
**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: BREVE PANORAMA
EVOLUTIVO DO DIREITO BRASILEIRO*****CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE: BRIEF OVERVIEW OF
BRAZILIAN LAW*****CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS**

Doutorado (2010) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre (2006) e pós-graduada em Direito pela Escola Paulista da Magistratura (2004). Avaliadora do MEC-INEP de Instituições de Ensino Superior no Brasil, Professora Efetiva Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal de Sergipe, Professora do Núcleo de Pós-Graduação Stricto-Sensu da Universidade Federal de Sergipe, Professora de Direito da Graduação e Pós-Graduação da Fanese, Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Fanese. Membro do Núcleo Docente Estruturante e do Colegiado do Curso de Direito da Fanese, Vice-Presidente do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Bacharelado em Direito da UFS, Diretora e Editora Chefe da Revista Eletrônica do Instituto Sergipano de Direito do Estado - ISSN - 2176-9818. (www.reidese.com.br) e Advogada - Escritório Laura Figueiredo Advogados e Consultores.

ANA TERRA TELES DE CARVALHO

Advogada, funcionária pública federal, especialista em Direito de Família e Sucessões, pós-graduanda em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Universidade Estácio de Sá e mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe- UFS. E-mail: anaterateles@gmail.com

RESUMO

No último século, a responsabilidade civil, antes fundada na culpa do agente, foi paulatinamente se reestruturando desde seus pressupostos até seu alcance. No Brasil, após a Constituição de 1988, todo o ordenamento foi reestruturado e reinterpretado através de seus princípios. Um dos ramos do Direito Civil mais modificado com a absorção dos princípios constitucionais foi o da responsabilidade civil que substituiu a aferição da culpa pela teoria do risco como regra. Nesse diapasão, o Estado também passou a responder pelos atos dos seus agentes, independente da culpa destes e suas ações devem estar sempre lastreadas pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dispostos no artigo 37, caput, da Constituição Federal. Ante o exposto, faz-se necessária uma nova postura dos gestores, dos agentes e dos cidadãos. Este artigo visa apresentar uma visão geral da evolução da Responsabilidade Civil do Estado, diante dos anseios sociais e das necessidades advindas com a contemporaneidade, bem como seus pressupostos e excludentes.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Administração Pública; Teoria do Risco.

ABSTRACT

For the last century, civil responsibility, which before used to be based on the agent's guilt, little by little has been reorganizing since its premises to its reach. In Brazil, after the 1988's Constitution, all legal order was reorganized and given new interpretation through its principles. A section of Civil Law that was greatly changed with the vision through constitutional principles was the one of civil responsibility, which changed the measurement of the guilt for the risk theory as a rule. Therefore, the government now also answers for its agent's acts, no matter if they are guilty, and theirs actions must always be based on the principles of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency, as stated in the article 37, caput, of Federal Constitution. That being said, it's necessary a new behavior from the governors, from the agents, as well as from the citizens. This text intends to show an overview about

the evolution of the Government's Civil Responsibility, before social expectations and needs that come with modern times, its premises and exclusiveness.

KEYWORDS: Civil Responsibility; Government; Risk Theory.

INTRODUÇÃO

Nos primórdios da humanidade, a responsabilidade civil resumia-se à vingança privada, a qual poderia ser coletiva ou individual. A Lei de Talião institucionalizou o revide ao estabelecer o famoso “olho por olho e dente por dente”. Cabia ao poder público apenas constatar que a vítima possuía direito a retaliação e balizar como e quando isto ocorreria. (GONÇALVES, 2012, p. 25-26).

É incontroverso que a responsabilidade, numa fase inicial das comunidades, não passava de um direito à vingança. A pessoa que sofria um mal podia, pelo próprio arbítrio, ir à desforra, ou buscar fazer justiça pelas próprias forças, o que não era reprimido pelo poder estatal que então existia. (RIZZARDO, 2013, p. 28-29).

