

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

RENATO ZANCO BUENO

**A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO POR ATOS OMISSIVOS**

**CURITIBA
2016**

RENATO ZANCO BUENO

**A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO POR ATOS OMISSIVOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr.

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATO ZANCO BUENO

A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

Aos meus pais, à Mel, e aos meus
amigos, por tudo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	9
1.1 ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	9
1.2 TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	10
1.2.1 Teoria da Irresponsabilidade	10
1.2.2 Teoria Civil da Responsabilidade	12
1.2.3 Teoria da Culpa do Serviço e Responsabilidade Pessoal do Agente.....	14
1.2.4 Teoria do Risco Integral	16
1.2.5 Teoria do Risco Administrativo	18
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL	21
2.1 CONCEITO	21
2.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS	23
2.2.1 Dano.....	23
2.2.2 Conduta, Fato Danoso e a Noção de Culpa.....	26
2.2.3 Nexo de Causalidade	30
2.2.3.1 Caso fortuito e força maior	32
2.2.3.2 Culpa exclusiva de terceiro e da vítima	34
2.3 MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	37
2.3.1 Responsabilidade Subjetiva	37
2.3.2 Responsabilidade Objetiva.....	39
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO POR ATOS OMISSIVOS	42
3.1 A RELEVÂNCIA CAUSAL DA OMISSÃO	42
3.2 DEVERES ESTATAIS E SUA VIOLAÇÃO	44
3.3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	48
3.3.1 Previsão Normativa e Modelo Adotado	48
3.3.2 A Questão do Agente Público	49
3.4 A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	51
3.4.1 A Tese da Responsabilidade Subjetiva	51
3.4.2 A Orientação Pela Responsabilidade Objetiva	55
4 CONCLUSÕES	61
REFERÊNCIAS	63

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo analisar a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, tomando por base a dogmática jurídica nacional e estrangeira. Com este objetivo, analisar-se-ão, em primeiro lugar, aspectos teóricos sobre a responsabilidade civil do Estado, de sorte a relatar, em evolução histórica, as diversas correntes acerca da responsabilidade estatal por seus atos. Em um segundo momento, far-se-á a análise dogmática da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, abrangendo sua conceituação, elementos constitutivos e modalidades pelas quais se apresenta. Neste momento também serão coligidas discussões tópicas que permeiam o atual debate da responsabilidade civil na ordem jurídica brasileira. Por fim, o tema relativo à responsabilidade civil do Estado brasileiro por atos omissivos será objeto de aprofundamento, oportunidade em que serão estudados temas da relevância causal da omissão, os deveres estatais e aspectos da consequência de seu descumprimento, o tratamento conferido à matéria pela Constituição Federal da República do Brasil de 1988 e, por último, o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Palavras-chave: Estado; responsabilidade civil; atos omissivos; jurisprudência.

INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil do Estado vem ganhando destaque no tratamento jurídico – seja no âmbito da dogmática, no campo legislativo ou na seara jurisdicional – em razão da reformulação dos papéis do Estado. Se outrora este por vezes era incumbido apenas de funções representativas e de defesa de súditos, atualmente seu papel foi não só largamente ampliado, como teve seus fundamentos reformulados.

Tangenciando-se à discussão das finalidades do Estado, próprias da Ciência Política, o Direito, em sua pretensão de normatizar os anseios da sociedade e por meio de sua constante mutação – decorrente de seu caráter autopoiético –, passou a regulamentar a responsabilidade civil do Estado. Isto porque o tema, a partir de determinados eventos históricos, posteriormente convertidos em marcos de transição, tornou-se relevante e conseqüentemente exigindo atenção do Direito.

Efetivamente, a responsabilização do Estado pelos danos causados por seus agentes assume grande relevância não só na compreensão das funções estatais – em que este deixou de ser um ente alheio à sociedade e impassível de equívocos para se tornar uma entidade jungida à consecução de interesses públicos e passível responsabilização – como também na transformação dos valores que orientam a relação entre cidadão e Administração Pública – na qual esta passou de soberana e proprietária para gestora de interesses públicos.

Nota-se, em primeiro lugar, que as funções do Estado se revestem de novas características, ampliando sua função, na medida em que se incorporou a exigência, atribuída à Administração Pública, de cumprir corretamente suas funções, reprimindo abusos e penalizando eventuais danos. Por outro lado, os fundamentos estatais também foram alterados: vive-se em uma época em que ao Estado cabe, precipuamente, administrar os interesses da sociedade.

Desta transição, de Estado inatingível e cujos atos são inquestionáveis para um ente responsável e suscetível de avaliação pelos indivíduos, importantes reflexos práticos podem ser referidos. Um dos mais relevantes, no âmbito jurídico, é a possibilidade de responsabilização estatal por danos que seus agentes causem.

Conquanto não se questione, atualmente, a possibilidade de se responsabilizar o ente público, a responsabilidade civil do Estado enfrenta discussões que acarretam sua disparidade de aplicação. Uma delas é a relativa à responsabilidade civil do

Estado por atos omissivos. Noutras palavras, resume-se à indagação: pode o Estado ser responsabilizado por deixar de agir?

A dogmática jurídica é controversa sobre este aspecto, e as discussões, justamente por não se encontrarem de alguma forma pacificadas, refletem o posicionamento cambiante que por vezes se encontra no âmbito do Poder Judiciário no que diz respeito à matéria. Cabe ao jurista, partindo das premissas e diretrizes que permeiam o sistema, buscar a solução ideal ao caso concreto.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1.1 ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O Estado, compreendido como “pessoa jurídica territorial e soberana”¹, é “um modo de ser da sociedade, uma forma com que se apresenta o poder, e, assim, a palavra, como em muitos outros casos, explica a instituição”² a qual, por sua vez, está atrelada ao cumprimento de determinadas funções. Efetivamente, o Estado – qualquer seja a forma, composição ou ideologia adotada – foi concebido para a consecução de determinados fins pretendidos por seu instituidor, o povo.

A criação do Estado pelo povo, desta sorte, reclama uma característica essencial para que aquele cumpra seu papel, qual seja, a soberania. Se soberania “é um poder que não conhece outro superior que, portanto, é ao mesmo tempo independente e supremo”,³ no âmbito internacional pode ser concebida como um poder que “tem em si a sua fonte, ergue-se e se modifica por contra própria e, portanto, sua eficácia e validade não se comunicam com outros ordenamentos”⁴ e, internamente, como um poder que vincula todos os cidadãos a um dever geral de obediência às leis do Estado.⁵

O pressuposto sobre o qual se funda o Estado, qual seja o de realizar determinadas funções⁶ em prol da sociedade por meio da soberania, acarreta uma questão fundamental. Indaga-se se a atuação estatal, certamente vinculada à vontade popular, pode vir a causar danos à sociedade – compreendidos, aqui, tanto interesses individuais quanto coletivos, difusos e homogêneos – e se, afirmativa a resposta, se é possível a responsabilização do ente estatal.

¹ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milão: Giuffrè, 1947. p. 71. Tradução do autor.

² SILVEIRA NETO, Honório. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1963. p. 34.

³ JELLINEK, Giorgio. **La dottrina generale del diritto dello stato**. Milão: Giuffrè, 1949. p.71. Tradução do autor.

⁴ ROMANO, 1947, p. 68, tradução do autor.

⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 478.

⁶ A questão das funções assumidas pelo Estado, apesar de não configurar elemento essencial para a análise do tema apresentado, já assumiu grande relevância na doutrina jurídica e ainda suscita diversos entendimentos contrapostos, apesar de ter perdido um pouco de seu prestígio em razão do advento do positivismo jurídico, que ceifou, da doutrina jurídica, a análise de qualquer elemento que extrapolasse a norma jurídica e seu funcionamento dentro de um sistema normativo.

Outra questão de relevo, também atinente à responsabilidade do ente público, diz respeito à extensão da responsabilidade do ente público: se, por exemplo, o Estado também responde por eventuais atos ilícitos praticados por seus agentes em descompasso com sua competência.⁷

Em resposta ao questionamento apresentado, diversas teses surgiram, elaborando teorias que vão desde a impossibilidade da causa de danos pelo Estado – e sua conseqüente irresponsabilidade – até a irrestrita imputação de um fato ao ente político.

