite a ação comandada, excuta fato diverso, que, por sua vez, consistiria na causa do evento; uma atividade, portanto, que representa a negação da ação esperada. V. Paulo José da Costa Júnior em *Nexo Causal*. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

evento, restando o impulso de agir para evitar o resultado.¹⁹⁹ Chegou-se mesmo a afirmar que a causalidade da omissão seria percebida no efeito psíquico por ela produzido, induzindo terceiros a se comportarem de certa maneira, debaixo da convicção ilusória de que a situação nenhum perigo oferece. Os adeptos da teoria naturalística propriamente dita defendiam formas artificiais de distinção das formas de causalidade, sem resolver o problema da causalidade omissiva.²⁰⁰

Houve, ademais, teorias normativas,²⁰¹ das quais destacamos a mais importante, e hoje prevalente, teoria normativa propriamente dita, que defende a formulação da relevância da omissão pela afirmação de que tem sentido (a omissão) apenas enquanto jungida a uma norma. Somente com base num dever de agir, imposto pela norma, a omissão torna-se causal. Por fim, não impedir o resultado, destituído de qualquer significado naturalístico, é equiparado ao causar em razão de uma criação normativa.

O legislador poderá, portanto, normatizar qualquer comportamento, promovendo a omissão à categoria causal, o que mostra a técnica da insistência da distinção doutrinária realizada entre causa e condição de determinado resultado danoso. Destarte, nunca puderam apontar critérios seguros para distinção dos conceitos, mostrando sua proximidade ontológica.

A esse respeito, de mencionar a resposta à classificação da omissão como condição apresentada pelo professor Toshio Mukai, citado por Carlos Roberto Gonçalves em sua obra *Responsabilidade Civil* (2006, p. 182), que, pela relevância, merece destaque:

“as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito (...) causa, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer, de não fazer) (...) em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que **deflagrador primário do dano praticado por terceiro**, é a causa e não simples condição do evento danoso. Portanto, há que examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave de representante do Estado, se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa *in omittendo*) aparece, se não teve, isto é, se o dano ocorreu por omissão do funcionário, incapaz de ser caracterizado como causa daquele, tal omissão não gerará a responsabilidade civil do Estado”.^{202 203}

¹⁹⁹ Ver estudo sobre a ‘Teoria da Interferência’ citada por Paulo José da Costa Júnior em *Nexo Causal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁰⁰ COSTA JR., Paulo José da. *Nexo Causal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁰¹ Destacamos, em síntese, outras duas teorias, anteriores à teoria normativa propriamente dita: 1. Teoria da Causalidade dos Escopos do Direito – entendia-se que a omissão será causa do dano injusto quando houver dever jurídico de intervir no mundo exterior, reduzindo o nexo causal aos deveres e não às forças do agente daquele dano; 2. Teoria da Causalidade do Ordenamento Social – entendia-se que a intervenção humana omissiva tem força na medida em que é paralisação do funcionamento do ordenamento da forma desejada.

²⁰² GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 199/230, abr-jun 2003, vol. 232, pp. 217-218.

Admite-se,²⁰⁴ outrossim, um momento naturalístico na omissão, para causação do resultado, como se afirmada a visibilidade real/fática da omissão, a despeito da necessidade de sua conjugação com norma anterior para reconhecimento de sua relevância causal, porque a concepção normativa apenas é inconcebível. Assim, citando Alcides Munhoz Netto, o professor Paulo José da Costa Jr. afirma que “apesar de ser uma realidade normativa, a omissão existe objetivamente: é produto da vontade de não realizar a ação esperada ou da vontade de não impedir o resultado e reveste-se da evidência de um acontecer. Este acontecer é que constitui o ponto de apoio do juízo de valor.”²⁰⁵ Essa a razão da prevalência dessa teoria, não se quis negar a realidade da omissão, mas apenas conjugá-la a determinada norma para verificação de sua relevância causal.

Propugna-se a realização de verdadeiro “juízo causal hipotético”, pelo qual há presunção normativa de que comportamento comissivo realizado em sentido diverso da omissão que se opera seria idôneo a evitar a ocorrência do resultado antijurídico indesejado.

É de rigor a realização de juízo hipotético de probabilidade acerca da idoneidade da condição negativa para efetivamente impedir a ocorrência do resultado lesivo indesejado pela norma preceptiva. Segundo Paulo José, dois seriam os pressupostos da causalidade omissiva: “a conexão condicional hipotética entre conduta e evento e a violação de uma obrigação

²⁰³ Em sentido contrário: Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, pp. 1002-1007): “Quando o comportamento lesivo é omissivo, os danos são causados pelo Estado, mas por evento alheio a ele. A omissão é condição do dano, porque propicia sua ocorrência. Condição é o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano”. Ora, se toda omissão é culposa, é um deixar de agir quando se está obrigado a fazê-lo, então que outra culpa quer a doutrina perquirir para verificação da caracterização da responsabilidade do Estado? Porque o simples fato da omissão seria suficiente, uma vez que para afirmar a omissão afirmou-se inação culposa.

²⁰⁴ Ensina Everardo da Cunha Lima (1982, p. 52) que “o não impedir o resultado pressupõe, na cadeia causal, uma condição negativa (Antolisei, Mourullo). Assim, no fato de deixar a mãe de amamentar o próprio filho, para matá-lo, uma condição negativa foi posta para a causação do resultado morte. Condição tão necessária ao resultado como seriam, exemplificando, as condições positivas de atirar com arma de fogo ou de ministrar veneno mortal. Vale destacar que o Autor entende que não pode ser, a omissão, considerada um *nullum fatual*, mas que não importa se o conceito de omissão não é meramente naturalístico, porque “os fatos humanos não podem ser concebidos dentro dos preciosos quadros da ciência natural; segundo, porque se depara uma questão de natureza também filosófica, defensável – *the conditions of phenomena include negative as well as positive circumstances* (Bain); terceiro, porque, entre as ciências naturais de um lado, e a filosofia de outro, a ciência humana inclina-se, por essência, para a filosofia, e, quarto, porque, na dinâmica causal das condições, as condições negativas correspondem, necessariamente, a determinadas condições positivas”.

²⁰⁵ COSTA JR., Paulo José da. *Nexo Causal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Esclarecendo, ainda, a teoria normativa, fala o doutrinador da omissão normativa: “Por derradeiro, a doutrina normativa poderá ser assim resumida, em seu arcabouço geral: se a omissão é a não execução – por parte de um sujeito – de uma dada ação, isto não implica uma ausência de comportamento. Existe, indefectivelmente, uma conduta, entidade sensível e verificável, positiva (atividade diversa daquela imposta pela norma) ou negativa (inatividade, inércia corpórea). Essa conduta servirá como ponto de partida do juízo que será posteriormente emitido. Se assim não fosse, a concepção afrontaria o princípio fundamental de *internis non curat praetor* (não se pode perquirir o que está na mente humana). Assim, a doutrina parte de uma plataforma segura, real, fenomênica, para valorar uma conduta. Esta conduta transforma-se, num juízo sucessivo, no termo inicial: o sujeito que se predica, o comportamento do qual se nega ou afirma alguma coisa.

jurídica de intervir”, tomada esta expressão como sinônimo de impedir o dano. Nada impede, no entanto, que a lei pressuponha uma relação entre a omissão e o resultado, partindo de um juízo de probabilidade sobre se a ação, possível para o omitente, o teria evitado. Trata-se, portanto, de um juízo de causalidade quanto à ação esperada e não quanto à omissão, isto é, de um “juízo causal hipotético”. Para que o não evitar o resultado se equipare à respectiva produção, é preciso que se possa predizer “com um grau de probabilidade que limita com a certeza”, que o resultado teria sido evitado com a ação omitida. A indagação feita pelo doutrinador, com a qual nos filiamos, é a seguinte: “a ação omitida teria evitado o resultado?”²⁰⁶

As teorias mencionadas referem-se ao âmbito do direito penal, em que há duas espécies de crime omissivo, o crime omissivo próprio, com tipo penal especial, de que é exemplo o crime de omissão de socorro, previsto no art. 135 do CP, e o crime omissivo impróprio, em que é necessária avocação da norma de extensão prevista no art. 13 do Código para configuração da relevância causal do ato omissivo, como realizador do tipo penal especial.

Assim, nestes casos, de crimes omissivos impróprios, há cláusula aberta a ser invocada para configuração da caracterização de crimes omissivos – o que explica a ênfase dada àquele juízo hipotético de probabilidade pela doutrina penal. Faz-se necessário, ao intérprete, conjugar a aplicação da norma de extensão do art. 13 do Código Penal à realização desta avaliação hipotética para configuração do crime omissivo impróprio. Este juízo de probabilidade, portanto, em direito penal, será atribuição do intérprete, do aplicador da lei, nas hipóteses de crimes omissivos impróprios. O intérprete dirá, à vista do caso concreto, e também da regra de extensão referida, se determinada ação poderia, se ocorrida, impedir a causação do dano injusto que aparentemente adveio de sua não realização. Assentada a idoneidade da ação para evitamento da ocorrência do dano, se poderá, então, dizer que o mesmo adveio da omissão da realização dessa ação.

De forma contrária, no âmbito da responsabilidade da Administração Pública, não fora deixada ao intérprete oportunidade de realizar este juízo de probabilidade acerca da idoneidade do comportamento comissivo para evitar a causação do dano injusto, já tendo, o legislador, previamente determinado quais as ações idôneas ao afastamento da causação do dano injusto que deseja ver realizadas. Por esta razão, nesta seara, será suficiente ao reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública a verificação da ocorrência da

²⁰⁶ COSTA JR., Paulo José da. *Nexo Causal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.137.

omissão e do estabelecimento do nexo causal, pela não apresentação de causa excludente da responsabilidade, de caráter imprevisível, como a frente se verá. Significa dizer, portanto, que a realização deste juízo hipotético de probabilidade, nos casos de responsabilidade da Administração Pública, está pré-determinado na lei, o legislador diz quais as ações que deseja ver realizadas, estando, o administrador, por conseguinte, obrigado a sua prática, por norma preceptiva anterior, pena de ser responsabilizado, esta a coerência do sistema, não poderia deixar de o ser.

Por força da presunção de legalidade e legitimidade das leis, presume-se que serão idôneas ao evitamento da causação do dano injusto, porque nelas estabelecidas, as ações legislativamente determinadas na norma, superando-se a fase da realização daquele juízo hipotético, que trata a adequação do comportamento comissivo para evitamento deste dano. Assim, neste domínio, o legislador assenta que deve ser prestada segurança pública, deve ser realizado adequado escoamento de águas e tratamento de esgoto, deve ser prestado serviço de atendimento ambulatorial e de emergência, estes para tutela da saúde dos cidadãos, restando, ao administrador, apenas, pequena discricionariedade, que refere à forma de prestação destes serviços, e não a sua prioridade ou a sua qualidade, insisto, mas à forma de prestação do serviço. A ocorrência de dano injusto, ligada a omissão administrativa, será, inexoravelmente, elemento de configuração da responsabilidade pública, tanto que já superada a oportunidade de realização do juízo hipotético de causalidade para verificação da adequação de determinada conduta ao afastamento ou evitamento do dano - o legislador já enunciou os serviços que deseja sejam prestados pela Administração Pública, já lhe atribuiu fatia expressiva de responsabilidade.

Significa dizer que o Estado poderá ser responsabilizado quando, legalmente obrigado a atuar, não o faz, e assim, não o fazendo, dá causa ao dano injusto, de tal forma que se possa afirmar que a ação normativamente determinada interromperia o desenvolvimento causal, evitaria o prejuízo. A afirmação indica a superação da diferença, anteriormente apontada, entre causa e condição, devolvendo-se a decisão acerca da relevância causal de determinado comportamento ao legislador.