Posteriormente, tem-se a ideia de composição para reparação do dano, substituindo a vindita por vantagens e conveniências. Com a consolidação de uma autoridade soberana, a vingança privada passou a ser proibida, sendo obrigatória a composição econômica. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas. Somente em Roma, com a Lex Aquília, o Estado assume a responsabilidade de punir. (GONÇALVES, 2012, p. 26).

Mas afinal, o que é responsabilidade? Etimologicamente, exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação e, juridicamente, “designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico.” Trata-se, portanto, de “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

Nas palavras de Serpa Lopes (1996, p. 145):

A violação de um direito gera responsabilidade em relação ao que a perpetrar. Todo ato executado ou omitido em desobediência a uma norma jurídica, contendo um preceito de proibição ou de ordem, representa uma injúria privada ou uma injúria pública, conforme a natureza dos interesses afetados, se individuais ou coletivos.

Desta forma, a depender da obrigação originária violada, a responsabilidade pode ser civil, penal, contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva ou relacionada a relações de consumo. “A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no status quo ante. Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13).

Durante séculos, o Estado atuou apenas como feitor da responsabilidade civil, estando isento de suas consequências, ora por não vislumbrar a possibilidade de atuar ao mesmo tempo como aplicador da punição e como punido, ora por considerar que as atitudes do soberano são infalíveis.

A responsabilização da Administração Pública só veio ocorrer com o advento do Estado de Direito, sendo, inicialmente, lastreada na culpa do agente público. Paulatinamente, a necessidade de comprovação da culpa foi substituída pela responsabilidade objetiva. “O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 16.).

Conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estatal é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a coletividade ao direito dos atos estatais: a indenização por sacrifícios autoritariamente impostos

cumpra uma função ineliminável do Estado de Direito Material – a realização da justiça material. (CANOTILHO, 1974, p. 13).

Conforme os ensinamentos de Odete Medauar (1999, p. 26), “somente sob inspiração da ideia de Estado de direito seria possível fixar preceitos que protegem direitos dos indivíduos, perante a Administração, limitando o poder das autoridades.”.

Embora criticada por alguns doutrinadores, a expressão responsabilidade da Administração Pública é amplamente utilizada para indicar a responsabilidade da Administração Direta e Indireta no Brasil. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 238 - 239).

Este artigo visa apresentar uma visão geral da evolução da Responsabilidade Civil do Estado, diante dos anseios sociais e das necessidades advindas com a contemporaneidade, bem como seus pressupostos e excludentes.

2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

Há ilícito penal quando o agente descumpra uma regra de Direito Público, da mesma forma que há ilícito civil quando uma regra de Direito Privado é violada. Para Cavalieri Filho (2010, p. 14), “a separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço.”. Ademais, a mesma conduta pode infringir, ao mesmo tempo, as leis cíveis e penais.

Por mais que buscassem, os autores não encontraram uma diferença substancial entre o ato ilícito civil e o penal. Ambos, como já foi dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Beling já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito civil é um *minus* ou *residuum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 14).

Conforme o disposto no artigo 935 do Código Civil, “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do

fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”. (BRASIL, 2002).

Em três hipóteses o réu absolvido na esfera penal poderá ser condenado no cível a ressarcir o prejuízo causado à vítima: quando a absolvição criminal se dá por falta ou insuficiência de provas; quando a sentença penal reconhecer não constituir o fato infração penal; quando a absolvição se fundamentar em inexistência da culpa do réu. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 320):

Conforme o fundamento da absolvição, a sentença criminal produzirá ou não efeitos de coisa julgada no cível, isto é, fechará ou não as portas do cível para o pedido de ressarcimento do dano. Toda vez que ela se basear em “falta de prova” (incisos II, V e VII), nenhum efeito produzirá no juízo cível. Porque a vítima poderá produzir, no cível, as provas que faltaram ao processo-crime.

Também nenhum efeito produzirá no juízo cível a sentença absolutória criminal que reconhecer “não constituir o fato infração penal” (inciso III), porque, embora não constitua ilícito penal, o fato poderá constituir ilícito civil.