1.2 TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE ESTATAL

1.2.1 Teoria da Irresponsabilidade

As primeiras construções teóricas sobre o Estado, tanto em razão de sua proximidade histórica com governos monárquicos⁸ quanto pela força que ganhava a tese da *soberania estatal* formulada por Jean Bodin em 1576, assentavam-se nas premissas de que a atuação pública, em razão das prerrogativas que lhe eram confiadas e de sua legitimação para perseguir interesses públicos, era imune a qualquer tipo de responsabilização.

Este início teórico, marcado pelos brocardos *le roi ne peut pas mal faire*,⁹ fundase na ideia de que a correção dos atos praticados pelo soberano eram inquestionáveis, de sorte que se falava em uma “ilimitação jurídica”¹⁰. Afirma-se que a tese da irresponsabilidade do Estado surgiu “de uma combinação da *potestas* imperial romana e da concepção teocêntrica do poder do monarca”¹¹, que, na Inglaterra, deu origem à máxima *the king can do no wrong*.

⁷ WALINE, Marcel. **Droit administratif**. 7. ed. Paris: Sirey, 1957. p.619

⁸ No qual o monarca, por ser o “proprietário do Estado” (JELLINEK, 1949, p.216), “não deve explicações ao povo ou a qualquer órgão sobre os motivos pelos quais adotou certa orientação política” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 227), de forma a reinar a sua irresponsabilidade.

⁹ Em tradução literal, “o rei não pode fazer mal”, e alusivo à ideia de que o soberano não pode errar.

¹⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo. **Lições de direito administrativo**. Lisboa: Lex, 1999. p. 104.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: 1982, p. 323. Tradução do autor.

A tese de que a concretização da *potestas* romana – ou, em outros termos, da consecução do interesse público – seria razão suficiente para elidir qualquer tipo de responsabilidade do soberano, contudo, não é exclusiva. ZANOBINI colige outros fundamentos que justificam a passageira adoção da teoria da irresponsabilidade:

[...] ora se fala do caráter ético e jurídico do Estado, que excluiria a possibilidade de prática de atos ilícitos; ora se fala da função, própria do mesmo, de criar o direito, que seria incompatível com qualquer atividade contrária ao direito e à legalidade; ora do caráter público da personalidade do Estado, que impediria sua sujeição a um princípio de direito privado, qual seja a responsabilidade por danos.¹²

Por fim, há um argumento que deflui exclusivamente da teoria política – mas igualmente influenciado pela noção de soberania e sua necessária supremacia – e de viés claramente contratual, como consectário da teoria contratualista do Estado, sinteticamente expresso no pensamento de HOBBS:

[...] nada que o soberano faz pode ser considerado injúria por qualquer súdito, e nenhum deles pode acusa-lo de injustiça. Pois quem faz alguma coisa em virtude da autoridade de um outro não pode nunca causar injúria àquele em virtude de cuja autoridade está agindo, e cada súdito é por instituição de um Estado, autor de todos os atos e decisões do soberano. Por conseguinte, aquele que se queixar de uma injúria feita por seu soberano se estará queixando daquilo que ele próprio é autor; logo, não deve acusar ninguém, a não ser a si mesmo; e não pode acusar-se de injúria, pois causar injúria a si próprio é impossível.¹³

Destarte, pela teoria da irresponsabilidade, quaisquer atos estatais que maculassem interesses particulares ou coletivos seriam impassíveis de responsabilização, dado que o soberano, seja em razão de sua inata soberania, da perseguição do interesse público ou do exercício do poder em nome de outrem, não pode ser acusado de erro ou dano.

Registre-se, por fim, haver quem sustente que no Brasil não se pode falar em irresponsabilidade do Estado,¹⁴ porque “o Brasil nunca pré-excluiu a responsabilidade do Estado por atos ilícitos absolutos, atos fatos ilícitos absolutos e pelos fatos ilícitos

¹² ZANOBINI, Guido. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Milão: 1950, v. 1. p. 271.

¹³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2. ed. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 144.

¹⁴ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 2. p. 611.

stricto sensu absolutos”.¹⁵ Não obstante, a Constituição do Império de 1824 traz, em seu artigo 99, a previsão de que o imperador é irresponsável por seus atos.

1.2.2 Teoria Civil da Responsabilidade

Superada a fase da chamada “teoria regalista”¹⁶, cujo ápice é constatado durante a égide de Estados absolutistas, passou-se a aceitar a tese de que o Estado deveria ser responsabilizado pelas práticas que violassem direitos dos administrados. De início, contudo, a matéria da responsabilidade estatal cingia-se à adoção dos princípios e regras do direito civil – sem que isso, contudo, importasse na violação do chamado *regime jurídico administrativo*¹⁷.

Assim, pela teoria civil, a atribuição de responsabilidade depende da aferição de culpa – que, neste primeiro momento, resumia-se às modalidades dolosa e culposa *stricto sensu*, ganhando grande relevo as figuras de atos de gestão e atos de império oriundas do direito francês.¹⁸ Com efeito, a possibilidade de responsabilização do Estado era concentrada exclusivamente na hipótese de prática de ato de gestão, afastando-se a responsabilidade por atos de império.

A utilização do critério de classificação dos atos administrativos, se considerados de gestão ou de império, importa, para a teoria civilista da responsabilidade estatal, na medida em que o fator de distinção para o aludido critério é a presença ou não de algum traço de soberania (*puissance publique*¹⁹). Assim, os chamados atos de império comportariam o emprego da *puissance publique*, enquanto que nos atos de gestão a Administração Pública “utiliza procedimentos que são os mesmos utilizados pelos particulares”²⁰, justificando o uso das mesmas regras de responsabilização dos particulares.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 53. p. 449.

¹⁶ MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 307.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello define o regime jurídico de direito administrativo como o conjunto de normas cogentes orientadas por dois princípios regentes, quais sejam os da *supremacia do interesse público sobre o interesse particular e a indisponibilidade, pela Administração Pública, do interesse público* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 57).

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 699.

¹⁹ VEDEL, Georges. **Droit administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. t. 1. p. 47.

²⁰ VEDEL, 1958, p. 47.

Dentre as justificativas para a distinção entre atos de império e atos de gestão, estão a natureza da função exercida por meio do ato, um caráter ambivalente – isto é, tanto público quanto privado – da personalidade do Estado²¹ e o caráter social ou econômico do ato praticado.²²

Não obstante a justificativa que se dê à distinção, o que se deve considerar é a presença de um resquício de teoria da irresponsabilidade, fundada na soberania do Estado. Com efeito, excluir do campo de responsabilização determinados atos sob o fundamento de que estes se encontrariam amparados por uma “prerrogativa de Estado” é admitir, por via oblíqua, a soberania como imune e impassível de equívocos ou abusos.

Entretanto, a teoria civilista da responsabilização do Estado também foi alvo de críticas, como explana MASAGÃO:

A solução trazida pela doutrina civilista, embora representasse progresso em face do regime anterior, não logrou satisfazer as exigências da justiça. A cerebral distinção entre atos de império e de gestão impedia a indenização em muitos casos clamorosos, e a pesquisa da culpa (negligência, imprudência e imperícia), por vezes difícil, contribuíam para reduzir o alcance do sistema.²³

Marco significativo para a evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado foi o caso Blanco, julgado pelo Conselho de Estado francês²⁴ em 1873, em que se deu início à elaboração de teorias acerca da responsabilidade estatal permeadas pelos princípios de direito público.

No aludido caso, um veículo de uma companhia de tabaco – cujo serviço era prestado pelo Estado – atropelou uma criança, situação esta que levou o pai da infante a propor, perante a jurisdição comum, uma demanda indenizatória. O conflito de competência, em razão da presença de um prestador de serviço público, chegou ao Conselho de Estado, decidindo este no sentido de que a competência para o julgamento do caso era do tribunal administrativo, salientando, ainda, que:

²¹ BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 4. ed. Buenos aires: El Ateneo, 1947. v. 1. p. 207.

²² *Ibid.*, p. 208-209.

²³ MASAGÃO, 1962, p. 309.