Importante destacar que esta afirmação em tudo se coaduna com a aplicação da teoria do dano direto e imediato, pelo intérprete, nas hipóteses de responsabilidade da Administração Pública, como mencionado, pois é diretriz da caracterização do nexo causal em nosso ordenamento, consagrada no Código Civil, em seu art. 403, já acima tratada.

Diga-se, ainda, que o reconhecimento da relevância causal da omissão, pela adoção de seu conceito normativo, não se confunde com a panresponsabilização^{207 208} do Estado, porque permanece como fundamento da sua responsabilidade a teoria do risco administrativo, e não integral, para os que adotam esta distinção. Aliás, a panresponsabilização, além de não estar conforme a teoria do risco administrativo que adota nosso ordenamento mostra-se como argumento consequencial, que não pode ser considerado, que não de *lege ferenda*.

3.4 A admissibilidade da oposição de excludentes de responsabilidade

A teoria do risco administrativo é pautada na premissa de que a Administração Pública, na figura de representante de seus administrados, deve suportar o ônus da atividade que exerce em proveito da coletividade. Assim, responderá pelos danos causados aos membros da comunidade, em razão do normal ou anormal exercício dessa atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.^{209 210 211 212}

²⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2007, p. 210: “Tem-se, assim, que a tão temida objetivação da responsabilidade civil conduz à expansão do número de demandas acolhidas, mas o custo global do sistema de responsabilidade civil não resta necessariamente mais elevado. Em outras palavras, se, por um lado, a responsabilidade objetiva dá ensejo a um maior número de reparações, em geral, mas mantém em valor indenizatório mais reduzido, porque desvinculado o resultado reparatório de intuítos punitivos ou moralizantes que, tradicionalmente, se vinculam à responsabilidade por culpa.”

²⁰⁸ Ressalta José Joaquim Gomes Canotilho (1974, pp. 309-311) ser necessária a submissão da obrigação de indenizar do Estado a critérios delimitativos suficiente seguros a evitar um excessivo alargamento do circuito da responsabilidade do Estado. Tais critérios auxiliaram no delineamento do nexo causal entre a lesão e a medida soberana que a provocou, capaz de ensejar a responsabilidade civil estatal.

²⁰⁹ A teoria do risco administrativo fora originariamente pensada por Duguit. Entretanto, e em essência, as sub-teorias do risco organizam-se em dois sistemas principais, quais sejam, o sistema desenvolvido por Saleilles-Josserand, conhecido como sistema do risco-proveito, ou o desenvolvido por Ripert, segundo o qual o agente que pratica o ato lesivo só poderá ser considerado responsável se agir de forma contrária às condições normais de seu tempo e de seu meio.

²¹⁰ Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 239) registra que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. Para o doutrinador, o risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais. Entretanto, defende o autor a necessidade de tal distinção para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa.

²¹¹ O professor Caio Mário da Silva Pereira (2006, pp. 561-563) se inclina pela teoria do risco criado, em razão da objetividade da verificação causal que proporciona, eliminando a subjetividade da análise, nos seguintes termos: “Assentando, então, a responsabilidade civil na teoria do risco criado, a mesma idéia de causalidade, que traz um fundamento filosófico, sobrevive. Mas aqui variam os dados do problema. Não é uma relação de causalidade entre o dano e o erro de conduta. Mas não é, também, um vínculo causal entre um fato qualquer e o dano: ou entre um proveito ou vantagem do agente e o prejuízo causado. O que predomina na doutrina do risco criado é a relação causal entre o dano sofrido pela vítima e a atividade desenvolvida pelo agente”.

²¹² Alvinio Lima afirma, citando Andre Besson, como **precedente francês da consagração jurisprudencial da teoria do risco**, que terminou influenciando nosso ordenamento jurídico, o aresto datado de 13.02.1930, da Corte de Cassação de Paris, em que a Corte se utiliza da expressão “presunção de responsabilidade”, em lugar da expressão “presunção de culpa”. Pesaria, sobre o guarda da coisa, verdadeira presunção de responsabilidade, que se afastaria apenas pela prova caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou da vítima, reconhecendo, a Corte, ainda que obliquamente, a responsabilidade objetiva e causal, ao ver daquele autor, fundada na teoria do risco, o que muito se controverteu no direito francês. Como diz Alvinio

Referida teoria surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos perante os encargos públicos, isto é, da repartição dos ônus e encargos sociais entre todos os beneficiados pela atividade da Administração Pública.²¹³

Há de se ressaltar, todavia, que o risco administrativo não torna o Estado responsável pela atividade de terceiros ou da própria vítima, ou mesmo por fenômenos da natureza estranhos à atividade administrativa. Nesse prisma, referida teoria permite ao Estado afastar a sua responsabilidade quando diante das excludentes do nexo de causalidade, como se passará a demonstrar.

A causalidade será, portanto, e acolhida a teoria do dano direto e imediato, acima conceituada, determinada pela proximidade lógica da omissão ao dano, certo que sempre será possível a interrupção do nexo causal²¹⁴, que, na lição de Gisela Sampaio, pressupõe os seguintes elementos: “(i) a existência de um nexo de causalidade, a ser interrompido, entre o 1º fato e o dano; (ii) que o 2º fato seja completamente independente do 1º, **no sentido de que não seja sua consequência necessária**; (iii) que o 2º fato tenha provocado o efeito independentemente do 1º fato, de tal maneira que só a eficácia causal do 2º fato tenha operado o dano”. Explicando o segundo requisito, esclarece a autora que “se não existir qualquer relação entre esses dois fatos, ou se entre o 1º e 2º fato existir apenas relação de mera condicionalidade, pode ocorrer a interrupção do nexo causal. No entanto, se entre o 1º e o 2º fato existir uma relação de necessidade, de tal modo que o 2º fato seja consequência

Lima (1999, p. 126) “chegamos, entretanto, a esta verdade incontestável, encarando não só a jurisprudência, como as legislações modernas: ou a admissibilidade de uma presunção de culpa, sem admitir a prova em contrário, a não ser no caso fortuito ou força maior, ou a consagração da teoria do risco, ambas as doutrinas, porém, se confundem, praticamente, nos seus efeitos.”

²¹³ De mencionar, brevemente, que muitas foram as **críticas** dirigidas à teoria do risco consagrada na Constituição da República, arraigada a idéia de imputação do resultado ao agente que atuou com culpa ou dolo, todas, frise-se, superadas. Assim, afirmou-se que suprimiria o elemento moral da responsabilidade, dificultaria a determinação da verdadeira causa do dano, paralisaria a iniciativa privada, induziria a imprudência, na medida em que geraria enorme securitização dos danos causados, e seria injusta, porque o proveito advindo para o agente será distribuído pela arrecadação de impostos e pagamento de salários. Alvino Lima chegou a responder às críticas dirigidas à teoria do risco, afirmando, respectivamente, que a teoria do risco tem raízes profundas nos mais elevados princípios de justiça e equidade, tais como princípio da solidariedade; não arrefeceria as atividades econômicas, porque nem as anteriores presunções absolutas de culpa o fizeram, entrando, as reparações previstas/previsíveis nos balanços das empresas; é teoria antiga sendo retomada de forma aperfeiçoada; é consequência inafastável do desenvolvimento industrial, da modernidade; que o proveito não se determina concretamente, mas é tido como a finalidade da atividade criadora do risco e, por fim, que muito mais impreciso é o critério da culpa. Ao final, desimportantes as críticas apresentadas, terminou prevalecendo o conceito trazido pela teoria do risco, de atribuição do resultado danoso àquele que conduz a atividade que lhe deu causa, pelo só fato de dali extrair vantagem de natureza pecuniária, ou de pretender fazê-lo.

²¹⁴ Sobre a interrupção do nexo causal, o professor Martinho Garcez Neto (2000, p.203), citando Orgaz, ensina que “Explicitamente, para que se dê a ruptura do processo causal é indispensável a interferência de outro processo independente do primeiro, e que a este elimine, isto é, torna-se necessário que o resultado danoso esteja vinculado ao segundo processo e que este, além de ser real, não possa ser atribuído de algum modo apreciável ao primeiro (primitivo), na medida em que haja atuado como condição provocadora do processo secundário.”

necessária do 1º, não há que se falar em interrupção do nexa causal. O 2º fato, nesta última hipótese, dependeu do 1º, ou seja, o 2º fato não significará uma interrupção do nexa, mas, ao revés, uma fase ou termo do processo causal “1º fato – dano”.^{215 216 217 218}

²¹⁵ Gustavo Tepedino (2001, pp. 191-192) salienta que: “a rigor, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado comporta causas excludentes, que atuam, como acima já aludido, sobre o nexa causal entre o fato danoso (a ação administrativa) e o dano, de tal sorte a mitigar a responsabilização, sem que, para isso, seja preciso violar o texto constitucional e recorrer à responsabilidade aquiliana.”

²¹⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Renovar: 2005.

²¹⁷ Assim, Código Civil 2002: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

²¹⁸ Sobre as excludentes de responsabilidade, segue lição do professor Caio Mário da Silva Pereira:

Fato da vítima: *exclusivo* ou *concorrente*. Embora o Código Civil de 1916 não se lhe refira, a elaboração pretoriana e doutrinária construiu uma hipótese de escusativa de responsabilidade fundada na culpa da vítima para o evento danoso, como em direito romano se dizia: *Quo quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur famnum sentire*. Outrossim, como observa José de Aguiar Dias, a conduta da vítima como fato gerador do dano “elimina a causalidade”. Com efeito, se a vítima contribui com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar estranho a essa circunstância. Da idéia de culpa exclusiva da vítima, chega-se à concorrência de culpa, que se configura quando ela, sem ter sido a causadora única do prejuízo, concorreu para o resultado. De qualquer forma, argumenta-se que a culpa da vítima “exclui ou atenua a responsabilidade, conforme seja exclusiva ou concorrente” (Dias, 2006, nº 221). Consequentemente ao apurar-se a responsabilidade, deve ser levada em consideração a parte com que a vítima contribuiu, e, na liquidação do dano, calcular-se-á proporcionalmente a participação de cada um, reduzindo em conseqüência o valor da indenização. O Projeto de Código de Obrigações de 1965 converteu em preceito esta idéia (art. 880), no que foi seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B, art. 947). Quando se verifica a culpa exclusiva da vítima, *tollitur quaestio*, inócorre indenização. Inócorre igualmente se a concorrência de culpas do agente e da vítima chegam ao ponto de, compensando-se, anularem totalmente a imputabilidade do dano. O que importa, no caso, como observam Alex Weil e François Terré, é apurar se a atitude da vítima teve o efeito de suprimir a responsabilidade do fato pessoal do agente, afastando a sua culpabilidade (*Droit Civil, Les Obligations*, nº 635, p. 647; Melaurie e Aynès, nº 59, p. 57). Na qualificação do resultado danoso, em face da culpa concorrente é que sobrevém a dificuldade, com controvérsia doutrinária. Em verdade, *doctores certant*, e a jurisprudência sofre a correspondente vacilação. (...) A solução ideal, portanto, é especificar matematicamente a contribuição da culpa da vítima para o efeito danoso. Se for possível determinar, na estimativa da situação fática, qual o grau de participação da vítima no resultado danoso, cabe ao juiz estabelecer a proporcionalidade na reparação. Não sendo possível, como na maioria dos casos não o é, calcula-se essa contribuição, e uma vez determinado que para o dano concorreu o fato da vítima, sem quantificar a causa, somente resta a partilha por igual, reduzindo a indenização à metade. Milita, neste rumo, a teoria da equivalência das condições (Capítulo VI), segundo a qual “os antecedentes do dano constituíram o encadeamento indispensável das causas.” (Planiol, Ripert e Esmein, vol. cit., n. 570).

O fato de terceiro na responsabilidade pelo evento culposos “não exclui a situação do risco criado pelo principal agente causador do dano originário, como ainda pelo próprio prejudicado, dando lugar aos danos de maior importância” (Santos Briz, ob. cit., p. 113). Este conceito envolve, portanto, a participação do fato de terceiro no campo da doutrina objetiva.