Igualmente, não produzirá efeitos no juízo cível, deixando abertas as portas deste à vítima, a sentença criminal absolutória que se fundar em “inexistência de culpa” do réu, porque o juízo criminal é mais exigente em matéria de aferição da culpa para a condenação, enquanto no juízo cível a mais leve culpa obriga o agente a indenizar. (GONÇALVES, 2012, p. 320).

Para Tartuce (2012, p. 583), há uma contramão principiológica ou de ideais, posto que o sistema penal consagrou a ideia de reparação mínima, enquanto o sistema civil estabelece a reparação máxima integral no artigo 944 do Código Civil.

Há de se observar que o dever jurídico existente entre as partes pode decorrer da vontade dessas ou da lei. Segundo os ensinamentos do douto civilista Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 15), se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, mas se este dever surge da lesão a um direito subjetivo, inexistindo relação jurídica prévia, tem-se a responsabilidade extracontratual.

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. (GONÇALVES, 2012, p. 43-44).

Gonçalves (2012, p. 46-47) preleciona que para a teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. “Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjéitiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.”.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescindir da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (GONÇALVES, 2012, p. 47).

Sobre o tema, Nader (2013, p. 34) aduz:

A teoria do risco favorece o equilíbrio social, a equidade nas relações. Não visa a excluir a culpa como critério básico de responsabilidade civil; cumpre uma função de justiça para a qual a teoria subjéitiva se mostra impotente. Na ordem jurídica, a teoria subjéitiva e a objetiva se complementam, favorecendo a distribuição da justiça nas relações sociais.

Ante o exposto, a teoria do risco surge quando a teoria subjéitiva deixa de ser suficiente para abarcar todas as situações de responsabilidade civil, bem como quando a prova da culpa se torna muito penosa para a vítima.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, surge uma nova modalidade de responsabilidade civil: a responsabilidade nas relações de consumo, a qual é objetiva e se fundamenta no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços que lança no mercado de consumo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 17).

As excludentes de responsabilidade civil consumerista são próprias, estando dispostas nos artigos 12 e 14 do referido diploma. Ademais, o § 4º do artigo 14 estabelece que “a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa”. (BRASIL, 1990).

3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Da leitura do artigo 186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, pode-se identificar os três principais elementos da responsabilidade civil como um todo, quais sejam: conduta culposa, nexos causal e dano.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 24), “entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.”.

O ato ilícito pode ser praticado mediante ação ou omissão do responsável pela reparação. Em outras palavras, o ilícito pressupõe uma conduta do agente, violadora da lei ou ato negocial e causadora de lesão ao direito alheio. (NADER, 2013, p. 65).

A forma mais comum de exteriorização da conduta é a ação. Há de se observar que, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que podem lesar o seu semelhante, e que esta violação se dá através de um fazer. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24).

Ocorre que a omissão também pode acarretar consequências jurídicas. Quando o omitente tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado (tal dever pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, a qual criou o risco da ocorrência do resultado) sua omissão é ilícita. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24).

O comportamento do agente pode ser uma comissão ou omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais. (DINIZ, 2010, p. 40).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.69), o núcleo fundamental da conduta humana é “a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de

escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.”.

Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 38), o Código Civil de 2002, “assimilando a melhor orientação já vigente nos diplomas civis de diversos países, substituiu o princípio da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento pelo princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária.”. O artigo 928 do referido diploma assim dispõe:

O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

“Desse modo, se a vítima não conseguir receber a indenização da pessoa encarregada de sua guarda, poderá o juiz, mas somente se o incapaz for abastado, condená-lo ao pagamento de uma indenização equitativa.”. (GONÇALVES, 2012, p. 38).

Importante acrescentar que o artigo 932 do Código Civil dispõe sobre a responsabilização por ato de terceiro que esteja sobre a guarda do agente e por danos causados por coisas ou animais que lhe pertençam.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 25), nesses casos, não há responsabilização pelo fato de outrem, mas sim por fato próprio, uma vez que este se omitiu no cumprimento do seu dever de guarda, vigilância ou cuidado. Faz-se necessário ainda que a conduta, ação ou omissão, do agente seja culpável.