²⁴ Ressalte-se que, diferentemente do Brasil, a França adota um sistema dualista de jurisdição. Enquanto o ordenamento jurídico brasileiro prevê somente uma jurisdição, competente para julgar quaisquer litígios, o ordenamento francês comporta, à par de uma jurisdição “comum”, competente para julgar demandas particulares, uma jurisdição administrativa, na qual são analisados casos que envolvam a Administração Pública.

[...] o Estado não pode ser regido por princípios estabelecidos no código civil para demandas entre particulares; a responsabilidade estatal não é geral tampouco absoluta; tem suas regras especiais que variam segundo as necessidades do serviço e de acordo com a necessidade de se conciliar os direitos do Estado com os direitos particulares.²⁵

Como consequência do julgamento, extraíram-se duas regras. A primeira, de competência, segundo a qual o Tribunal de Conflitos seria competente para julgar causas como a do caso Blanco; a segunda, pela qual as regras de responsabilidade aplicáveis ao Estado seriam exorbitantes ao direito privado.²⁶

Assim, a insuficiência da teoria civilista da responsabilidade ensejou, a partir do caso Blanco, o surgimento de teorias publicísticas,²⁷ que preveem a possibilidade de responsabilizar o Estado, desde que atendidos determinados pressupostos.

1.2.3 Teoria da Culpa do Serviço e Responsabilidade Pessoal do Agente

Superada a possibilidade de responsabilização do Estado por ocasião do julgamento do caso Blanco, duas outras questões de relevo surgiram na jurisprudência francesa: as noções de culpa do serviço e a possibilidade de se responsabilizar o agente público causador do dano. Passou-se a assinalar, nesse sentido:

Para que um funcionário seja julgado pelos tribunais comuns, é necessário que o Tribunal de Conflitos tenha julgado o ato causador do dano tenha sido puramente pessoal: é a isso que chamamos, há tempo, da distinção entre culpa pessoal e culpa do serviço.²⁸

Dentro do sistema jurisdicional francês, para que não haja violação da regra de separação de funções estatais – pela qual o julgamento de casos que envolvessem a Administração Pública caberia a um Tribunal de Conflitos –, era necessário estabelecer sobre quais casos as jurisdições comum e administrativa atuariam,

²⁵ LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy. **Les grand arrêts de la jurisprudence administrative**. 8. ed. Paris: Sirey, 1984. p. 6.

²⁶ PHILIPPE, Xavier. **Droit administratif general**. 2. ed. Marselha: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996. p. 362.

²⁷ DI PIETRO, 2012, p. 700.

²⁸ WALINE, 1957, p. 619.

criando-se critérios objetivos. Fez-se necessário, assim, distinguir os “*atos pessoais* do autor, separáveis do exercício normal da função, e envolvem a responsabilidade perante os tribunais comuns nos termos do direito privado”.²⁹

Entretanto, a responsabilização de um funcionário público depende, para a corrente teórica da culpa do serviço, da comprovação se o fato praticado pelo agente público é “desvinculável ou não desvinculável ao exercício das (suas) funções”³⁰ quando, no primeiro caso (*faute personnelle*), seria aplicável o direito privado,³¹ de sorte a manter apenas a responsabilização da pessoa física que praticou o ato. Nessa linha:

Se o aparato é, em seu todo, o Estado, também cada um dos membros do aparato deve ser considerado, embora minimamente, o Estado; daí dizer logicamente a teoria orgânica: a teoria vê no funcionário público não um representante (mandatário) do Estado, mas um órgão do Estado.³²

Contudo, não havendo comprovação da desvinculação do ato ao serviço, a responsabilidade do Estado permanece em razão da culpa do serviço (*faute du service*) – entre nós também chamada de *culpa administrativa*.³³

Considerando-se que quando da elaboração da teoria da culpa do serviço a chamada Escola do Serviço Público, à época majoritária, pregava que dentro do “limite territorial ocupado por uma nação, os governantes, diferenciados do governo e monopolizando a força, devem empregar esse poder para organizar e controlar o funcionamento dos serviços públicos”,³⁴ conclui-se que qualquer evento prejudicial a interesses individuais ou coletivos decorre da má prestação do serviço público – afinal, é ilógico dizer que o serviço público, e conseqüentemente o Estado, tende precipuamente a lesionar interesses jurídicos.

Se a responsabilidade do Estado é a regra, sendo excluída somente se comprovada a ausência de relação entre o ato do agente público e sua função, a

²⁹ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: 1981. p. 310.

³⁰ WALINE, 1957, p. 619.

³¹ MALEZIEUX, Raymond. **Manuel de droit administratif**. Paris: Cujas, 1954. p. 231.

³² ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1978. v. 2. p. 638.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 562.

³⁴ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**: théorie générale de l'État. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1911. t. 1. p. 98, tradução do autor.

responsabilidade do Estado é objetiva, dado que o mero descumprimento de suas funções é suficiente para atribuir-lhe responsabilidade:

Duas condições são necessárias para que haja responsabilidade do Estado: a existência de uma falha a cargo de uma autoridade e a existência de prejuízo que advenha dessa falha.³⁵

Como explica DI PIETRO, a teoria da culpa do serviço continua aplicável, mas a partir dela a doutrina, com auxílio da jurisprudência, aprimorou determinados pontos teóricos, dando origem às teorias do risco.³⁶

1.2.4 Teoria do Risco Integral

Dentro das teorias publicísticas da responsabilidade civil do Estado encontra-se a teoria do risco integral. Antes da análise de seus fundamentos, mister dissociá-la da chamada *teoria do risco administrativo* – adiante examinado.

A doutrina administrativa pátria, neste ponto, discute a terminologia empregada para as duas teorias. Com efeito, há quem sustente se tratem de duas teorias equivalentes, sob o argumento de que a modalidade de ambas é a responsabilidade objetiva – que visa, por sua vez, a promoção da igualdade entre todos os cidadãos.³⁷ Neste sentido:

Com efeito, a distinção entre *risco administrativo* e *risco integral* não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades pretendidas de risco, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma ou outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu *efeito* de permitir a contraprova de *excludente de responsabilidade*, *efeito* que se pretende seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.³⁸

³⁵ ROUSSET, Michel. **L'idée de puissance publique em droit administratif**. Paris: Daloz, 1960. p. 124.

³⁶ DI PIETRO, 2012. p. 701.

³⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39.

³⁸ *Ibid.*, p. 40.

Por outro lado, há quem distinga as duas teorias com base na possibilidade de alegação de causas excludentes de responsabilidade pela Administração Pública. Neste sentido, MEIRELLES, realizando breve gradação sobre as teorias de responsabilização do Poder Público, sustenta que a “na teoria da culpa administrativa exige-se a *falta do serviço*; ne teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o *fato do serviço*”,³⁹ e prossegue:

Advirta-se, contudo, que a teoria do *risco administrativo*, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização.⁴⁰

Arremata o aludido administrativista que a teoria do *risco integral* seria uma modalidade extremada da teoria do risco administrativo, justamente por não possibilitar a alegação de causas excludentes da responsabilidade estatal. Ressalta, ainda, que malgrado haja doutrina⁴¹ que sustente sua aplicabilidade no ordenamento pátrio, seus efeitos graves e a geração de iniquidade social levaram tanto a jurisprudência quanto a doutrina a defenderem sua inaplicabilidade no Brasil.⁴²

Destarte, a *teoria do risco integral*, sob a premissa de que é defeso ao Poder Público eximir-se de seu dever de indenização ante a alegação de causas excludentes de responsabilidade, conta com pouca adesão doutrinária – e a jurisprudência igualmente a rechaça,⁴³ máxime em razão do elevado prejuízo que seria suportado pela Fazenda, bem como pela ausência de parâmetros que pudessem balizar a caracterização da responsabilidade.

³⁹ MEIRELLES, 1997, p. 562.

⁴⁰ Ibid., p. 563.

⁴¹ Este é o posicionamento de Mário Masagão, que, malgrado se referindo à Constituição de 1946, aceita expressamente a teoria do risco integral: “A Constituição, na cabeça do art. 194, adotou a teoria do risco integral. Para que a indenização seja devida pela Fazenda Pública, basta que tenha havido dano, e que exista nexos causal entre ele e ação ou omissão de funcionário público” (MASAGÃO, 1962, p.315).