Fato de terceiro. O fato de terceiro, em termos de responsabilidade, atua de forma diversa e oposta. Pode importar em responsabilidade, como pode implicar excludente desta. Não vai nisto uma *contradictio in adiectio*, porém a apreciação de circunstâncias diferentes, em que ocorre a interferência de pessoa diversa do agente e da vítima. (...) No desenvolvimento do tema, há que estabelecer com precisão dois conceitos fundamentais, quais sejam: (1) quem deve ser considerado *terceiro*, em matéria de responsabilidade civil; (2) qual a natureza e extensão do *comportamento* de terceiro, em relação ao evento danoso. Assentados esses dois pontos, os demais aspectos fluem com relativa facilidade. Na definição de quem é *terceiro* reporto-me inicialmente à *relação negocial*. Nesta, considera-se terceiro quem não é parte no negócio jurídico, mas sofre os seus efeitos ou altera o resultado. Por exemplo, a *coação*, ainda que exercida por terceiro, vicia o ato (Código Civil, art. 101); na *fraude contra credores*, cabe a estes, como terceiros, a ação pauliana. Na relação negocial a atitude do terceiro é *passiva*, quando não participa do ato, ou pode ser *ativa* quando modifica a equação da declaração de vontade. Conceitua-se em termos mais sutis a caracterização do *terceiro como excludente de responsabilidade civil*. Esta se decompõe, nos dois pólos ativo e passivo: as pessoas do agente e da vítima. Considera-se, então, terceiro, *qualquer outra pessoa*, estranha a este binômio, que influi na responsabilidade pelo dano. (...) Ao dizê-lo em termos sintéticos, a conduta do terceiro é *ativa*, porque é o seu comportamento que implica a realização do fato danoso. O segundo aspecto relevante é a *determinação do comportamento do terceiro*, na etiologia da responsabilidade. Em linguagem estrita, ocorre nesse caso a excludente da responsabilidade, quando se pode estabelecer que o terceiro é o causador do dano. (...) a participação do terceiro altera a *relação causal*.

Caso fortuito ou de força maior. A tese central desta escusativa está em que, se a obrigação de ressarcimento não é causada pelo fato do agente mas em decorrência de acontecimento que escapa ao seu poder, por se filiar a um fator estranho, ocorre a isenção da própria obrigação de compor as perdas e danos. Neste sentido é que alguns autores somente consideram como escusativa a força maior externa (Philippe Le Tourneau, Agostinho Alvim). Por tal razão, não se enquadram na força maior os fatos que sejam direta ou indiretamente inerentes a ela, como a ruptura dos freios do veículo, o furo do pneu ou o

Dentre as excludentes de responsabilidade, o fato de terceiro caracteriza-se toda vez que o dano advier de cadeia causal inaugurada por terceiro, que não o agente indigitado ou a vítima, de forma independente da cadeia causal anterior. Há dois entendimentos acerca do assunto, o primeiro propugnando que o fato de terceiro será sempre uma excludente de responsabilidade, o segundo, que dependerá de ser causa totalmente estranha àquela cadeia causal primeira, liderada, esta segunda corrente de pensamento, pelo professor Aguiar Dias.^{219 220}

A esse respeito, advertência relevante, acerca da excludente, é feita pela professora Gisela Sampaio, afirmando que “dependendo dos deveres que lhe foram incumbidos, entretanto, parece correto exigir do agente a prova de tais requisitos. Assim, se o agente sabia que o fato de terceiro estava para ocorrer e, podendo, não o evitou, mesmo tendo o dever de fazê-lo, não se poderá valer da excludente. É que o fato de terceiro, para exonerar o agente, deve revestir o caráter de imprevisibilidade e inevitabilidade não em termos abstratos, mas apreciado em função do dever que incumbe ao agente”.^{221 222}

Não precisa ser culposo o fato de terceiro, porque elemento objetivo, basta que inaugure nova cadeia causal, razão da necessidade de se afirmar como causa estranha àquela posta em movimento pelo alegado agente do dano. Deve ser causa estranha à primeira cadeia causal havida, porque a verificação de sua dependência dessa primeira cadeia certamente

rompimento da barra de direção (Alex Weil e François Terré, *Droit Civil, Les Obligations*, nº 731, p. 740). Invocando a teoria inglesa da *frustration*, Melaurie e Aynés enunciam uma fórmula genérica para definir a força maior como um acontecimento irresistível, imprevisível e exterior (*Droit Civil, Les Obligations*, nº 477), conceito expendido também por Philippe Le Tourneau, (*Responsabilité Civile*, n 383, p. 157). A determinação do fundamento divide os autores em dois grupos, que formam duas escolas de certo modo adversas. De um lado, a *subjetivista* de Goldschmidt, que confunde a força maior com a ausência de culpa. De outro lado a *objetivista* de Exner, que sustenta a exoneração do devedor na hipótese de surgir um evento cuja fatalidade se evidencia, afastando a idéia de responsabilidade (sobre a caracterização da força maior, v. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. O nosso direito consagra em termos gerais a escutiva de responsabilidade quando o dano resulta de caso fortuito ou de força maior. Em pura doutrina, distinguem-se estes eventos, a dizer que o *caso fortuito* é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto, o temporal. Na *força maior* há um elemento humano, a ação das autoridades (*factum principis*), como ainda a revolução, o furto ou roubo, o assalto ou, noutro gênero, a desapropriação (...). Esmein enxerga na *força maior* o caráter invencível do obstáculo e no *caso fortuito* o caráter imprevisível (...). Daí extrai conclusões de ordem prática: na teoria da culpa o caso fortuito exonera o agente, e com maioria de razão a força maior o absolverá. Para os que se atêm à doutrina do risco, o simples caso fortuito não exime o agente. Somente estará liberado este se ocorrer o acontecimento de força maior, ou seja, “o caso fortuito externo”. (Pereira, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 298-303).

²¹⁹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 176.

²²⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 256; 269.

²²¹ Adverte, também, que se for parcial o terceiro, concorrerá na reparação dos danos (CRUZ, 2005, pp. 177-179).

²²² A professora Gisela Sampaio da Cruz (2005, p.184) aponta como defensores do entendimento contrário, dispensando, portanto, as características da imprevisibilidade e inevitabilidade, André Tunc e os irmãos Mazeaud.

levaria à manutenção da responsabilidade do agente daquela primeira cadeia, e excludente não haveria, portanto.²²³

Idêntico entendimento acerca daquelas duas características da excludente é adotado pelo mestre Sérgio Cavalieri Filho, tendo a jurisprudência majoritária se posicionado no sentido de que o fato de terceiro que exclui a responsabilidade do agente é aquele que se reveste das características da imprevisibilidade e inevitabilidade, equiparado à força maior, referindo-se, mesmo, em alguns julgados, à comprovação da falta de conexidade do fato com a atividade em questão, certo que a falta de conexidade, a nosso ver, é elemento que determinará a imprevisibilidade do evento, de toda forma aspecto menor em comparação ao outro, o da inevitabilidade do evento que desencadeou o dano, praticamente equiparados, para ser mais técnica, fato de terceiro e caso fortuito, tanto que a doutrina majoritária liga esta excludente à ação humana imprevisível.²²⁴ A outra ação de terceiro, que se relaciona ao estado de necessidade, não tem a capacidade de excluir a responsabilidade do agente indigitado.^{225 226 227 228 229}

²²³ Tanto para a teoria do risco integral, como para a teoria do risco administrativo, é irrelevante a perquirição da culpa. A culpa, em sede de responsabilidade da Administração Pública, tem relevância apenas na relação que se forma entre o ente da Administração que é instado, pela vítima, à reparação do seu prejuízo, com seu funcionário, para verificação da plausibilidade de eventual direito de regresso. Assim, para ressarcir-se das despesas realizadas para reparação integral da vítima, a Administração depende da configuração do elemento subjetivo do agente que atuara em seu nome, certo que nesta relação jurídica optou, o legislador, pela manutenção da subjetividade da responsabilidade, aparentemente para conciliar a liberdade de atuação de seu agente com o princípio da reparação integral do prejuízo. Neste estudo não será tratada a questão relativa à possibilidade ou obrigatoriedade da denúncia da lide ao agente, por escapar à finalidade do estudo tema tão complexo.

²²⁴ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 199/230, abr/jun 2003, vol. 232, p. 211.

²²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 65: “Em casos tais, o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável. A culpa exclusiva de terceiro foi também incluída pelo Código de Consumidor entre as causas de exclusão de responsabilidade do fornecedor”.

²²⁶ No mesmo sentido, entendimento de Silvio Venosa (2006, p. 54): “no caso concreto, importa verificar se o terceiro foi o causador exclusivo do prejuízo ou se o agente indigitado também concorreu para o dano. Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexos causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexos causal. Cabe ao agente defender-se provando que o fato era inevitável e imprevisível”.

²²⁷ Luiz Roldão de Freitas Gomes (2000, p. 178) salienta que: “Philippe le Tournieu e Loic Cadiet (op. Cit., pag. 309) dissertam que o fato de terceiro é irresistível e imprevisível, absorvendo a integralidade da causalidade aparentando força maior, cujas características revela. Como nesta, se não for exclusivo, o autor do dano está obrigado à reparação, dispondo de direito de regresso contra o terceiro, vindo a ser condenado *in solidum*”.

²²⁸ Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 31) atenta que: “Com relação ao fato de terceiro, como excludente de responsabilidade, também será preciso diferenciar. A ação do terceiro pode ser de dois tipos, isto é, pode equiparar-se ao estado de necessidade ou ao caso fortuito (externo). A jurisprudência dominante entende que o fato de terceiro que exclui a responsabilidade é aquele que nada tem a ver com a coisa, a pessoa ou a atividade, ensejando uma situação semelhante à da força maior. Mas, para configurá-la, tem exigido, ainda, que o fato não guarde conexidade com a atividade. Quando, porém, o fato de terceiro decorre de uma atividade considerada conexa ou quando dá ensejo a uma situação de estado de necessidade, não há exclusão da responsabilidade perante a vítima, embora o responsável tenha ação de regresso da responsabilidade em face do verdadeiro culpado”.

Ainda que se possa reportar alguma resistência legislativa e jurisprudencial ao reconhecimento da excludente de responsabilidade fato de terceiro, é certo que qualquer fato que seja idôneo à interrupção do nexos causal inicialmente estabelecido pelo indigitado ofensor, e deste independente, presta-se à exclusão de sua responsabilidade, porque não é consagrada a responsabilidade da Administração Pública de forma genérica, mas apenas pelos atos a que tenha dado causa, por um seu comportamento comissivo ou omissivo.

Portanto, o reconhecimento da natureza objetiva da responsabilidade do Estado por atos omissivos não significa que Estado responderá, em quaisquer circunstâncias, por danos havidos, mas apenas pelos danos por ele causados, imperiosa detida verificação do nexos causal entre o dano e sua conduta (comissiva ou omissiva). O Estado não responderá quando não for o autor da lesão, ainda que se tenha omitido no cumprimento de determinada obrigação decorrente de norma preceptiva. Devido à especificidade da característica da omissão, nos casos de responsabilidade por atos dessa natureza, a excludente do fato de terceiro deve ser analisada com cautela, dever ser totalmente desvinculada da omissão, inaugurando cadeia causal nova, como, de resto, todas as excludentes de responsabilidade. Deve-se demonstrar, nos casos especiais de conduta omissiva, e para afastamento do dever de ressarcir, pelo Estado, a ausência de dever de agir, que seria verdadeira hipótese de inexistência de omissão, a imprevisibilidade ou inevitabilidade do evento.