Em sentido amplo, culpa é o elemento subjetivo da conduta, compreensivo tanto na culpa *stricto sensu* quanto da ação ou omissão dolosa. Na responsabilidade civil, diz-se que a conduta é dolosa ou voluntária, quando o agente pratica o fato determinadamente, visando causar dano a alguém. A conduta dolosa é chamada por alguns de conduta delitual. (NADER, 2013, p. 97).

Nas palavras de Cavalieri Filho (2010, p. 31):

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.

Ademais, só haverá reparação se houver dano. Independente da modalidade culposa ou do tipo do risco no qual se fundamente, o dano é sempre o elemento preponderante da responsabilidade. Observa-se ainda, que pode haver responsabilização sem culpa, mas não sem dano. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não há o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também determinante do dever de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Para Nader (2013, p. 111), “não são suficientes para a caracterização do ato ilícito, a conduta antijurídica, a culpa ou risco e o dano. Fundamental, igualmente, é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano causado a outrem”. Faz-se necessário que haja relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano.

Desse modo, nexo causal “é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio de exame de relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável.”. (VENOSA, 2010, p. 56).

Nader (2013, p. 112) afirma também que a “causa de um dano é o fato sem o qual este não teria ocorrido.”. Nesse mesmo sentido, Cavalieri Filho (2010, p. 50) aduz que “além de indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito.”.

No direito brasileiro a responsabilidade civil é orientada pelo princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato segundo o qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa, e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso. Só origina responsabilidade civil, portanto, o nexos causal direto e indireto, isto é deve haver ligação lógica direta entre a conduta (comissiva ou omissiva) e o dano efetivo. (ALEXANDRINO, 2010, p. 721).

Ante o exposto, a doutrina aponta a conduta culposa (ação ou omissão), o nexos causal (lastreado na teoria da causalidade adequada), e o dano como os três principais elementos da responsabilidade civil no Direito Brasileiro.

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Segundo Amaro Cavalcanti (1905, p. 118), embora o Direito Romano previsse a responsabilidade de funcionários públicos e magistrados por abusos, não havia dever de reparar por parte do Estado nem solidária nem subsidiariamente. Nas palavras de Ruy Barbosa (p. 1889, p. 39), “se a administração, cuja é a culpa do damno, se amalgama, nas mesmas mãos, com a lei, que tem de regê-la, e a justiça, que há de julgá-la, impossível é a responsabilidade do estado.”. Ademais, em Roma vigorava o princípio do “quod principi placuit, legis habet vigorem”, ou seja, o que parece bom ao príncipe tem força de lei. (SANDARS, 1853, p. 91).

Na idade média, a ideia de soberano infalível persistia, sendo impossível, portando a responsabilização deste. (CAVALCANTI, 1905, p. 305). Para Barreto (2012, p. 1), trata-se de uma conclusão lógica: “quando a coletividade causava dano a um cidadão, não se poderia distinguir, realmente, entre o agressor e a vítima: pois aquele seria apenas uma expressão da vontade coletiva, do interesse de todos, inclusive do próprio lesado.”.

Durante o Absolutismo também vigorou a irresponsabilidade do Estado, posto que este se encontrava centralizado na pessoa do soberano, o qual era iluminado e não falhava. Segundo (CAVALCANTI, 1905, p. 108), haveria responsabilidade do Estado apenas nos casos em que o funcionário era conhecidamente incapaz ou indigno.

Na metade do século XIX, em geral, o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes, raramente intervindo nas relações entre particulares. O Estado era personificado na pessoa do rei, e, o rei, em tese, não cometia erros; com as expressões: *The king can do no wrong*, para os ingleses, e, *le roi ne peut mal faire*, para os franceses. (D'ANDREA, 2009. p. 1).