⁴² MEIRELLES, loc. cit.

⁴³ Consigne-se que há ressalva quanto à inaplicabilidade da teoria do risco integral para a Administração Pública, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça tem firmado a aplicação da teoria em comento nos casos de dano ambiental (REsp 1.114.398-PR. 2ª Turma. Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgamento: 08/02/2012. DJe: 16/02/2012).

Frise-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a teoria do risco integral nos casos de danos ambientais⁴⁴ e nucleares.⁴⁵

1.2.5 Teoria do Risco Administrativo

Por fim, a *teoria do risco administrativo* é a que, admitindo a responsabilidade objetiva do Poder Público, diferentemente da chamada *teoria do risco integral* aceita a alegação de causas excludentes de responsabilidade pelo Estado.

O fundamento das teorias do risco consiste na afirmação de que “o risco resultante de uma atividade deve ser assumido por aquele que tenha proveito desta atividade”⁴⁶. Com efeito, a atividade estatal carrega consigo um risco inerente; ideia esta que ensejou, ensina CRETELLA JÚNIOR, a criação do “princípio dos ônus e encargos públicos”⁴⁷. E a adoção da teoria do risco, em vez da teoria da culpa, tem um motivo simples: no caso de responsabilidade do Estado não há que se falar em culpa porque este, como pessoa jurídica, não tem vontade; quem tem vontade é seu agente.⁴⁸

Se determinada atividade – no caso, a estatal – traz benefícios a um determinado grupo de pessoas – a sociedade –, há de se inferir, como decorrência da máxima *suum cuique tribuere*, que estes que se beneficiam da atividade devem também suportar os ônus que dela decorrem. Não outro é o posicionamento de BANDEIRA DE MELLO:

[...] entendemos que 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

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Regimental em Agravo Regimental em Agravo Regimental de Recurso Especial 153.797 – SP. Agravante: Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS. Agravado: L.G.P.S, representado por Marcio Alexandre Vilela Silva. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgamento: 05/06/2014. DJe: 16/06/2014.

⁴⁵ O Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha tratado especificamente do tema, em mais de uma ocasião se manifestou no sentido da excepcionalidade da adoção da teoria do risco integral no caso de danos nucleares, *ex vi* artigo 21, XXIII, *d*, da Constituição Federal e Lei nº 6.453/77, conforme se extrai dos julgamentos dos Recursos Especiais 1.237.256 – RN e 1.373.788 – SP.

⁴⁶ VEDEL, 1958, t. 1, p. 188, tradução do autor.

⁴⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1970. v. 8. p. 71.

⁴⁸ ALESSI, Renato. **L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici**. Milão: Giuffrè, 1964. p. 83.

de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.⁴⁹

Apresenta-se, ainda, o magistério de CRETELLA JÚNIOR:

Não é justo que o ônus ou encargo seja suportado por um só, pela vítima, sobre a qual incidiu a consequência do fato nocivo, cuja causa remota é o Estado. O responsável pela reparação do dano é o Estado que, na realidade, nada mais é do que a síntese patrimonial das contribuições de todos os membros da coletividade.⁵⁰

Entretanto, esta noção de responsabilidade coletiva, personificada na instituição estatal, não é suficiente para se alargar o campo de atribuição de responsabilidade para além dos limites próprios da responsabilidade. Vale dizer: não se concebe a hipótese de responsabilizar o Poder Público quando um dos pressupostos da responsabilidade civil não está presente, sob pena de se desvirtuar o instituto.

Nesta ótica, com a baliza dos princípios que regem o Estado e em atenção à necessidade de se estabelecer um regime diferenciado de responsabilidade civil, a teoria do risco administrativo admite que, em certas hipóteses, o Estado não seja, em última instância, compelido a arcar com o prejuízo causado por um dano a que não deu causa, aceitando a incidência de hipóteses de exclusão de responsabilidade.

Há casos em que embora se possa comprovar a existência de uma conduta danosa a um interesse tutelado pelo ordenamento, incidem causas que excluem a responsabilidade justamente por aniquilar algum dos elementos que possibilitam a imputação do resultado ao Estado, a exemplo do caso fortuito, da força maior⁵¹ e da culpa da vítima,⁵² mas que obviamente não impossibilitam que a imputação recaia sobre outro sujeito.

Nesta toada, a adoção de um sistema que admite causas que exoneram um sujeito de sua responsabilidade civil em função de alguma causa excludente também tem efeitos na jurisprudência:

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1023.

⁵⁰ CRETELLA JÚNIOR, 1970, v. 8, p. 72.

⁵¹ RODIÈRE, René. **La responsabilité civile**. Paris: Rousseau, 1952. p. 46.

⁵² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 4. ed. Paris: Sirey, 1949. t. 2. p. 368.

Antigamente, a vítima tinha grande dificuldade de obter sua reparação, tendo em vista que devia sempre provar a culpa de outrem; mas, quando fazia tal prova, os tribunais dificilmente reconheciam a concorrência de sua culpa. Hoje a situação é facilitada para o demandante em razão das presunções de responsabilidade, e a jurisprudência admite com grande facilidade a existência da culpa da vítima [...]⁵³

De qualquer forma, o que se percebe, nestes casos, é que o efeito equivale a “exonerar completamente o autor aparente do dano, e é lógico, dado que o dano é causado em realidade por um fator externo que ele não pode prever ou resistir”.⁵⁴

Portanto, de acordo com a teoria do risco administrativo, o Estado, por desempenhar uma função que carrega consigo um risco e, ao mesmo tempo, traz benefícios a todos, é chamado a arcar com sua responsabilidade – que, de fundo, será suportada pela sociedade – que pode ser atenuada por causas excludentes da responsabilização.

⁵³ MAZEAUD; MAZEAUD, 1949, t. 2, p. 369, tradução do autor.

⁵⁴ VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. t. 1. p. 617.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO

A conceituação de responsabilidade extrapola o âmbito civil – há responsabilidade penal, tributária, administrativa etc. Isto porque há uma noção, inata à ideia de responsabilidade, que subjaz a quaisquer tipos de responsabilidade, e a partir da qual se torna possível derivar várias espécies: “o responsável é aquele que responde”⁵⁵ - e quem responde juridicamente, responde por *reprovação a algo*.⁵⁶ Efetivamente, se responsável é aquele que responde por algo, a inexistência de algo pelo que responder inviabiliza a caracterização da responsabilidade.

Este *algo* que qualifica a determinada condição de um sujeito em responder por algo é o que diferencia as várias espécies de responsabilidade. Na responsabilidade penal, o indivíduo responde pelo cometimento de um delito – violação de uma norma de direito público; o responsável tributário é aquele posicionado no polo passivo de uma obrigação tributária, primária ou secundária, e que deve satisfazê-la; a responsabilidade administrativa condiz com a sujeição de determinado sujeito à imposição de medidas regidas pelo Direito Administrativo, pelo Poder Público, em razão do cometimento de um ato ilícito administrativo.

A responsabilidade jurídica, assim, está sempre ligada à violação de uma norma. Neste sentido, diz-se que “o que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente”.⁵⁷ A propósito, esta é a lição de MARTON:

A expressão “responsabilidade” define a situação na qual nos encontramos quando, descumprindo um dever, uma obrigação prescrita em uma norma qualquer (lei, costume, preceito moral ou religioso etc.), nos vemos expostos às consequências negativas aplicadas pela autoridade chamada a velar pela observação da norma, previstas em caso de violação desta mesma norma.

⁵⁵ MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, t. 1, p. 2.

⁵⁶ DELIYANNIS, Jean. **La notion d'acte illicite**: considéré em as qualité d'élément de la faute délictuelle. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. p. 3.

⁵⁷ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. p. 11.