Em resumo, não haverá responsabilidade do Estado por atos de terceiros e fatos da natureza, razão da relevância da correta verificação da configuração do nexos causal determinante de sua responsabilidade, porque fora adotada a teoria do risco administrativo, conseqüentemente admitida a oposição das excludentes de responsabilidade do Estado, quais seja, fato de terceiro, fato da vítima, caso fortuito e força maior.²³⁰

²²⁹ Yussef Said Cahali (2007, pp. 49-53), afirma que, em verdade, fato de terceiro, fato da vítima, caso fortuito ou de força maior em sentido estrito são sinônimos de caso fortuito ou de força maior em sentido maior, tomado como verdadeiro sinônimo de fato excludente da causalidade, porque teriam, todas, em comum, as características da imprevisibilidade e da irresistibilidade. Conceitua, o professor, ambas as expressões, sendo a primeira associada a acontecimento que se considera fosse em si mesmo evitável, caso pudesse ter sido previsto, e a segunda, quando ele seria sempre inevitável, mesmo quando pudesse ter sido previsto; opinando por preponderante a primeira destas características.

²³⁰ Em sentido diverso, temendo tão ampla responsabilidade administrativa, afirma Hely Lopes Meirelles (2009, p. 663) que “para indenização destes atos e fatos estranhos e não relacionados com a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano – culpa, essa, que pode ser genérica. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E não exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37 §6º da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos”. Há confusão conceitual na afirmação de Patrícia Cavalcante de Falconeri (2006, p. 3) quando assevera que “[T]ambém entende o referido autor, Celso Antônio Bandeira de Mello, ser um absurdo conferir ao Estado a obrigação de reparar todos os danos causados ao meio ambiente por ‘falta de serviço’, pois sempre haveria a possibilidade de o lesado reclamar da omissão estatal e postular indenizações, mesmo se por culpa de terceiros ou por fatos da natureza”. Aqui também parece que há confusão entre excludentes de responsabilidade e avocação da culpa. Diversamente, para o professor Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 232), a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a

sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. Segundo o doutrinador, o risco administrativo torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da natureza, estranhos a sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. “Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá qualquer lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado”.

4 AFIRMAÇÃO DA NATUREZA OBJETIVA DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A idéia de que não se poderia prescindir da verificação do elemento subjetivo para imputação do resultado danoso ao agente, a idéia, em resumo, da necessidade da configuração do elemento culpa como pressuposto da reparação, é antiga, liga-se à moral, e mesmo à teologia cristã, talvez remonte ao conceito de pecado, certa a sacralização da noção de que não se poderia exigir ressarcimento, ou indenização, daquele que agiu conforme os preceitos legais²³¹. O foco do legislador era o agente causador do dano e não a vítima, em contexto que ignorava a lesão por ela sofrida, como se pudesse deixar que arcasse com as conseqüências danosas injustamente havidas, o que no mais das vezes ocorria, à míngua do reconhecimento de seu direito à reparação por falta daquele elemento objetivo.²³² A idéia, no direito moderno, é repudiada por todos os operadores, tanto que aqueles que ainda atrelam a idéia de responsabilidade objetiva do Estado à noção de culpa, tornam-na presumida, no afã de atender ao princípio da mais ampla reparação da vítima.²³³

Outrossim, imperioso o acatamento da vontade constitucional que tornara objetiva a responsabilidade da Administração Pública, quer tenha sido a lesão causada por comportamento omissivo, quer tenha sido causada por comportamento comissivo. Hoje, diante do cenário constitucional posto, a primazia constitucional é do interesse da vítima,

²³¹ Isto porque, como diz o professor Anderson Schreiber (2008, pp. 743-755), “o pensamento liberal impunha, portanto, que a responsabilidade civil apenas emergisse diante da voluntária (embora não necessariamente intencional) violação a um dever de conduta anteriormente estabelecido”.

²³² Dabin, repetindo as palavras de Lehmkuhl, na lição extraída de Martinho Garcez Neto (GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 87). Ainda, no mesmo livro, a lição de De Page: “A irresponsabilidade é a regra; a responsabilidade é a exceção. Não há responsabilidade se não há culpa, isto é, falta de aptidão, de habilidade, de diligência, de prudência, cujos resultados funestos poderiam ser previstos pelo menos implicitamente”.

²³³ A respeito do equívoco da insistência na utilização do critério da culpa, já advertia, há muito, o professor Caio Mário da Silva Pereira, em seu livro *Instituições de Direito Civil*, vol. I, que “em verdade, a culpa, como fundamento da responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação os danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeita à sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente. O fundamento ético da doutrina está na caracterização da injustiça intrínseca, que encontra os seus extremos definidores em face da diminuição de um patrimônio pelo fato do titular de outro patrimônio. Ante uma perda econômica, pergunta-se qual dos patrimônios deve responder, se o da vítima ou do causador do prejuízo. E, na resposta à indagação, deve o direito inclinar-se em favor daquela, porque dos dois é quem não tem o poder de evitá-lo, enquanto o segundo estava em condições de tirar um proveito, sacar uma utilidade ou auferir um benefício da atividade que originou o prejuízo. O fundamento da teoria é mais humano do que o da culpa, e mais profundamente ligado ao sentimento de solidariedade social. Reparte, com maior dose de equidade, os efeitos dos danos sofridos, atendendo a que a vida em sociedade se tornou cada vez mais complexa, e o progresso material a todo instante aumenta os riscos a que estão sujeitos os indivíduos. No campo objetivo, situa-se a teoria do risco proclamando ser de melhor justiça que todo aquele que disponha de um conforto oferecido pelo progresso ou que realize um empreendimento portador de utilidade ou prazer, deve suportar os riscos a que exponha os outros. Cada um deve sofrer o risco de seus atos, sem cogitação da idéia de culpa, e, portanto, o fundamento da responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco”.

aplicando-se o referido princípio da reparação integral do dano, em homenagem à regra ampla enunciada no art 37 §6º da CRFB, e também aos princípios da solidariedade e dignidade da pessoa humana.²³⁴ A noção de risco, a seu turno, não está de nenhuma forma contaminada pela subjetividade da idéia de imputação do resultado, mas é apresentada como forma de imputação objetiva do resultado ao agente, pelo exercício de determinada atividade, afastando-se da idéia de pena, esta mais adequada à seara da responsabilidade penal.²³⁵

Assim, porque relevante o espancamento definitivo desse elemento subjetivo, deve ser cuidadosamente analisado o contorno atualmente definido para o instituto, análise que iniciamos pela verificação da primeira corrente de pensamento apresentada no capítulo 2, capitaneada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Verificamos que se apóia, o professor, em duas premissas argumentativas, quais sejam, a de que a omissão será sempre condição de determinado resultado lesivo, e nunca sua causa, e a de que a omissão será sempre um ato ilícito, tudo indicando, ao ver desse excelente doutrinador, que a responsabilidade do Estado por atos omissivos será de caráter subjetivo exclusiva e obrigatoriamente.

Com relação à afirmação de que a omissão não poderá ser que não condição da ocorrência de determinado resultado lesivo, entendemos que a distinção entre os conceitos causa e condição não possui suporte científico. O direito é ciência normativa que trata do campo do dever-ser, presta-se à regulamentação de determinados setores da vida do homem, e, como consequência, pode estabelecer que será causa do evento ou condição, faticamente verificada essa distinção – se já fora empiricamente verificável –, é agora ditada pelo legislador.

Assim, depreende-se da leitura do artigo em comento uma indicação expressa de determinação legislativa no sentido de que a causação de determinado dano injusto será suficiente à afirmação da responsabilidade do ente, tornando, a rigor, desimportante aquela distinção. Importa observar a teoria do dano direto e imediato, acolhida em nosso ordenamento como acima mencionado, realiza a intenção constitucional, atribuindo relevância causal ao fato social aproximado, logicamente, do evento que, dessa forma, lhe tenha dado

²³⁴ Sobre a dificuldade de conceituação da idéia de dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p.116): “Cumprе salientar que a dignidade da pessoa humana é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar da possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.(...) Não é, portanto, sem razão, que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.”

²³⁵ Defendendo a idéia, o professor Alvino Lima (1999, p. 116): “A responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa um resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal”.

causa. Não é mais pertinente a distinção entre causa e condição estabelecida pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

O outro ponto em que apóia a fundamentação daquele pensamento refere à confusão entre os conceitos de omissão e ilicitude, tanto que se afirma que o comportamento omissivo será, sempre, comportamento ilícito. A título de exemplo, destacamos trecho da argumentação do mestre Celso Antônio, em que apresenta, como um, os conceitos de omissão e ilicitude: “somente caberá, nesse caso, a responsabilização do Estado quando esteja obrigado a impedir o dano ou quando descumprir dever legal de obstar o evento lesivo (...), pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”.²³⁶

É verdade, como por ele afirmado, que só haverá obrigação de ressarcir do Estado, quando houver dever legal que determine ao ente a obrigação de impedir ou obstar a ocorrência do dano injusto, sem o que não se poderá falar de omissão, porque esta é conceito normativo que pressupõe a existência de norma preceptiva anterior a prática da conduta e a ocorrência da lesão. Entretanto, quando menciona o autor a noção de ilicitude, parece confundi-la com o conceito de culpa, quando este é apenas um de seus elementos, o elemento subjetivo da ilicitude, na verdade elemento mais amplo, a culpabilidade, também composta, a ilicitude, de um aspecto/elemento objetivo, a antijuridicidade. Esta noção objetiva de antijuridicidade, relacionada apenas ao descumprimento de uma norma jurídica, é suficiente ao reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, e torna prescindível a verificação de qualquer elemento subjetivo outro. Então, se pode admitir a correlação entre omissão e antijuridicidade, mas não entre omissão e ilicitude, já se tendo esclarecido, linhas acima, que omissão e negligência são conceitos que não se confundem.

Assim, seja porque fora superada, por força da regra legal do art. 37 §6º da CRFB, a diferença entre causa e condição, seja porque não mais se pode confundir a noção de ilicitude com a de omissão, não colhem os argumentos apresentados por essa primeira corrente de pensamento, perdendo fundamento a restrição da interpretação dada àquela norma, aclarando-se a vontade do legislador de consagração de responsabilidade mais ampla.

²³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1003.

De resto, com a revogação do art. 15 e o advento do art. 43 do Código Civil de 2002,²³⁷ não subsiste base normativa para afirmação da subjetividade da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos.²³⁸ A respeito da norma do art. 43 do Código Civil de 2002, diga-se que é norma especial que trata a responsabilidade civil em comento, que contempla conduta comissiva e omissiva da Administração Pública, não podendo, dessa forma, ser preterida para avocação de norma outra do Código Civil, porque a regra de solução de antinomias de normas é clara: prefere-se a regra específica, quando existente, à geral, exatamente a hipótese apreciada, desde que hierárquica e temporalmente equivalentes, como é o caso, ordinariamente, de normas contidas no mesmo diploma normativo, razão pela qual não se poderia pretender, validamente, avocação da norma do art. 186 do Código Civil.

A segunda corrente de pensamento, liderada pelo professor Sérgio Cavalieri Filho, é corrente que sugere a existência de duas formas de omissões diversas, a depender do caso concreto. Assim, a conduta omissiva do Estado poderia ser genérica ou específica, esta quando se manifestasse, o Estado, em momento anterior ao da ocorrência da lesão, quer pela assunção da guarda da pessoa/coisa, como nos casos das escolas públicas consideradas responsáveis pelos eventos ocorridos a seus alunos, quer por uma sua omissão pontual temporalmente aproximada do evento, normalmente atrelada a falha do serviço/servidor, como o policial que deixa de perceber que determinado motorista, parado em uma blitz, está conduzido embriagado, e este, logo após sair da blitz, dá causa a um acidente de trânsito, para valer-me de exemplo dado pelo próprio doutrinador, e inclusive aqui já mencionado.

A primeira das observações a fazer acerca do entendimento doutrinário referido diz com a aproximação do conceito de omissão específica apresentado pelo doutrinador com a noção de risco anteriormente criado pelo Estado, trazido pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Como acima mencionado, esse doutrinador constrói raciocínio diverso para os casos em que o Estado produz a situação da qual o dano depende ou emerge, apesar de não realizar própria ou pessoalmente a ação danosa. Equipara-os aos casos de danos

²³⁷ Código civil de 1916: “Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

Código Civil de 2002: “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*.”