Com o advento do Estado de Direito passou-se a reconhecer a Teoria da Responsabilidade com culpa (concepção civilista) na qual a Administração Pública poderia responder pelos atos de gestão nos casos de ação culposa do funcionário. Observa-se, no entanto, que a irresponsabilidade do Estado permanecia para os atos de império.

Com o advento do Estado de Direito, abandonou-se a Teoria da Irresponsabilidade do Estado e surgiu a Teoria da Responsabilidade com Culpa, no caso de ação culposa do agente. Dado os atos de império e os atos de gestão, o Estado somente seria responsabilizado se houvesse culpa no ato de gestão, pois que o ato de império decorria do poder soberano do Estado, quando foi minimizado, mas não extinto o problema das indenizações pleiteadas em face do Estado. (D'ANDREA, 2009. p. 1).

Posteriormente, surge a teoria da culpa anônima, na qual não se analisa mais a culpabilidade do agente público, mas sim a ausência ou má prestação do serviço por parte do Estado. Sobre tema, Meirelles (2009, p. 561) ensina:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço-culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.

Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 242), “na ultima fase dessa evolução proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado, isto é, independente de qualquer falta ou culpa do serviço”. Lastreada nos princípios da igualdade e da equidade, a responsabilidade objetiva visa dividir o ônus da atividade administrativa.

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 866).

Nesta fase, portanto, não se discute culpa do agente público, ausência ou má prestação de serviço. “Responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 242).

Atualmente, a responsabilidade civil do Estado divide-se em duas vertentes: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. A Teoria do risco administrativo “é baseada no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os bônus decorrentes da atividade do Estado é distribuído entre todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade também devem ser repartidos” (DI PIETRO, 2006, p.621).

Adaptada da teoria do risco, “a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243). Nesse diapasão, não existe mais a aferição da culpa, sendo suficiente para caracterizar a obrigação do Estado, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

Há de se observar, no entanto, que a responsabilidade objetiva não é ilimitada. Razão pela qual pode ser afastada quando houver caso fortuito ou força maior, fato de terceiro e fato exclusivo da vítima.

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. (MEIRELLES, 2009, p. 586).

Neste diapasão, a teoria do risco integral seria uma modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

5 RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo a melhor doutrina, o Brasil não viveu uma fase de irresponsabilidade do Estado. Para (D'ANDREA, 2009. p. 1), mesmo na ausência de normatização específica, a noção de responsabilidade do Estado sempre existiu como princípio de Direito, não encontrando êxito a teoria da irresponsabilidade, para o bem dos administrados brasileiros.

O artigo 179, XXIX, da Constituição de 1824 previa que “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”. (BRASIL, 1824).

Conforme os ensinamentos do renomado civilista Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 244), o referido dispositivo não excluía a responsabilidade do Estado, posto que este responderia solidariamente pelos atos dos seus agentes.

Cuidava-se, todavia, de responsabilidade fundada na culpa civil, para cuja caracterização era indispensável a prova da culpa do funcionário. O Estado só respondia pelos danos decorrentes de atos praticados por seu funcionário se provado restasse ter agido com negligência, imprudência ou imperícia. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 244).

Da mesma forma, a Constituição de 1891 determinava em seu artigo 82 que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões que incorrerem no exercício dos seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente seus subalternos”. (BRASIL, 1891).

O artigo 15 do Código Civil de 1916 foi o primeiro a tratar diretamente da responsabilidade civil da Administração Pública. Para Cavalieri Filho (2010, p. 245), o referido artigo era ambíguo, mas consagrava a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado.

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 o causador do dano. (BRASIL, 1916).

Cavalieri Filho acrescenta que a referida ambiguidade permitiu que parte da doutrina sustentasse a tese da responsabilidade objetiva do Estado e que alguns votos proferidos por ministros do STF já esboçavam a teoria do risco administrativo. “De onde se conclui que, também entre nós, a responsabilidade objetiva do Estado chegou primeiro à jurisprudência, para depois se transformar em texto legal.”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 245).