Mais brevemente: somos responsáveis quando devemos assumir as consequências da violação de um dever, de uma obrigação.⁵⁸

A responsabilidade civil, entretanto, tem outro qualificador – não um tributo, um delito ou um ilícito administrativo, mas um dano⁵⁹ - a violação de uma norma de direito privado. Daí se afirmar que “aquele que indiscutivelmente causou o dano deverá invariavelmente ser qualificado como responsável”.⁶⁰

A conceituação de responsabilidade, entretanto, não é pacífica. A responsabilidade está frequentemente relacionada à ideia de obrigação, a justificar MARTON a afirmar que a ideia de responsabilidade não é autônoma; “ela é, ao contrário, complementar de uma noção preliminar, mais profunda, que é a de *dever*, de *obrigação*”.⁶¹ Justifica, também, JOSSERAND afirmar que os atos ilícitos são também fontes de obrigações – que, por pressuposto, ensejam responsabilização.⁶²

A vinculação entre obrigação e responsabilidade é tão grande que aquela chega a estar inclusa na definição desta – embora a ideia de obrigação, como já dito, seja mais ampla que a de responsabilidade. Neste diapasão, ZANOBINI afirma que responsabilidade “é a expressão que indica a obrigação pela qual alguém, a qualquer título, se vincula à consequência de um fato danoso”.⁶³

Contudo, a inter-relação dos conceitos é meramente didática: vincula-se uma figura à outra porque a noção de responsabilidade assume grande relevo no campo obrigacional, porque este a elege como elemento constitutivo da obrigação – o vínculo obrigacional consiste na soma do *débito* e da *responsabilidade*.⁶⁴ O débito consistiria no “dever jurídico do devedor de adimplir a prestação na forma do objeto”.⁶⁵ A responsabilidade, por sua vez:

⁵⁸ MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine, essai d’un système unitaire. Paris: Sirey, 1938. v. 2. p. 251.

⁵⁹ PAULUS, Jean-Pierre. **Essai d’une explication sociologique de la responsabilité, de la garantie, du col et du concours des actions**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. p. 25.

⁶⁰ JOSSERAND, Luigi. **Dei contratti di trasporto**. Milão: Società Editrice Libreria, 1926. p. 573. Tradução do autor.

⁶¹ MARTON, 1938, p. 251.

⁶² JOSSERAND, Luigi. **Derecho civil**: teoría general de las obligaciones. Buenos Aires: Bosch, 1950. t. 2. v. 1. p. 291.

⁶³ ZANOBINI, 1950, v. 1, p. 269.

⁶⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 143.

⁶⁵ GANGI, Calogero. **Le obbligazioni**. Milão: Giuffrè, 1951. p. 25.

[...] consiste na sujeição do devedor ao poder coativo do credor no caso de inadimplemento da prestação devida, poder este que se aplica normal e principalmente mediante ação e execução forçada sobre o patrimônio do devedor.⁶⁶

Percebe-se, das breves exposições conceituais, que é grande o préstimo da responsabilidade para o conceito de obrigação, e é neste que a responsabilidade encontrou campo fértil para seu desenvolvimento. Não obstante, os conceitos são distintos, podendo se falar em obrigação sem responsabilidade, bem como em responsabilidade sem débito – que, por consequência desnatura a obrigação.⁶⁷

2.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS

2.2.1 Dano

Conforme dito anteriormente, o que qualifica a responsabilidade civil e a distingue das demais formas de responsabilidade é a violação de uma norma de direito privado que cause dano a outrem.⁶⁸ O dano, assim, é verdadeira *conditio sine qua non* para a configuração da responsabilidade civil.

A questão do dano liga-se intimamente à ilicitude da conduta danosa e à questão da obrigação legal de indenizar, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro – como, de regra, a maioria dos ordenamentos estrangeiros – determina que o cometimento de dano a alguém configura ato ilícito (art. 186 do Código Civil) e quem o causa deve repará-lo (art. 927 do Código Civil).

Neste contexto, uma importante distinção deve ser feita. Dano e ilícito são dois institutos jurídicos distintos. Embora visceralmente unidos, distinguem-se. A ilicitude é a qualidade daquilo que, cotejado com o disposto em norma jurídica, com esta entra

⁶⁶ GANGI, 1951, p. 31.

⁶⁷ Antunes Varela dá exemplos de ambos os casos. Como exemplo de débito sem responsabilidade estão os créditos prescritos e as dívidas de jogo – estas, inclusive, são exemplos clássicos de débito sem responsabilidade, já que o pagamento realizado não pode ser repetido (art. 814 do Código Civil brasileiro), e só se pode pagar algo que configure débito. Por outro lado, caso de responsabilidade sem débito é o do fiador, que se responsabiliza pelo débito de outrem (artigo 818 do Código Civil brasileiro). O jurista citado, entretanto, à luz dos exemplos que fornece, critica a cisão do conceito de obrigação em débito e crédito nos moldes acima expostos, razão pela qual propõe uma noção unitária de obrigação (ANTUNES VARELA, 2005, v. 1, p. 147).

⁶⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 6.

em conflito. O dano, por sua vez, é a lesão a algum bem jurídico tutelado. Como o direito se presta a proteger bens jurídicos e a regular a convivência em sociedade, não raras vezes o descumprimento de uma norma acarrete dano a outrem – o que não significa, em absoluto, que toda regra descumprida gere evento danoso. Daí dizer MARINONI que “o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito”.⁶⁹

Assim, tendo por firme a premissa de que dano é toda lesão que uma pessoa sofre, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico,⁷⁰ deve se lembrar da advertência que o dano deve ser sempre certo e atual.⁷¹ Certo no sentido de que sua existência é incontestável – ainda que decorrente de projeções ou de possibilidades, como, respectivamente, nos lucros cessantes e na perda de uma chance – e atual com relação à conduta que se diz danosa, isto é, que o dano não preexista àquela conduta. Somente com o preenchimento destes dois requisitos o dano pode ser indenizável, pois, caso contrário, determinar a extensão do prejuízo seria impossível.

Portanto, havendo ato ilícito que cause danos⁷² a regra é o surgimento do dever de indenizar. É o se denomina, na clássica distinção do fundamento das obrigações, de obrigação *ex lege*.⁷³

Questão que outrora causou intensa discussão, hoje já pacificada, é a natureza dos danos suscetíveis de indenização pelo agente que praticou o ato ilícito. Questionava-se se o dano moral e o dano estético seriam apreciáveis em sede de responsabilidade civil, e a resposta, sabidamente, é positiva.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.46.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7. p. 61.

⁷¹ LALOU, Henri. **Traité pratique de la responsabilité civile**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1949. p. 94.

⁷² A ilicitude é indispensável para a responsabilidade civil do agente e consequente indenização no direito pátrio. Com efeito, calcado na separação entre ilicitude e dano, o Código Civil previu situações em que embora possa haver dano, não haverá ilicitude – este é o teor da norma inscrita no artigo 188, I e II, do aludido diploma, que exclui do campo da ilicitude os atos praticados em estado de necessidade ou em legítima defesa.

⁷³ A clássica dicotomia estabelecida no direito obrigacional que separa as obrigações em oriundas de lei (*ex lege*) ou contrato (*ex voluntas*) tem sido alvo de críticas de diversas partes da doutrina. ANTUNES VARELLA elabora contundente crítica à distinção sob o fundamento de que toda e qualquer obrigação tem seu fundamento de obrigatoriedade na lei (ANTUNES VARELLA, 2005, p. 206) – o que se torna particularmente irresponsável perante a Constituição Federal brasileira, que no artigo 5º, II, afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Se dano é “um atentado a um direito subjetivo”⁷⁴, e levando-se em consideração que todo sujeito de direito é detentor de direitos da personalidade, não se pode negar que estes, direitos por excelência, estejam expostos a danos. Foi neste prisma que se objetou ser “repugnante à razão, ou ao sentimento, ressarcir-se em dinheiro o que consistiu em dano à honra, ou à integridade física”.⁷⁵ A esta crítica, entretanto, PONTES DE MIRANDA responde não haver impedimento para que se transfira um bem patrimonial para tentar cobrir um dano não-patrimonial, e arremata:

Se se nega a estimabilidade patrimonial do dano não-patrimonial cai-se no absurdo da não-indenizabilidade do dano não-patrimonial; portanto, deixar-se-a irressarcível o que precisaria ser indenizado. Mais contra a razão ou o sentimento seria ter-se como irressarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de considerar o interesse moral e intelectual acima do interesse econômico, porque se trata de ser humano.⁷⁶

Efetivamente, toda e qualquer lesão a interesses legítimos são tutelados pela norma jurídica⁷⁷ que incorpora o secular dever de *neminem laedere* – não causar dano a outrem. Assim, danos extrapatrimoniais também são suscetíveis de indenização, embora sua mensuração e fixação pelo Poder Judiciário ainda não tenha encontrado bases fixas e careça de mais aprofundada análise da doutrina.⁷⁸

Por fim, a questão do dano é relevante na medida em que serve de para o cálculo do valor devido a título de indenização; é o que preceitua o artigo 944 do Código Civil. O parágrafo único do aludido dispositivo faculta ao magistrado reduzir o valor da indenização nos casos em que o valor para esta fixado for desproporcional

⁷⁴ PUECH, Marc. **L’illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1973. p. 239.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, 1971, v. 53, p. 219.