²³⁸ Com relação à falta de fundamento normativo para a sustentação da subjetividade da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos, assenta Flávio de Araújo Willeman (2005, p. 27) “correta compreensão do conceito de omissão, e da idéia de causalidade omissiva torna impositiva a afirmação da responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos, especialmente porque não fez, o constituinte originário, qualquer restrição a respeito das espécies de atos que podem dar causa à responsabilização do Estado, referindo-se apenas à necessidade de comprovação da causalidade, pela utilização da expressão ‘causarem’”. Posteriormente, o autor se filia à corrente do professor Sérgio Cavalieri Filho, em nota anterior.

produzidos pela própria ação do Estado, aos quais é aplicada a teoria da responsabilidade objetiva.²³⁹ Assim, na verdade, os resultados alcançados por ambas as correntes de pensamento aproximam-se por essa similitude.

Seguindo a análise crítica do argumento, a grande dificuldade trazida pelo pensamento do professor Sérgio Cavalieri Filho relaciona-se à indefinição dos conceitos de omissão genérica e específica, e, a nosso ver, também à grande injustiça que decorre da lógica da classificação. Exemplifico: se há um buraco em uma via pública, a que está obrigado a reparar, o Município do Rio de Janeiro, por força de determinação legal expressa, qual seja, o art. 30, XIX, *a* de sua Lei Orgânica,²⁴⁰ e o ente nada faz a esse respeito, qualquer dano que ocorra na localidade será considerado, para fins dessa classificação, omissão genérica, sem responsabilização do ente público, porque o Município não conhecia a existência do buraco – mesmo quando estava obrigado a conhecê-la – e não fora comprovada qualquer interpelação de cidadão noticiando-lhe da existência do buraco, assumia-se, devolvendo-se, ao munícipe, os ônus da fiscalização da via pública. Por outro lado, se o Município, atuando da forma como está obrigado a fazer, para conserto da via pública, coloca uma placa de sinalização no local, enquanto não realiza obra definitiva de fechamento do buraco e asfaltamento da via, e determinada pessoa cai no buraco sinalizado, sua omissão será considerada específica, e o ente responsabilizado de forma objetiva, nada importando a tomada da providência mencionada. Melhor será, portanto, que não cumpra qualquer parte do mister constitucional a que está obrigado, para que não amplie, dessa forma, sua área de responsabilidade. A análise do caso demonstra colisão frontal com o princípio da solidariedade e com a índole compromissória da Constituição, que não deseja a inércia da Administração, mas sua atuação para realização dos objetivos elencados no art. 3º.

De toda forma, ainda que não se entenda pela injustiça da distinção de omissão genérica e específica, é certa a indefinição dos conceitos, não havendo, no ordenamento jurídico, qualquer norma que ampare tal classificação ou subsidie a distinção, restando, ao julgador, enorme esfera de discricionariedade para definição da responsabilidade do Estado, sem que lhe seja indicado um parâmetro normativo certo para essa delimitação. Na mesma

²³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 1008-1010: São apontados como exemplos: assassinato de presidiário por outro presidiário, os danos nas vizinhanças oriundos de explosão em depósito militar em decorrência de um raio, lesões radioativas oriundas de vazamento em central nuclear ou em depósito de explosivos, etc. Em tais casos o dano liga-se imediatamente a um comportamento positivo do Estado, é dizer, o evento lesivo relaciona-se a antecedentes criados pelo Estado.

²⁴⁰ “Art. 30. Compete ao Município: (...) XIX - executar, diretamente, com recursos próprios, ou em cooperação com o Estado ou a União, obras de: a) abertura, pavimentação e conservação de vias.”

linha de indenização conceitual, quando fala, o professor Sérgio Cavalieri Filho, por exemplo, que o que importa, nas hipóteses em que se avalia a inação do Estado em descumprimento a norma anterior que lhe determinava a realização de certa obra, é verificar se deixou de realizar aquelas que razoavelmente lhe seriam exigíveis, deixa-nos sem elementos para saber a que obras se refere, melhor, quais as obras que podem ser razoavelmente exigidas da Administração Pública, e quais não podem. Não há meios de determinar a esfera de exigibilidade mencionada, assim como não há conceitos anteriores e científicos de omissão genérica e específica, atribuindo, essa doutrina, ampla esfera de discricionariedade ao julgador.

Novamente, ignora-se a decisão tomada pelo constituinte originário, atribuindo-se ao julgador a delimitação da responsabilidade já traçada pelo art 37 §6º da CRFB. Não há lacuna constitucional nessa norma constitucional, tendo a regra previsto solução jurídica para as hipóteses de conduta danosa comissiva e omissiva da Administração Pública.

Portanto, refutados os outros entendimentos da doutrina e jurisprudência acerca da matéria, tanto que inconstitucionais, tomamos lugar junto aos ilustres defensores da terceira corrente de pensamento aqui apresentada, capitaneada pelo professor Gustavo Tepedino, à luz dos elementos jurídicos de que disponho para tal análise, repudiando os argumentos apresentados pelas outras duas correntes, que insistem na afirmação da necessidade de configuração do elemento subjetivo culpa para afirmação da responsabilidade da Administração Pública nos casos de atos omissivos – ao menos, no caso dos atos omissivos genéricos –, como um último reduto da culpa, guardado e defendido por parte relevante de nossos operadores do direito.

Passamos, por conseguinte, a elencar os argumentos que nos obrigam à afirmação da natureza objetiva da responsabilidade do Estado por atos omissivos, são eles: i) interpretação literal e sistemática do art. 37, §6º da CRFB;²⁴¹ ii) afirmação do fundamento axiológico da

²⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. I, pp. 192-194: I - Interpretação literal: “Chama-se interpretação *gramatical ou literal* a que se realiza pela análise filológica do texto, a pesquisa do sentido pela observação da linguagem. O intérprete precisa a significação dos vocábulos, a sua colocação na frase, o uso de partículas e cláusulas, o emprego de expressões sinônimas. E, do estudo gramatical da forma como o legislador se expressou, extrai o pensamento, esclarece o texto, explica a lei, para torná-la aplicável. Já que o comando estatal se revela pela palavra, é do seu emprego, da sua utilização, que o intérprete se vale, num primeiro grau do entendimento hermenêutico, para definir o seu conteúdo. (...) No momento de interpretar a norma, deve-se levar em consideração aquele uso comum. (...)” II – Interpretação sistemática: “Denomina-se *interpretação sistemática* a que leva o investigador ainda mais longe, evidenciando a subordinação da norma a um conjunto de disposições de maior generalização, do qual não pode ou não deve ser dissociada. Aqui, o esforço hermenêutico impõe a fixação de princípios amplos, norteadores do sistema a que o interpretado pertence, e o seu entendimento em função dele. A interpretação sistemática é também um processo lógico, que opera em mais vasto campo de ação. Parte o intérprete do pressuposto de que uma lei não existe isolada, e por isso mesmo não pode ser entendida isoladamente. Na sua boa compreensão devem-se extrair de um complexo legislativo, em cujo ápice está a Constituição da República, as idéias gerais inspiradoras do ordenamento em conjunto, ou de uma província jurídica inteira, e à sua luz pesquisar o conteúdo daquela disposição. Deve o intérprete investigar qual a tendência dominante nas várias normas existentes sobre matérias correlatas e

idéia de responsabilidade; iii) correta noção do conceito normativo de omissão; iv) afirmação da relevância causal da omissão; e v) admissibilidade da oposição de excludentes de responsabilidade, mostrando-se que não se trata de atribuir a condição de segurador universal ao Estado.

O primeiro dos argumentos, a interpretação literal da norma do artigo 37, §6 da CRFB, diz com o conteúdo dessa norma e, na verdade, com o conteúdo da Constituição tomada de forma unitária, tanto que não poderia ser diferente. O conteúdo da norma nos informa que não há lacuna normativa alguma deixada a suprir, pelo intérprete. Ao contrário, o constituinte originário anteviu as duas formas de comportamento antijurídicos da Administração Pública, ação e omissão, pelo descumprimento, respectivamente, de norma anterior, de índole proibitiva ou preceptiva, e fê-los incluir a ambos naquele artigo, o que se infere da expressão “causarem” ali utilizada. Portanto, não há lacuna a suprir, a exclusão dos atos omissivos do âmbito de incidência da norma é comportamento do operador que contraria sua *ratio*. Não é dado ao interprete restringir onde o legislador não restringiu.²⁴²

Assim, deve ser aplicado o dispositivo constitucional, de forma direta, às hipóteses de responsabilidade omissiva da Administração, em reconhecimento de sua efetividade, e também da gravidade da adoção do comportamento restritivo inconstitucional. Não se pode devolver ao julgador a delimitação da responsabilidade já traçada pelo art. 37, §6º da CRFB, porque esta não foi a opção constitucional.

O segundo ponto, a interpretação sistemática do art. 37, §6º da CRFB, é, verdadeiramente, inafastável, porque essa regra de responsabilidade fora posta dentro de determinado contexto normativo, maior, que deve ser considerado. A Constituição privilegiou valores existenciais, na medida em que consagrou a solidariedade social e a justiça distributiva como objetivos do Estado, e a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, em seus artigos 1º e 3º, inciso I. Ainda, fez expandir a responsabilidade do ente público, pela substituição da expressão anteriormente utilizada, “funcionário”, por “agente”, e pela indicação expressa das pessoas jurídicas de direito privado, concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Não se coaduna com essas alterações, e tampouco com a axiologia que se infere da leitura integral da Constituição, uma restrição da responsabilidade

adotá-la como premissa implícita daquela que é objeto de suas perquirições. Num dado momento histórico o legislador abandona a orientação tradicional do sistema jurídico, como, por exemplo, o princípio da autonomia da vontade, e se inclina para a idéia intervencionista na economia contratual, ou pende para a votação de diplomas de natureza protecionista do contratante mais fraco, concretizando esta orientação em várias leis; a interpretação sistemática isola o princípio informativo para aplicá-lo no entendimento de uma lei cujo conteúdo exija fixação.”.

²⁴² Tepedino, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na Atividade Estatal*. In Temas de Direito Civil II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 191.

administrativa pela exclusão dos danos injustos cometidos por atos omissivos, deixando sua vítima indene. Fora mesmo consagrada a responsabilidade do Estado por atos lícitos.

Ressaltamos que a Carta tem viés compromissório, que em tudo identifica com grave responsabilização da inércia da Administração, para coibí-la. Melhor que aja, a Administração Pública, para cumprimento de seu mister constitucional, que se deixe ficar, diante das dificuldades sociais todas, inerte. Significa dizer que, ao final, a tendência compromissória da Carta de 1988 realiza-se pela responsabilização do Estado por sua inércia, quando estava obrigado a comportamento outro, por imperativo de norma preceptiva anterior.

No que toca o fundamento axiológico da regra constitucional, entendo que a restrição da interpretação do art. 37, §6º da CRFB, na forma da afirmação da subjetividade da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos, é comportamento grave, por inconstitucional. Representa não atendimento de diretriz fundante do Estado Democrático de Direito, indicada no art 3º inciso I da Constituição – o princípio da solidariedade. Como referido, em cenário de primazia das normas constitucionais, reconhecidas como hierarquicamente superiores às demais, de que são fundamento de validade, em verdade, o descumprimento de um de seus mandamentos tomado isoladamente já seria comportamento interdito, agravado, na hipótese, porque traz por consequência a não reparação das vítimas nas hipóteses de omissões danosas.

Os princípios da igualdade e da justiça distributiva também devem ser mencionados para esclarecimento dos fundamentos do instituto, como antes afirmado, porque permitiam afirmação da teoria do risco como fundamento da responsabilidade do Estado e conseqüente supressão da necessidade de verificação de elemento subjetivo para caracterização da responsabilidade do Estado, a que se arraiga a doutrina para solução dos danos causados por atos omissivos²⁴³. Terminaram preteridos também esses princípios, que são vetores das ações administrativas, e assim devem ser determinantes de sua atuação.