O artigo 171 da Constituição Federal de 1934 dispunha:

Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, adotou a responsabilidade solidária nos mesmos moldes da Constituição de 1934. “Logo, tanto o Estado quanto seu agente teriam obrigação de reparar os danos causados, todavia, a administração poderia efetuar o pagamento integral e posteriormente cobrar do funcionário culpado metade da quantia devida.”. (BRANDÃO, 2013).

A Constituição de 1946 trouxe expressamente a responsabilidade objetiva do Estado, “as pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”. (BRASIL, 1946). O parágrafo único do referido artigo previa a ação regressiva que o Estado poderia mover em face do funcionário causador do dano quando tiver havido culpa deste. (BRASIL, 1946).

A responsabilidade objetiva do Estado foi mantida pelas Constituições de 1967, 1969 e 1988. Nesta última, coube ao artigo 37, § 6º disciplinar o tema:

As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ante o exposto, atualmente, no Brasil, foi acolhida a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade civil do Estado, sendo utilizada a teoria do risco integral apenas em casos excepcionais.

6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Conforme os ensinamentos do professor Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 248), as causas que excluem o nexo causal também excluirão a responsabilidade objetiva do Estado. Diante disso, não responde o Estado objetivamente nos casos de caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou fato exclusivo da vítima.

É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que a impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 66).

A força maior e o caso fortuito estão previstos no artigo 393 do Código Civil, não havendo distinção legal entre os termos. Já a doutrina, diverge quanto a sua

definição, prevalecendo o entendimento de que a força maior refere-se a eventos da natureza, enquanto o caso fortuito consiste em ações humanas.

O Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome já diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 68).

Importante acrescentar que o fortuito interno não exclui a responsabilidade do Estado, porque mesmo imprevisível, compõe a atividade, ou seja, está relacionado aos riscos da atividade estatal. Já o externo, uma vez que é estranho à atividade administrativa, exclui a responsabilidade estatal. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 248).

Necessário observar que o fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando rompe o nexos causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima. “Em tais casos, 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.”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 67).

Consistindo o comportamento do terceiro na causa exclusiva do resultado lesivo, exclui-se a relação de causalidade, com a exoneração do aparente responsável. [...] Por outro lado, quando um fato externo ao comportamento do agente e de natureza inevitável produz um dano sem que se possa atribuir este resultado a alguém (mesmo não identificado), já não mais se trata de fato de terceiro e sim de força maior ou de fortuito externo, a exigir a demonstração de inevitabilidade dos efeitos. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETO, 2014, p.481).

Há fato exclusivo da vítima quando a atitude desta é a única causa do evento danoso, inexistindo, portanto, nexos causal entre a conduta da Administração e o dano. Segundo Nader (2013, p. 123), “embora se constatem o dano a outrem e a conduta do agente, este não será responsável caso se comprove a culpa exclusiva

da vítima, ou seja, a inexistência de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o resultado lesivo.”.

“Se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, de tal sorte que todas concorram adequada e eficientemente para o resultado, devem ser consideradas na determinação da responsabilidade ressarcitória do Estado.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 249).

É que deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado- risco integral, risco administrativo, risco proveio -, aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando rompimento do nexo de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto. (CAHALI, 1996, p. 41).

Dessa forma, havendo concorrência de causas, a responsabilidade do Estado deve ser atenuada ou circunscrita ao dano efetivamente causado pela atividade administrativa. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 249). Nesse sentido, Faria (2001, p. 529) aduz: “quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa.”.

7 DANOS POR OMISSÃO

Ponto ainda bastante controverso na doutrina brasileira é a responsabilização do Estado por omissão. Para Cavalieri Filho (2010, p. 251), o artigo 37, § 6º da Constituição Federal versa tanto da conduta comissiva da Administração quanto da omissiva. Ademais, o referido doutrinador estabelece uma distinção entre omissão específica e omissão genérica, defendendo haver responsabilidade subjetiva do Estado apenas nos casos desta.

Desta forma, “haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252), razão pela qual a responsabilidade da Administração pública é objetiva nesses casos.

Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano ocorreu da sua omissão. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252).

Conforme entendimento do professor Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 253) e do Superior Tribunal de Justiça, há omissão específica do Estado quando um detento falece nas dependências de uma penitenciária.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO CAUSAL. Há indubitoso nexo causal entre a responsabilidade do Estado pela incolumidade de quem está recolhido à prisão e seu assassinato nas dependências da penitenciária. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 21934 GO 2011/0081967-9, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 12/03/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/03/2013).

Diante disso, caso uma pessoa sofra um acidente devido a um buraco aberto, por exemplo, há responsabilidade objetiva do Estado devido à omissão específica deste, posto que possuía obrigação de evitar o dano. Outrossim, há situações nas quais a omissão do Estado é genérica, cabendo à vítima o ônus de provar a existência do dano e o nexo de causalidade entre este e a inércia do Estado.

CONCLUSÃO

No último século, a responsabilidade civil, antes fundada na culpa do agente, foi paulatinamente se reestruturando desde seus pressupostos até seu alcance. No

Brasil, após a Constituição de 1988, todo o ordenamento foi reestruturado e reinterpretado através de seus princípios.

Desta feita, não há mais o que falar em isolamento ou autonomia absoluta do Direito Civil, posto que este também sofreu e sofre diariamente a filtragem constitucional. Promulga-se, neste contexto, o Código Civil de 2002 posto que o vigente quando da promulgação da Constituição de 1988, o Código Civil de 1916, não mais comportava os anseios e as necessidades da sociedade contemporânea.

Um dos ramos do Direito Civil mais modificado com a absorção dos princípios constitucionais foi o da responsabilidade civil que substituiu a aferição da culpa pela teoria do risco como regra.

Nesse diapasão, o Estado também passou a responder pelos atos dos seus agentes, independente da culpa destes e suas ações devem estar sempre lastreadas pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dispostos no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Ante o exposto, faz-se necessária uma nova postura dos gestores, visando mais eficiência na administração; dos agentes, cumprimento estrito da legislação vigente, separação total dos bens públicos dos particulares e impessoalidade; bem como dos cidadãos que devem funcionar como verdadeiros fiscais dos valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo **Direito administrativo descomplicado**, Vicente Paulo, 18 ed. rev. e atual Rio de Janeiro: Método, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 18 ed., 2005.

BARBOSA, Ruy. **A Culpa Civil das Administrações Públicas** – Acção de Perdas e Danos de Antonio Martins Marinhos contra a Fazenda Municipal: Razões Finaes. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Responsabilidade civil do estado**: análise histórica. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3300, 14 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22187>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRANDÃO, Poliana Alves. **A responsabilidade civil da administração pública no direito brasileiro**: uma análise histórica e jurisprudencial. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13536&revista_caderno=4>. Acesso em 15 mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 09 fev. 2015.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 09 fev. 2015.

_____. **Código Civil**. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 12 fev. 2015.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 09 fev. 2015.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 09 fev. 2015.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Código de defesa do consumidor**. Brasília: Senado, 1990.

_____. Código Civil (2002). Código Civil. In: **Vade Mecum RT**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Responsabilidade Civil do Estado**. Nexo Causal. STJ - AgRg no AREsp: 21934 GO 2011/0081967-9, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 12/03/2013, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 18/03/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23081486/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-21934-go-2011-0081967-9-stj>. Acesso em: 15 abr. 2015.

CAHALI, YUSSEF SAID. **Responsabilidade civil do Estado**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos**. Lisboa: Almedina 1974.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905.

D'ANDREA, Giovanni Duarte. Histórico da responsabilidade civil do estado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6132> . Acesso em 02 fev. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil v. 7**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**. Teoria geral da responsabilidade civil. Responsabilidade civil em espécie. v 3. Bahia: Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

LOPES, Miguel de Serpa. **Curso de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 8.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 7. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANDARS, Thomas Collett. **The Institutes of Justinian with English Introduction**. Translation, and Notes. London: John W. Parker and Son, 1853.

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.