⁷⁶ loc. cit.

⁷⁷ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.7.

⁷⁸ O Superior Tribunal de Justiça tem diversos enunciados de sua Súmula acerca da responsabilidade por dano moral. A começar pelo verbete 37, que dispõe ser cumulável os pedidos de indenização por danos materiais e danos morais oriundos do mesmo fato – verbete esse que consagrou, no Brasil, o sucesso da tese afirmativa dos danos morais. Mais tarde veio a ser aprovado o enunciado 227 de sua Súmula, que, em decorrência de interessante ilação, fixa ser cabível o pedido de indenização por dano moral formulado por pessoa jurídica, dado que esta pode ser alvo de dano em sua honra objetiva. Os verbetes 370, 388 e 403 firmam presunções acerca da existência de dano moral, respectivamente, nas situações de cancelamento de cheque pré-datado, devolução indevida de cheque e publicação indevida de imagem de pessoa. O verbete 387, por fim, pacificou o entendimento de que danos estéticos e morais são cumuláveis. Não obstante o frequente questionamento perante o Judiciário acerca dos danos morais, ainda não se estabeleceram critérios estáveis de fixação do *quantum* indenizatório – dificuldade esta que repousa, principalmente, no fato de “a ciência ainda não descobriu a fórmula segura para medir as emoções” (MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 385).

ao grau de culpa do agente – válido, obviamente, para os casos de responsabilidade subjetiva, em que se cogita haver *culpa*.

Ocorre que a extensão dos danos não dá azo somente à análise feita em juízo para a determinação do *quantum* devido. Atualmente, reparação do dano tem levantado intensos debates acerca do *caráter* da reparação. A discussão é efetivamente extensa⁷⁹, e tem diversos argumentos.

Para os fins deste trabalho, impende apenas consignar que o ordenamento jurídico brasileiro elegeu, como prioridade na fixação da indenização, seu caráter reparatório⁸⁰; sua aptidão em fazer a situação de fatos retornar ao *status quo*. Pretende-se, pela doutrina do *punitive damages*, que a indenização seja majorada em determinados casos para que esta sirva, além de reparação dos danos, de punição ao agente e para que o desestimule e até busque evitar a repetição do evento.⁸¹

2.2.2 Conduta, Fato Danoso e a Noção de Culpa

A existência do dano deve, evidentemente, resultar de algum ato ou fato jurídico atribuível a outro sujeito, já que não se pode cogitar de alguém reclamar a própria responsabilidade civil por um dano que sofreu. No exemplo dos irmãos MAZEAUD, um indivíduo que trafega pela cidade com seu automóvel em alta velocidade e se envolve em um acidente não pode se voltar ao Judiciário para reclamar sua própria responsabilidade civil.⁸² E a razão para tanto é simples: falta a *bilateralidade atributiva* ínsita a qualquer norma jurídica – desta falta decorre a impossibilidade de se firmar uma relação jurídica de responsabilidade e, ainda, uma relação processual com mesmo fundo.

⁷⁹ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 671.

⁸⁰ É o que se extrai do artigo 944 do Código Civil. Deveras, se a indenização, que é o valor a ser pago a quem sofreu prejuízo pelo dano, se mede pela extensão deste, conclui-se que a função precípua do valor a ser recebido é a reparação do dano sofrido. Caso contrário, quisesse o legislador instituir uma política de prevenção e punição, teria ressaltado que a indenização, além de cobrir as despesas da reparação do dano, também seria balizada pela prevenção de novos danos e na punição do agente.

⁸¹ MARTON, 1938, v.2, p. 346.

⁸² MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, t. 1, p.2.

Em ensinamento que se aproxima da própria definição de responsabilidade civil – que, como visto, resulta da violação de um dever, na linguagem de MARTON – RODRIGUES:

A indenização deve derivar de uma ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou se omitindo, infringe um dever contratual, legal ou social. A responsabilidade resulta de fato próprio, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que devia tomar.⁸³

A análise da doutrina clássica da responsabilidade civil, entretanto, leva a discussão acerca deste elemento para outro enfoque, distinto da análise da conduta propriamente dita. A culpa, entre nós,⁸⁴ foi trabalhada como um dos elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil. Neste escopo teve relevância a análise das modalidades em que a culpa se apresenta – primeiramente, se é caso de dolo ou culpa *stricto sensu* e, sendo esta última, se a culpa é grave, leve, *in eligendo*, *in vigilando*, *contrahendo*⁸⁵ etc.

Esta ênfase recai sobretudo em razão da grande difusão que ganhou a chamada *teoria da culpa* nos ordenamentos jurídicos do mundo. Os irmãos MAZEAUD concluíram, em razão da fecunda doutrina que surgia acerca das noções de culpa e de sua influência principalmente na chamada responsabilidade contratual, que a adoção em voga reflete “a superioridade do princípio da culpa sobre o do risco”.⁸⁶

A referida teoria não é indene a críticas e é “tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insignes aos que ousam proclamar a sua insuficiência

⁸³ RODRIGUES, 2002, v. 4, p. 19.

⁸⁴ A tônica na culpa, elemento psíquico da conduta, é constante também na doutrina clássica estrangeira. Os franceses expendem largas notas acerca da *responsabilité du fait d'autrui* e *du fait des choses*, o que realça sobremodo os elementos objetivos, externos, que ensejam a responsabilidade. Contudo, esta análise é feita somente no campo extracontratual; na modalidade contratual prepondera a noção de *faute* para configuração do liame de responsabilização (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, t. 1, p. 380). Frise-se, contudo, que há ressalvas no sentido de que na responsabilidade extracontratual (aquiliana) a reparação é integral independentemente do grau de culpa do agente (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle**. Paris: Sirey, 1950. t. 3. p. 477). A doutrina italiana, por sua vez, além de trabalhar com a responsabilidade contratual de modo igual aos franceses (foco na culpa), chega a afirmar que o conteúdo de um ilícito extracontratual coincide justamente com aquilo que se denomina “culpa aquiliana” (RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. **Instituzioni de diritto privato: diritti di obbligazione e contratti, tutela dei diritti**. 8. ed. Milão: Giuseppe Principato, 1954. v. 2. p. 84). Percebe-se, assim, a ênfase não no fato objetivo que causou a violação, mas no elemento anímico, subjetivo, que serviu de móvel para o agente.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63-75.

⁸⁶ MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, t. 1, p. 373.

em face das necessidades criadas pela vida moderna”.⁸⁷ Em abono à crítica feita à teoria subjetiva, MARTON sustenta que com vistas a “maior realização da justiça social”⁸⁸, é necessário não abolir a ideia de culpa, que continuaria sendo uma forma de se examinar a questão da responsabilidade, mas adotar outros parâmetros também capazes de atingir o mesmo fim, dentre os quais o *interesse*⁸⁹, pelo qual aquele que pratica uma atividade em seu próprio interesse deve ter o dever de se responsabilizar pelas consequências de sua atividade.

Não obstante o prestígio que tenha desfrutado, desde os romanos, a noção de culpa, a teoria objetiva vem ganhando espaço no mundo jurídico – seja pelo desgaste teórico que a teoria subjetiva sofreu ao longo dos anos, seja por imperativo das transformações que da sociedade que requerem sua respectiva adequação no âmbito jurídico.