A conjugação desses artigos permite afirmar que a reparação das vítimas fora tornada primordial; são as vítimas dos danos injustos o foco do legislador, e não mais o agente causador do dano injusto, superado o ideal liberal-individualista. Vigê, com primazia, o princípio da reparação integral do dano, segundo o qual a indenização deve ser a mais completa possível, e ressarcir, integralmente, a parte lesada, repudiado o retrocesso que significa a referência a elemento subjetivo para solução dos danos injustos causados por comportamentos omissivos do Estado.

²⁴³ Op. cit, p.187.

De resto, o conceito de omissão deve ser compreendido como conceito normativo, e não como conceito naturalístico, reconhecendo-se a necessidade de existência de norma preceptiva anterior que determine a realização da ação esperada pelo agente, e apenas nesse caso poderá ser afirmada a configuração da omissão juridicamente relevante. Sem que assim o seja, sem que haja descumprimento de obrigação legal, omissão não haverá, o agente não realizará comportamento antijurídico, e sua conduta deixará de ser valorada pelo Direito, que, ao final, dirá de sua relevância causal em cada um dos casos concretos.

Não há como evitar a vinculação administrativa que decorre da existência de norma anterior preceptiva/imperativa que faz configurar a omissão. A negativa de eficácia àquela norma não parece opção válida, tampouco seu afastamento como diretriz da atuação administrativa, em um Estado Democrático de Direito que consagrou o princípio da legalidade no caput do art 5º da CRFB, e que está adstrito ao cumprimento das leis todas, portanto.

Destarte, as normas constitucionais formam um todo unitário e são todas diretamente aplicáveis às relações jurídicas que normatizam, e mesmo às relações privadas,²⁴⁴ porque reconhecida sua efetividade. A efetividade é um seu atributo,^{245 246} e a vontade do legislador constituinte deve ser observada. Vigindo o princípio da obrigatoriedade das leis, para efetivação da idéia democrática contida na Carta, com mais razão de se considerar obrigatória e cogente uma norma constitucional, porque a Carta é instrumento fundante do Estado Brasileiro e determinante de suas diretrizes mais importantes, e porque notória, neste estágio evolutivo, a impossibilidade de se voltar a considerar, a Constituição, como mera diretriz política desprovida de aplicabilidade.

²⁴⁴ Em fenômeno conhecido como “constitucionalização do direito”. V. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a Construção do novo Modelo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 86.

²⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, *verbis*: “2. Aplicabilidade directa das normas de direitos, liberdades e garantias. A aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfs. Arts. 17º e 18º/1). Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição.”.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 300: “Tradicionalmente, a doutrina analisa os atos jurídicos em geral, e os atos normativos em particular, em três planos distintos: o da existência (ou vigência), o da validade e o da eficácia. As anotações que se seguem têm por objeto um quarto plano, que por longo tempo fora negligenciado: o da efetividade ou eficácia social da norma. A idéia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.”.

Por conseguinte, não há âmbito de descumprimento razoável da norma que se possa admitir, ao contrário do que se tem afirmado em sede jurisprudencial para excusa das omissões administrativas. As omissões, quando configuradas por verificação do descumprimento de obrigação legal válida e anterior, e enquanto formas de conduta idôneas ao desenvolvimento da cadeia causal de que advém dano injusto, devem autorizar a reparação da lesão causada à vítima, da mesma forma como autorizam os comportamentos comissivos.

Para compreensão da afirmação da responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos é relevante destacar que o conceito normativo de omissão deve ser verificado de forma objetiva, e não mais confundido ao conceito de ilicitude. Este compreende, em verdade, dois aspectos, um de natureza objetiva, a antijuridicidade, relacionada, apenas, à violação de uma determinada obrigação legal, e outro, de natureza subjetiva, a culpabilidade, relacionado à possibilidade de o agente, diante das circunstâncias fáticas postas, evitar a ocorrência do resultado lesivo. Este elemento não fora referido na norma do art. 37, §6º da Constituição, e nem em qualquer outra de que se possa inferir regulamentação diversa e especial para as hipóteses de atos omissivos praticados pela Administração Pública. Portanto, não se devem confundir esses dois aspectos do conceito de ilicitude, bastando, ao reconhecimento da configuração da omissão relevante para a causação de determinada lesão, que se tenha descumprido dever legal anterior, proibitivo ou preceptivo, nada importando o aspecto da culpabilidade, a possibilidade de agir de forma diversa, desde que, à evidência, esteja caracterizado o nexo causal. Não importa, frise-se, a razão pela qual se manteve inerte o agente causador do dano injusto. Basta que o tenha feito, quando obrigado a agir de forma positiva, por comando normativo anterior.

Olhada de forma isolada, fora de um contexto de regulamentação, a omissão não se mostra capaz de causar dano, mas, posta em um contexto jurídico em que todo fato social tem relevância jurídica - a omissão é causa da ocorrência de dano, quando dele estiver próxima logicamente, permitindo que se afirme, com grau razoável de certeza, que a atuação desejada da Administração Pública seria idônea a evitar o dano injusto causado. Entender de outra forma é manifestar apego à doutrina da causalidade natural, já superada, e de resultado criticado pela doutrina quando se tratava de hipótese análoga, da teoria da equivalência dos antecedentes.

É inaceitável adotar um conceito puramente naturalístico de causa, baseado no raciocínio de que a omissão nunca pode ser causa exatamente porque é o “não ser”, o nada, seria forma transversa de burla ao mandamento constitucional. O direito é ciência

normativa.²⁴⁷ A omissão é, portanto, inidônea a causar diretamente o dano, e não apenas uma condição de sua ocorrência. A distinção não mais subsiste, a causalidade é ditada pelo ordenamento jurídico, e não mais aferida naturalisticamente. Aplica-se a teoria do dano direto e imediato para delimitação da responsabilidade da Administração Pública, tomando-se por empréstimo a regra contida no art. 403 do Código Civil.

Portanto, com relação à causalidade normativa, o art. 37, §6º da CR fala em causação do resultado, apenas, não apresentando qualquer restrição à idéia de causação por conduta omissiva. Pelo contrário, é prevalente a noção normativa de omissão que autoriza o reconhecimento de sua relevância causal, ainda que esteja inerte o agente que deu causa ao dano injusto. Realizado o juízo causal hipotético mencionado, e pelo qual há presunção normativa de que comportamento comissivo realizado em sentido diverso da omissão que se opera seria idôneo a evitar a ocorrência do resultado antijurídico indesejado, estão dados os meios de afirmar a omissão como causa relevante de determinado dano injusto.

Há de se ressaltar que a teoria do risco administrativo não torna o Estado responsável pela atividade de terceiros ou da própria vítima, ou mesmo por fenômenos da natureza estranhos à atividade administrativa. Nesse prisma, referida teoria permite ao Estado afastar a sua responsabilidade quando diante das excludentes do nexo de causalidade, bastando que se comprove não podia prevê-las ou evitá-las, essa a razão pela qual não se confundem reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos e panresponsabilização do Estado. São, portanto, admitidas as oposições das causas de exclusão de responsabilidade, âmbito em que devem ser resolvidas as questões postas pelos danos injustos causados por atos omissivos.

A doutrina deve atentar que se deve demonstrar, nos casos especiais de conduta omissiva, e para afastamento do dever de ressarcir do Estado, a não idoneidade da ação determinada na norma preceptiva para evitamento do ato danoso, na forma do juízo causal hipotético acima mencionado, hipótese em que não se terá caracterizado o nexo causal pelo reconhecimento da imprevisibilidade ou inevitabilidade do evento que interrompe este nexo.

Explica-se: a não idoneidade da ação determinada na norma para evitamento da criação do dano injusto, de ordinário, ocorrerá toda vez que se interpuser, entre a omissão indesejada pela norma e aquele dano, evento de caráter imprevisível, fato da natureza ou fato

²⁴⁷ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade Sem Culpa e Socialização do Risco*. Bernardo Álvares: Belo Horizonte, 1974. Sobre o aspecto normativo do direito, caracterizador de sua **relevância jurídica**, define o autor Direito como a ciência do julgamento de valor, cujo objeto é assegurar respeito a certos valores; é a ciência do dever-ser e se norteia por princípios de uma lógica bem diversa daquela peculiar ao puro reino do 'ser' onde impera o princípio da causalidade.

de terceiro, na medida em que se admite o acerto do legislador, ou seja, se admite que a previsão legislativa que obriga à realização de determinado comportamento é previsão adequada ao evitamento da causação do dano injusto. Assim, se está previsto que o Estado está obrigado a prestar serviço de segurança através de policiamento ostensivo, dentre outras formas estabelecidas, então tem-se por certo que a realização deste policiamento ostensivo é idônea à tutela da segurança dos cidadãos, e mais escapa ao âmbito deste trabalho. Portanto, quer-se significar que a não idoneidade da ação determinada na norma preceptiva pressuporá, sempre, exame do caso concreto, para verificação da eventual interposição de fato imprevisível entre a não realização desta ação normativamente determinada e o dano injusto.

Como exemplo da interrupção do nexos causal pela superveniência de fato imprevisível, portanto, há que mencionar, primeiro, as hipóteses de fato da natureza imprevisíveis, tais como as enchentes. Como já foi melhor tratado na doutrina pátria, as enchentes, de regra, são demonstração própria do não funcionamento do serviço público de escoamento de águas, idôneas ao reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública, mesmo quando, a rigor da previsão da norma do art. 37, parágrafo 6º da CRFB, não seria necessária a comprovação do mau funcionamento do serviço, ou de seu não funcionamento (referências que eram pertinentes quando ainda adotada a teoria da culpa anônima), mas apenas, que se pudesse afirmar que da inação administrativa adveio dano injusto a qualquer cidadão, deixando-se, à Administração Pública, espaço para comprovação da imprevisibilidade do evento, de sua excepcionalidade, de que não se tinha dado, a chuva que justificou a enchente, dentro dos parâmetros ordinários da ciência, adotados para uma determinada área.²⁴⁸ Esta a idéia de adoção da teoria do risco administrativo, justamente a admissão de oportunidade para comprovação da não configuração do nexos causal em concreto, ou de sua interrupção.

Outra a hipótese quando o fato que realiza a interrupção do nexos causal não é fato natural, mas de terceiro, porque, então, esta interrupção do nexos será causada por ação humana, concorrendo para causação do dano injusto, desta forma, duas condutas - uma de

²⁴⁸ Sobre a ausência de responsabilidade do Estado por fenômenos da natureza imprevisíveis, ver TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na Atividade Estatal*. In Temas de Direito Civil II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 187-192. Segue transcrito trecho da explanação do doutrinador sobre o assunto: “Tome-se, como exemplo, a hipótese em que se configuram danos a particulares decorrentes de enchentes de vias públicas, tragicamente corriqueiras nos centros urbanos brasileiros. Inúmeras vezes, tem-se manifestado o Judiciário no sentido da necessidade de comprovar o mau funcionamento dos serviços públicos de escoamento de águas – limpeza de galerias, contenção de encostas, etc.. – para que se imponha a condenação da municipalidade. Se, ao revés, o operador adotasse a teoria do risco administrativo, nos termos da previsão constitucional, a construção não determinaria uma atribuição ilimitada de responsabilidade a cargo do Poder Público. Caberia ao julgador, no exame do caso concreto, verificar se a enchente, por sua intensidade, caracterizaria força maior, capaz de excluir o nexos causal entre a ação preventiva do município e os eventos danosos.”

caráter omissivo e outra de caráter comissivo. A conduta omissiva da Administração Pública, primeira, concorrendo com a conduta comissiva de um terceiro, àquela sucessiva, para causação do dano injusto, devendo-se investigar a idoneidade deste comportamento comissivo para configuração do nexo causal. Nestes casos, e como já mencionado, o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial é aquele que reclama, deste fato de terceiro, que também seja imprevisível, tal qual o são as excludentes da força maior e do caso fortuito. Se assim é, então a superveniência do fato de terceiro que seja previsível não terá por consequência o afastamento da responsabilidade da Administração Pública, mas o terá apenas a superveniência de fato de terceiro que não se possa prever, como mencionado no item 3.4 acima tratado.

Exemplifico: a hipótese de uma van incendiada por criminosos. A informação, posta isoladamente, não autoriza qualquer conclusão acerca da responsabilidade da Administração Pública, em que pese a notoriedade do dever de prestar segurança a seus cidadãos todos, o que compreende, à evidência, a garantia de fruição pacífica dos bens objeto de seu direito de propriedade, revelando-se a importância determinante do contexto em que está posto determinado fato para verificação da responsabilidade da Administração Pública, a relevância dos aspectos peculiares do caso concreto, a reclamar visão mais detida. Seguindo, portanto, diga-se que, esta van incendiada, o fora de forma isolada ou original, isso é, em local em que intercorrências deste tipo não são freqüentes, neste caso não estará autorizado afirmar-se a configuração da responsabilidade da Administração Pública.

Diversamente, se é conhecida a prática de incêndio de vans adotada como retaliação a incursões policiais, na região de realização dessas incursões, por conhecimento extraído de experiências anteriores, então o incêndio de uma van seguido a uma incursão policial não será fato imprevisível, mas previsível, porque prática contumaz de retaliação do comportamento policial indesejado pelos criminosos, estando, a Administração Pública, obrigada ao recrudescimento da segurança prestada no entorno do local em que é realizada a incursão, pena de ser responsabilizada. Esta a relevância do contexto em que está posta a hipótese de causação do dano injusto.

A violência é questão problemática em nossa sociedade, e é certo que ambas as questões acima mencionadas revestem-se da qualidade de questões extremas, sendo determinante, para delimitação da responsabilidade da Administração Pública em áreas mais cinzentas, ou limítrofes, detida consideração dos elementos do caso concreto.

Por fim, diga-se que referir à ausência do dever de agir anteriormente estabelecido em norma jurídica válida, para exclusão da responsabilidade da Administração Pública, é negar a existência de omissão própria, em hipótese que se afasta da idéia central deste trabalho, e que, portanto, não será analisada. Esse, em síntese, o significado do reconhecimento da relevância causal da omissão.

5 CONCLUSÃO

Pretendeu-se, por meio desse estudo, afirmar a responsabilidade objetiva da Administração Pública por atos omissivos e comissivos, realizando, dessa forma, a vontade do legislador constituinte expressa na norma do artigo 37, §6º da CRFB. A delimitação da responsabilidade do Estado não mais dependerá de verificação da ocorrência de qualquer espécie de culpa, ou de falta do serviço, portanto, mas da caracterização do nexo causal entre o ato e o dano causado à vítima, o que passa, necessariamente, pela detida verificação da previsibilidade e reversibilidade do evento interposto entre a conduta omissiva do ente e o dano, fato de terceiro ou força maior.

Assim, certo que a causação de determinado resultado se pode desenvolver por atos omissivos ou comissivos. Apresenta-se inconstitucional a interpretação restritiva do artigo 37, §6º da CRFB, que termina reduzindo deliberadamente a área de incidência da norma, indo de encontro à intenção ali posta pelo legislador.

Significa dizer, em verdade, que se trata da verificação da atribuição do resultado, o legislador decide a quem será atribuída a consequência danosa do ato praticado, quer seja lícito, quer ilícito. Entende o professor Georges Ripert que a opção legislativa é feita à luz da consideração de quem pode suportar o encargo.²⁴⁹

A decisão da atribuição do dano já fora tomada – decisão do legislador constituinte que deve ser integralmente cumprida. A correta leitura do artigo constitucional, portanto,

²⁴⁹ RIPERT, Georges. (Tradução de J. Cortezão). *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937: (...) o que em realidade pretendem o legislador e o juiz é a deslocação do risco. Trata-se de fazer passar da cabeça da vítima para uma outra cabeça e de escolher aquele que deve considerar-se responsável unicamente por causa da sua aptidão para suportar o encargo. (...) a escolha dum autor responsável não poderia, por certo, ser puramente arbitrária, sem o que a transposição do prejuízo seria julgada absurda ou injusta. Mas, desde que existe acima da vítima ou junto dela algum rico ou poderoso, que esteve por qualquer forma em relação com ela, não hesita em fazer-lhe suportar o risco ocasionado. É uma transposição que, no fim das contas, satisfaz a igualdade, pois que, uma vez mais, se trata de fazer suportar um encargo ao mais poderoso. A obrigação da reparação torna-se então a contra-partida da autoridade, da guarda, do uso, do poderio, isto é, da posse dos bens materiais. Por isso, a reparação é ainda uma obra de nivelamento. Em complemento, tem-se como enriquecedor o raciocínio construído pelo doutrinador, na referida obra, a seguir transcrito: “(...) é justo que as vítimas sejam designadas pela fatalidade? Um direito individualista admitiu-o sem dificuldade, estabelecendo o princípio de que o caso fortuito não poderia fundar nenhum recurso; se um bem é destruído, tanto pior para o proprietário: *res perit domino*; se uma pessoa é ferida, tanto pior para a vítima ou para a família que deixa; ninguém é senhor da vida nem da morte. A sensibilidade democrática comove-se com esta injustiça nova que a civilização material ajunta a tantas outras, criadas pela desigual repartição dos bens. Esta é justamente uma daquelas que deriva dessa repartição: os que possuem bens materiais criam, pela exploração respectiva, novos riscos; os que estão privados de riquezas sofrem as consequências desta exploração intensiva. Há uma classe social de autores dos prejuízos e uma outra das vítimas”. A questão revela-se mais gravosa quando posta em face do Estado. Adiante, sustenta o autor que: “[A] democracia não pode admitir uma organização econômica que separa na exploração os benefícios e os riscos. Repudia a regra do Código Civil que funda a responsabilidade na falta cometida; pede que não se trate mas de responsabilidade, mas de reparação. Se não encontra um indivíduo a quem possa fazer suportar os riscos, chega a pedir que a coletividade os tome a seu cargo. (...) apresentou-se como uma conquista do espírito moderno esta substituição da idéia de culpa pela do risco. O espírito científico que estuda a causalidade dos acontecimentos deve substituir ao espírito teológico que se ocupa da moralidade das ações. O reconhecimento duma solidariedade social entre os homens deve levar o legislador a determinar a repartição dos riscos. A maior parte dos autores, empolgados pela idéia de fazer progredir o direito civil, citam entre os resultados a atingir, a substituição da falta pelo risco”.

realiza também o princípio da solidariedade social, que implica preponderância do interesse da reparação da vítima lesada sobre o interesse do agente que realiza, comissiva ou omissivamente, o ato lesivo. Quer-se, principalmente, o restabelecimento do equilíbrio econômico rompido pela ocorrência desse, como mencionado.

Como ensina o professor Garcez, “quem cria um risco deve sofrer as conseqüências, se o risco chega a realizar-se; quem com a sua atividade, embora lícita, provoca dano, deve repará-lo, ainda que não haja dolo ou culpa de sua parte”. Disserta, ainda, o doutrinador, sobre o privilégio legal concedido à vítima, à luz do princípio da solidariedade, de todo merecido, pois que esta, além de ser a parte que possui menos recursos, nada fez para causar o prejuízo.²⁵⁰

A conclusão traz simplicidade ao processo indenizatório em que se quer reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública, e atende a vontade constitucional de reparação de todos os danos causados pelo Estado, qualquer que tenha sido a espécie de conduta por ele adotado que lhe tenha dado causa. A lição é extraída de texto do professor Gustavo Tepedino, de que se lê: “Ao invés de perquirir a falta do serviço, nem sempre de fácil constatação pericial, sobretudo após a verificação da calamidade, é de se examinar se o evento é previsível e resistível, cingindo-se a investigação aos pressupostos da responsabilidade objetiva”.^{251 252}

O argumento da panresponsabilização da Administração Pública, além de não estar conforme a teoria do risco administrativo que adota o legislador constituinte, como esclarecido, mostra-se como argumento conseqüencial, que não pode ser considerado, que não de *lege ferenda*. A afirmação advém de má compreensão do instituto da responsabilidade objetiva, que não torna prescindível a comprovação de nexo causal²⁵³ entre a conduta do agente, seja omissiva ou comissiva, e o dano sofrido pela vítima. Portanto, a solução

²⁵⁰ GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Sintetiza, ainda, o autor: “Ademais, entre a vítima e o autor do dano, a primeira não obtém, em geral, benefício algum com o fato ou a atividade que originou o dano. Seu autor, ao contrário, esperava obtê-lo e é justo que, em reciprocidade, repare o dano. Quem, para realizar um lucro ou obter satisfação, cria um risco; quem põe em movimento as forças suscetíveis de acarretar prejuízos, deve sofrer as conseqüências desses atos, da mesma maneira que se aproveita dos benefícios, dos lucros ou da satisfação que eles proporcionam. Quem tem os cômodos deve suportar os incômodos, como já dizia um rifão popular.”

²⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na Atividade Estatal*. In Temas de Direito Civil II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 187/193.

²⁵² Veja-se nota de rodapé número 235.

²⁵³ Equívoco na premissa: Hely Lopes Meirelles assim conclui “por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002).

procurada pela doutrina para o afastamento da mencionada panresponsabilização é de ser encontrada pela verificação do nexo de causalidade, e não pelo estabelecimento de restrição que não encontra fundamento na norma aplicável, mas apenas em atávica manutenção do conceito de culpa.

A propósito, diga-se que a tomada das providências “possíveis e necessárias” para evitar-se o resultado danoso injusto e indesejado, provocada pelo atendimento da vontade constitucional manifestada no art 37, §6º da CRFB, na expressão do professor Marcelo Calixto, é medida que atende os valores consagrados na Constituição e que se realiza, também, pela censura manifestada à omissão inconstitucional da Administração Pública, e reconhecimento de sua responsabilidade pelos atos omissivos danosos, tudo a realizar o projeto sonhado pelo legislador constituinte.²⁵⁴

Como ensina Patrícia Ribeiro Serra Vieira, “alguns doutrinadores apostam no Estado, como ente hábil e fundamental para provocar um sistema de prevenção de danos, visto que o direito de danos deve objetivar a reparação integral da vítima, sendo, por um lado, meio de regulação social, para prevenir a incidência de comportamentos anti-sociais e garantir a integridade dos indivíduos e, por outro, mediante a noção de socialização dos riscos, forma de ampliação do rol de danos passíveis de restituição.”²⁵⁵

²⁵⁴ RIPERT, Georges. (Tradução de J. Cortezão). *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937: “parece mais simples por a reparação do risco a cargo do Estado antes pelo princípio da responsabilidade do que pela idéia de seguro”.

²⁵⁵ VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 167.

REFERÊNCIAS

- ABIB, Guadalupe Maria Jungers. *Responsabilidade patrimonial do estado por danos causados a terceiros*. Boletim de Direito Administrativo, n.4, p.259-261, 1997, vol.13.
- ABREU E SILVA, Roberto de. *A falta contra a legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. Atlas, 2007.
- ALLARA, M. *L'eccesso di norme nel diritto vigente*. In Rev. trim., 1959.
- ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Terza edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1955.
- AKEHURST, Michael. *State responsibility for the wrongful acts of rebels an aspect of the southern rhodesian problem*. British Year Book of International Law, 1968/1969, vol. 43.
- ARSANJANI, Mahnoush H. *Recent Developments in State Responsibility: Codification of the Law of State Responsibility*. 83 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 225 (1989).
- AVELINO, Pedro Buck. *Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.º 53, out/dez, São Paulo: RT, 2005, pp. 227-269.
- BADÚ, Geraldo Peltier. *Responsabilidade civil das empresas estatais e de seus dirigentes*. Revista de Direito Civil, vol. 11.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, vol. II.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *Perspectivas do Direito Civil Brasileiro para o próximo século*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, n. 6-7. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAZHUNI, Marco Antonio. *Da responsabilidade civil do estado em decorrência de sua atividade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 out 1988* (atualizada até a Emenda Constitucional n. 62, de 2009). Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Código Civil*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. *Código Penal*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez 1940.