Já em 1960, ao lado de José de Aguiar Dias, Wilson Melo da Silva propugnava a adoção da teoria do risco em desfavor da teoria subjetiva, considerando esta um retrocesso embalado “pelos cômodos de um tradicionalismo tornado já *démodé*”.⁹⁰ A “responsabilidade sem culpa”, defendida pelo professor mineiro, realizaria, a um só tempo, imperativos de paz social e bem comum,⁹¹ a solidariedade⁹² e a equidade⁹³; objetivos estes alcançados em razão de uma teoria que, por mais técnica e abrangente, seria capaz de atender aos anseios da sociedade e atingir situações não atendidas pela responsabilidade subjetiva.

De qualquer sorte, deixando de lado as divergências entre as teorias objetiva e subjetiva da responsabilidade civil, impende verificar que, quanto ao elemento essencial à configuração do instituto, mister a presença de uma conduta – seja ela comissiva ou omissiva. Efetivamente, danos não ocorrem *sponte própria*, mas são ocasionados por algo; no caso da responsabilidade civil, uma conduta humana. Assim, “essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”,⁹⁴ pois não havendo algum feito atribuível a um sujeito, não se pode atribuir a responsabilidade pelo dano a ninguém.

⁸⁷AGUIAR DIAS, 1960, p. 53.

⁸⁸ MARTON, 1938, v. 2, p. 431.

⁸⁹ Ibid., p. 367.

⁹⁰ MELO DA SILVA, Wilson. **Responsabilidade sem culpa**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962. p. 147.

⁹¹ Ibid., p. 269.

⁹² Ibid., p. 270.

⁹³ Ibid., p. 271.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36.

Ponto interessante quando da análise da conduta como elemento deflagrador de um dano e que enseja a responsabilidade civil pertence à responsabilidade extracontratual – máxime no tocante à responsabilidade por fato de terceiro e por fato de coisas e animais.

Em primeiro lugar cumpre consignar o caráter excepcional da responsabilidade por fatos de outrem ou de animais e coisas⁹⁵; a responsabilidade civil tem como foco a responsabilidade do agente causador do dano, de sorte que a atribuição de responsabilidade para um terceiro sujeito, realizado pela lei, é apenas episódica. Nestes casos, ocorre uma derrogação do princípio geral de que a responsabilidade deve recair sobre o causador do dano⁹⁶, e a lei chama responsáveis (pais, proprietários de edifícios ou donos de animais, por exemplo) para que respondam pelos atos ou fatos causados por agentes ou coisas em seu âmbito de responsabilidade.

O princípio de que a responsabilidade deve ser somente por fato próprio, também chamada de responsabilidade direta, “não satisfaz ao anseio de justiça”.⁹⁷ O motivo dessa eleição é único:

A razão desta responsabilidade é que certas pessoas devem velar pela conduta de outros indivíduos que lhes são subordinados por diversos títulos diferentes, e impedir o dano que a inexperiência ou a malícia destes possam causar.⁹⁸

Em seguida, é necessário consignar que os defensores da teoria da culpa afirmam que em tais casos ainda há análise de culpa, pois é com base nesta que se verificará se o responsável violou ou não, culposamente, algum dever legalmente oposto.⁹⁹

Esta, contudo, não é a realidade para o ordenamento jurídico brasileiro. Antes do Código Civil de 2002, na vigência do Código Civil de 1916, exigia-se que nas hipóteses de responsabilidade pelo fato de terceiro restasse comprovada a culpa do responsável.¹⁰⁰ Entretanto, ante a dificuldade em se provar a culpa – principalmente

⁹⁵ MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, t. 1, p. 677.

⁹⁶ SOURDAT, M. A. **Traité général de la responsabilité ou de l'action em dommages-intérêts en dehors des contrats**. Paris: Marchal et Billard, 1911. t. 2. p. 3.

⁹⁷ PEREIRA, 2002, p. 85.

⁹⁸ SOURDAT, op. cit., loc. cit.

⁹⁹ Op. cit., p. 678.

¹⁰⁰ GONÇALVES, 2002, p. 128.

por ser um elemento eminentemente subjetivo – a doutrina e jurisprudência pátrias começaram a dispensar a aludida comprovação, firmando uma presunção *juris tantum* acerca da culpa do responsável.

Com o advento do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil por fato de terceiro passou a prescindir da análise de culpa. Vale dizer, não era caso de presunção de culpa; a responsabilidade era atribuída a um responsável, independentemente da perquirição do dolo ou culpa.¹⁰¹

O que se pretende afirmar com esta análise da culpa no âmbito da responsabilidade indireta é que, mesmo nestes casos, há uma conduta ou fato danoso. Nestas hipóteses, no dizer de SOURDAT, há uma “derrogação”¹⁰² do princípio pelo qual o agente responde por seus atos, de sorte que a conduta é praticada por A, mas a responsabilidade é atribuída a B. Mesmo nos casos de fatos de coisas ou de animais, em que não há conduta, há um *fato jurídico* decorrente de uma coisa, mas que a lei obriga um responsável a responder pelo evento.

2.2.3 Nexo de Causalidade

O último elemento necessário à formação da responsabilidade civil é o nexos de causalidade existente entre a conduta ou fato e o dano em análise. Tanto na responsabilidade direta (fato próprio) quanto na indireta (fato de terceiro ou de coisas e animais) há sempre “um dano, *causado* pela ação ou omissão do agente, ou pela ação ou omissão de seu filho, de seu pupilo, de seu preposto, ou de coisa inanimada que tinha sob suba guarda etc”.¹⁰³

De início é relevante assentar que a causalidade não necessariamente pressupõe um contato material entre o agente e o dano.¹⁰⁴ Se assim fosse, não se poderia falar em responsabilidade por ato omissivo.

O problema que se põe, entretanto, não é saber que tipos de conduta ou de fatos podem ser considerados como causa, mas *o que* é uma causa suficiente para a produção de um dano. Neste sentido, “do ponto de vista lógico, todo fato antecedente

¹⁰¹ GONÇALVES, 2002, p. 130.

¹⁰² SOURDAT, 1911, t. 2, p. 3,

¹⁰³ RODRIGUES, 2002, v. 4, p. 163.

¹⁰⁴ LALOU, 1949, p. 197.

pode ser tido como uma causa secundária do fato conseqüente de modo que, sem ele, este não teria ocorrido”¹⁰⁵

Esta definição expressa a chamada *teoria da equivalência das condições*. Para ela, como se nota, todo e qualquer fato antecedente a um determinado evento pode ser sua causa. Todavia, considerar qualquer antecedente como causa leva a um problema insolúvel evidente: cria-se um sem-número de causas possíveis.¹⁰⁶

Mais satisfatória à análise do nexo de causalidade, ainda que possa ser alvo de críticas, é a *teoria da causalidade adequada*, pela qual um evento só pode ser considerado causa de outro quanto dele decorra uma maior possibilidade de causação. Vale dizer: pela teoria da causalidade adequada, busca-se encontrar, por meio de um critério de previsibilidade,¹⁰⁷ qual, dentre todos os eventos antecedentes ao evento danoso “está em condições de necessariamente tê-lo produzido”.¹⁰⁸

O ordenamento brasileiro adotou a teoria da causalidade adequada já antes da vigência do Código Civil de 2002¹⁰⁹ – enquanto havia disposição expressa que possibilitava tal ilação. Dentro do atual Código, contudo, não há mais disposição equivalente, razão pela qual se extraiu, do artigo 403, a noção de que a teoria da causalidade adequada continua sendo a utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹¹⁰

Aludido artigo, apesar de tratar da inexecução de um contrato, carrega em seu bojo uma locução que, tem-se entendido, aplica-se também à responsabilidade extracontratual.¹¹¹ Pela redação legal, mesmo que a inexecução de um contrato resulte de dolo ou culpa, os prejuízos só se contabilizarão, nas perdas e danos, se efetivamente decorrerem por “efeito direto e imediato”.

O que se conclui, pela leitura do referido artigo, é que há *necessidade* de que o dolo ou culpa do agente seja causa *imediate* e *direta* do evento danoso. E desta leitura, incontestemente por todos, surgem discrepâncias. Há quem entenda que a representação que se faz é a da adoção da *teoria do dano direto e imediato*¹¹², que

¹⁰⁵ RODIÈRE, 1952, p. 233.

¹⁰⁶ Id., *ibid.*

¹⁰⁷ FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità civile**. Padova: Antonio Milani, 1968. p. 52.

¹⁰⁸ PEREIRA, 2002, p. 79.