BENOIT, Francis Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris, Dalloz, 1968.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1955-1957.

BOLLMANN, Vilian. *Aspectos da solidariedade como princípio fundamental da seguridade social*. Fórum Administrativo: Direito Público. Belo Horizonte, n. 73, pp. 51-56, mar 2007.

BONVICINI, Eugenio. *Il danno a persona: Il danno risarcibile e il suo accertamento*. Giuffrè, 1958.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BUCCI, Mario Cesar (coord). *Estudos de responsabilidade civil: doutrina, jurisprudencia e pratica*. São Paulo: Icone, 2003.

BULLRICH, Rodolfo. *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: J. Menendez, 1920.

CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. 70 *Yale Law Journal* 157-198.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

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

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Vol. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COCHIA, Juan J. Las omisiones del Estado generan responsabilidad. *Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste – Comunicaciones Científicas y Tecnológicas*, 2004.

CODERCH, Pablo Salvador. *Causalidad y responsabilidad*. InDret - Revista para el análisis del derecho, n. 01/00.

_____. *El círculo de responsables: La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva*. InDret - Revista para el análisis del derecho, n. 309. Barcelona, out 2005.

COHEN, Déborah. *Los límites de la responsabilidad del Estado por omisión: el caso de la ciudad autónoma de Buenos Aires*. In: A & C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n.30, out-dez 2007, v.7.

CORREIA, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador*. Coimbra editora, 1998.

COSTA JR., Paulo José da. *Nexo Causal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. *A responsabilidade extracontratual do Estado*. RDA 202.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Renovar: 2005.

CUPIS, Adriano de. *Il danno. Teoria Generale della responsabilità civile*. 1. ed. Giuffrè, 1966, vol. I.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Responsabilidade civil do Estado: princípios gerais*. Revista de Direito Civil 78.

DALLARI, Adilson Abreu. *Privatização, eficiência e responsabilidade*. In MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.) Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo (obra em homenagem a Eduardo García de Enterría). Renovar, 2003.

DEBBASCH, Charles. *Droit Administratif*. Paris: Éditions Cujas, 1968.

DERMIZAKY PEREDO, Pablo. *La Protección jurídica del ciudadano. La defensa del administrado en el derecho constitucional y administrativo*. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, 1999, vol.3.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DÍEZ, José Antonio y MOULINES, Carlos Ulises, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*. Barcelona: Ariel, 1997.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Estudos de direito público privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

DUGUIT, Leon. *Traite de Droit Constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1930.

ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Decima Edición. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

ESPANHA. La Constitución Española (1972). Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.tp.html>. Acesso em 01 out.

ESPANHA. Ley 30, de 26 de noviembre de 1992. Dispõe sobre *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.html>. Acesso em 01 out 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FALCONERI, Patricia Cavalcante. *A responsabilidade civil do Estado por omissão nos casos de dano ambiental*. ADV: Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas, São Paulo, n.10, out 2006.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo Didático*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Gestores públicos e responsabilidade civil da administração pública*. São Paulo: NDJ, 2005. In: Boletim de direito administrativo, n.12, p.1329-1338, dez 2005, v.21.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FLOUR, Yvonne. *Faute et Responsabilité Civile: Déclin ou Renaissance?* Droits. Revue Française de Théorie Juridique, n.5, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Crimes omissivos no direito brasileiro*. In Revista de Direito Penal e Criminologia, nº 33. Rio de Janeiro: Forense, jan-jun 1982.

FREITAS, Juarez (org). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 199/230, abr/jun 2003, vol. 232.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. São Paulo: Forum, 2007.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAROUPA, Nuno. Et al. *El círculo de responsables – la evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva*. Revista para el análisis del derecho, n. 309. Barcelona, octubre 2005. In: www.indret.com.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIORDANNI, M. *Il diritto privato e i suoi attuali confini*. In Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.

GLANNON, Joséph W. *The Law of Torts: examples & explanations*. 3th. ed. New York: Aspen publishers, 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Renovar: 2000.

GOMES, Orlando. Tendências modernas da responsabilidade civil. In Estudos em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Culpa x Risco*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, vol. LXXXII, set 1940.

GOMES, Rogério Zuel. *Responsabilidade civil do estado e a denúncia da lide ao funcionário público*. São Paulo: Revista dos tribunais, n.839, p.110-125, set 2005, vol. 94.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 14.

HACKWORTH, Green H. *Responsibility of States for Damages Caused in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*. 24 Am. J. Int'l L. 500 (1930).

IAMICELI, P. e CAFAGGI, F. *La colpa*. In: CENDON, Paolo (coord). *La responsabilità Civile – Responsabilità Extracontrattuale*. Torino: UTET, vol. IX, 1998.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. In: Revista Forense. Vol. 86, abr 1941.

JUCOVSKY, Vera Lucia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do estado por danos ambientais: Brasil - Portugal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

LAUBADÈRE, André de. *Traite de droit administratif*. 6. ed. Entièrement refondue. Paris: Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1973.

LAURO, Antonino Procida Mirabelli di. *La riparazione dei danni alla persona*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, n° 63, 1993.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 443.

Id. *Nova dimensão do direito administrativo: repertórios de estudos doutrinários e jurisprudenciais*. 1. ed. São Paulo: NDJ, 1997.

Id. *Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos dos seus agentes*. Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vol.23, n.117, p.8-26, mar-abr 1989.

LEVY, Denis. *La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public*. Revue Generale de Droit International Public, vol. 65 n. 1/4, jan-dec 1961.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Luciane Cristine. *A responsabilidade civil do Estado em face da omissão inconstitucional*. Revista IOB de direito administrativo, n.31, jul 2008, v.3.

LYRA, Afrânio. *Responsabilidade civil*. Bahia: Vellenich, 1977.

MAZEAUD, Henry y León. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1977.

MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Vol. IV. Paris, 1906.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. _____. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEGALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MICHOUD, L. *De La responsabilite de l'etat a raison des fautes de ses agents. Revue Du Droit Public Et de La Science Politique*. En : France Et a L'etranger, n. 3, jan-juin 1895, vol. 2.

MIGUEL, Alexandre. *A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações*. In: Revista dos Tribunais, vol. 809, mar 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas da responsabilidade civil do Estado*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: PADMA, jul/set 2002, vol. 11.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh Coelho. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista Estado, Direito e Sociedade, 1991, vol. 1.

_____. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O Princípio da Solidariedade*. In: PEIXINHO, Manuel; et al (org). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 95, dez 2006, vol. 854.

MOREAU, Jacques. *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

MOUTINHO, Maria Carla de Góes. *O nexo causal na responsabilidade civil do Estado por omissão*. Revista da Esmape, v.11, n.24, p.263-276, jul-dez 2006.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

NASCIMENTO, Tupinamba Miguel Castro do. *Responsabilidade civil do estado*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Apontamentos sobre o princípio da solidariedade nos sistema do direito privado*. Revista de Direito Privado, São Paulo, nº17, ano 5, jan-mar 2004.

NETO, Diogo de Figueirido Moreira. *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direto Adminsitrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETTO, Felipe P. Braga. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Responsabilidade patrimonial do Estado*. São Paulo: Edipro, 1995.

PACHECO, José da Silva. *A nova Constituição e o problema da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público*. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 635, set 1988.

PELLET, Alain. *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite suite-et fin?* Annuaire Français de Droit International, n.48, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. Teoria Geral de Direito Civil. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. I.

_____. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. III.

_____. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Edição Brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Renovar, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. (tradução de Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*. In: Rassegna di diritto civile nº 4, 2004.

PERRINO, Pablo Estaban. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por actividad ilícita*. Revista Española Documentación Administrativa n. 267/270, mayo-diciembre 2004, pp. 277-295.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Serviços públicos e código de defesa do consumidor*. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

PICOT, Robert. *De la responsabilité de l'état: du fait de ses préposés*. Paris: A. Rousseau, 1900.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão: na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Olavo Bilac. *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2008, vol. 1.

RASSAT, Michele-Laure. *La responsabilité civile*. Paris: Universitaires de France, 1973.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIPERT, Georges. (Tradução de J. Cortezão). *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.

RIVASSEAU, François. *La responsabilité administrative a malte un carrefour d'influences*. *Revue internationale de droit comparé*, vol.34, n.2, avr-juin, 1982.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1965.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODIÈRE, Renè. *La responsabilité Civile*. Paris : Rousseau, 1952.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. IV.

RODOTÀ, Stefano. *Il Problema della Responsabilità Civile*. Milano, A. Giuffrè, 1967.

ROMANO, Santi. *Scritti minori. Raccolti e pubblicati a cura di g. Zanobini*. Milano: A. Giuffrè, 1950.

SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do estado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SALOMÃO, Diana Silva. Gandine, João Donizeti. *Responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. *Cadernos Jurídicos* 16.

SALVADOR, Pablo. *Causalidad y responsabilidad*. In: *Revista para el análisis del derecho*, n. 01/00. In: www.indret.com.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Da responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SAVATIER, Rene. *Traite de la reponsabilite civile en droit francais civil administratif, professionnel, proccedural*. Deuxième Edition. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHNEYER, Theodore J. *Administrative responsibility in swedish public enterprise the problem of complex goals*. Scandinavian Studies In Law, vol. 14, 1970.

SCHREIBER, Anderson. *A Responsabilidade Civil como Política Pública*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 1, pp. 743-755.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

_____. *Novas Tendências Da Responsabilidade Civil Brasileira*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 22, abr-jun 2005.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOARES, Orlando Estevão da Costa. *Responsabilidade civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado: movimentos multitudinários: saques, depredações, fato de guerra, revoluções, ato terroristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TÁCITO, Caio. *Tendências Atuais Sobre a Responsabilidade Civil do Estado*. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 55, jan-mar 1959.

TAKOI, Sergio Massaru. *Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, nº 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na Atividade Estatal*. In _____. Temas de Direito Civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. _____. 2006.

_____. _____. 2008.

_____. *Notas sobre o nexo de causalidade*. In _____. Temas de Direito Civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In _____. Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Pelo Princípio de Isonomia Substancial na Nova Constituição* – notas sobre a função promocional do Direito. In *Atualidades Forenses*, nº112, ano 11, 1987, pp. 30-35.

_____ e BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Et al. *Código Civil Interpretado conforme à Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOLOMEI, Carlos Young. *A noção do ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORREGROSSA, Giovanni. *Il Problema della Responsabilità da Atto Lecito*. Milano: UTET, vol. VI, 1968.

THEODORO Junior, Humberto. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE, 1989.

TRIMARCHI, Pietro. *Illecito (Diritto Privato)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XX, 1970.

TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. Leme: LED, 1996.

TUNC, Andre. *La Responsabilité Civile*. Paris: Économica, 1990.

VALVERDE, Iracema Almeida. *Responsabilidade civil do poder público*. 2. ed. São Paulo: Esplanada, 2001.

VAN PARIJS, Phillipe. *Sauver la Solidarité*. Paris : Les Édotopms du Cerf, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, vol. IV.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Id (coord). *Responsabilidade civil empresarial e da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VISINTINI, Giovanna. *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Giuffrè, 1996.

VITTA, Heraldo Garcia. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANITELLI, Leandro Martins. *Responsabilidade civil objetiva no Brasil: uma crítica às explicações habituais*. In Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, vol. 20, out-dez 2004.

WALD, Arnold. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. Paris: Sirey, 1963.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.