¹⁰⁹ GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1972. p. 43.

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53.

¹¹¹ CARALIERI FILHO, op. cit., loc. cit.

¹¹² CAHALI, 2007, p. 75.

seria um amálgama das teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada,¹¹³ enquanto, como já visto, há quem sustente ser a expressão diretamente atribuível à teoria da causalidade adequada.¹¹⁴

Não obstante, importa assentar que à falta de previsão expressa do Código Civil a interpretação dominante, à par da nomenclatura que se empregue ao método, é no sentido de analisar a causalidade a partir de um prisma de possibilidade e imediatismo do dano – causa é todo evento antecedente que, próximo ao dano, é apto a causa-lo.

2.2.3.1 Caso Fortuito e Força Maior

Como já observado, a causalidade deve ser analisada, no atual estágio evolutivo da dogmática da responsabilidade civil, através da *adequação para causação do evento danoso* – é o que se denomina de causalidade adequada. Entre todos os fatores que podem ensejar a produção de um resultado que atinja bens juridicamente tutelados, há causas específicas que, por sua natureza, tem o condão de romper com o nexo de causalidade entre determinada conduta e o dano. Nestas hipóteses, por não haver um dos elementos que constituem a responsabilidade civil, a vítima “suportará todo o peso do dano”¹¹⁵ já que a obrigação de reparação deixará de existir.¹¹⁶

Dentre as causas que desfazem o vínculo de responsabilidade e afastam o conseqüente dever de indenizar estão o caso fortuito e a força maior, cuja previsão legislativa se encontra espalhada pelo Código Civil. Entretanto, a passagem de maior relevo para a análise da responsabilidade civil está contida no artigo 393, parágrafo único, do aludido diploma, cuja redação é a seguinte: o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

A compreensão literal do dispositivo em voga leva a uma conclusão única: caso fortuito e força maior são sinônimos para um mesmo instituto, afinal a utilização do

¹¹³ GONÇALVES, 2002, p. 523.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, 2012, p.53.

¹¹⁵ MAZEAUD; MAZEAUD, 1949, t. 2, p. 467.

¹¹⁶ GAUDEMET, Eugène; DESBOIS, Henri; GAUDEMET, Jean. **Théorie Générale des Obligations**. Paris: Sirey, 1937. p. 382.

conectivo lógico *ou*, em sua função inclusiva, faz compreender, na definição, tanto *força maior* quanto *caso fortuito*. Esta conclusão já não é recente.

A ilação de que caso fortuito e força maior são equivalentes é adotada pela doutrina brasileira há anos.¹¹⁷ Neste sentido, após consignar que os efeitos dos institutos são idênticos, CARVALHO DE MENDONÇA afirma que:

A sinonímia está hoje admitida. Desde que o caso é inevitável, não mais se admitem as distinções de fatos da natureza e de fatos do homem. Conceitualmente, não são coisas diversas, sendo, aliás, a força maior uma espécie de caso fortuito.¹¹⁸

Ainda que se sustente que a força maior está vinculada à ideia de inevitabilidade e o caso fortuito à de imprevisibilidade, a doutrina e os tribunais têm rechaçado a distinção e, quando admitindo diferença entre institutos, negado relevo prático à questão.¹¹⁹ Entendimento em sentido oposto contrariaria não só a noção de *instituto jurídico* como o próprio direito legislado – que, no caso do artigo 393, parágrafo único, do Código Civil, não deixa margem para interpretações *contra legem*.

Efetivamente, se instituto jurídico é o conjunto de normas articuladas pela comunhão de um mesmo fim,¹²⁰ não se pode dizer que caso fortuito e força maior se refiram a institutos diferentes, dado que o regime jurídico das figuras na legislação brasileira¹²¹ as une de modo inseparável. Assim, como o ordenamento jurídico pátrio não oferece bases seguras para a distinção das figuras, bem como são elas historicamente tratadas conjuntamente,¹²² a solução mais adequada é considerar as duas figuras em relação de sinonímia.

¹¹⁷ AGUIAR DIAS, 1960, v. 2, p. 722.

¹¹⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. t. 6, v. 1. p. 334.

¹¹⁹ MAZEAUD; MAZEAUD, 1949, t. 2, p. 471.

¹²⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2002. p. 191.

¹²¹ Com efeito, o tratamento do caso fortuito e da força maior no Código Civil brasileiro é idêntico. O artigo 393, já mencionado, exclui a responsabilidade do devedor por prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior. Os artigos 399, 575, 583, 667, §1º e 868 do diploma aludido ressalvam hipóteses, respectivamente à mora e aos contratos de locação, comodato, mandato e à gestão de negócios, em que embora haja configuração de caso fortuito ou força maior, as partes por elas se responsabilizam seja por elas causarem, estarem de má-fé ou em mora.

¹²² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 129

Neste sentido, a definição fornecida pelo Código Civil brasileiro – eventos necessários e inevitáveis – não merece reparos: une as figuras, explicitando tratar-se de um único instituto, máxime pelos efeitos idênticos.¹²³

Duas correntes se prestam ao mister de definir em quais hipóteses há caso fortuito ou força maior. De um lado, para a corrente subjetiva haveria rompimento do nexo de causalidade sempre que restasse comprovada a *exactissima diligentia* do agente.¹²⁴ Assim, haveria responsabilidade a menos que se provasse um agir sobremodo diligente, superior ao “homem médio”, que excluísse sua culpa. Caso fortuito e força maior, portanto, se referem à ausência de culpa. Por outro lado, em crítica à teoria subjetiva, a teoria objetiva “buscou caracterizá-lo com elementos decorrentes dos próprios acontecimentos, com abstração das condições pessoais e da diligência do obrigado”,¹²⁵ associando a noção de caso fortuito e força maior a um evento exterior e não imputável a um dos agentes da relação jurídica.¹²⁶

A doutrina civilista majoritária, com fulcro no artigo 1058, parágrafo único do Código Civil de 1916 – de redação extremamente semelhante ao artigo correspondente no Código Civil de 2002 –, defendia a adoção da teoria objetiva da exclusão do nexo causal,¹²⁷ ressaltando pontuais entendimentos contrários.¹²⁸ Na vigência do atual Código Civil, a doutrina, não obstante continue a gerar dissensos quanto a sinonímia das figuras, objetivou a análise do caso fortuito e da força maior, ressaltando o traço da inevitabilidade ínsita a ambas.¹²⁹

2.2.3.2 Culpa Exclusiva de Terceiro e da Vítima

Outras duas hipóteses que afastam a responsabilidade civil de um agente no caso de um evento danoso são verificadas na *culpa da vítima* e *culpa de terceiro*.

¹²³ Não se objete que a definição de objeto pelo seu efeito é metodologicamente incorreta. No presente caso não se está a unificar as figuras da força maior e caso fortuito pelos seus efeitos. O regime jurídico conferido para ambos é idêntico, conferindo unidade ao instituto – o que é apenas evidenciado pela identidade de efeitos.

¹²⁴ JUNOD, Charles-André. **Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile**. Genebra: Librairie de L'université, 1956. p. 11.

¹²⁵ FONSECA, 1958, p. 27.

¹²⁶ JANOD, 1956, p. 17.

¹²⁷ AGUIAR DIAS, 1960, v. 2, p. 722. FONSECA, 1958, p. 133.

¹²⁸ ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 299.

¹²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 357.

Impende verificar, já de início, que a expressão “culpa” não é apropriada à análise dos institutos em questão, justamente porque mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, onde não há valoração de culpa entre agentes, os aludidos institutos ainda se prestam a romper o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade civil.¹³⁰

A figura da culpa de um terceiro ou da vítima começou a ganhar relevo quando da análise do contrato de transporte,¹³¹ que justamente por abranger a chamada cláusula de incolumidade,¹³² ensejou a indagação acerca de eventual responsabilidade do transportador quando da ocorrência de um fato estranho à relação de transporte.¹³³ Investigou-se a responsabilidade por fatos estranhos à relação jurídica à luz da imprevisibilidade.

Neste ponto, noticia AGUIAR DIAS a existência de duas correntes: de um lado, os que entendem somente ser a culpa da vítima ou terceiro idônea para exonerar a responsabilidade nos casos em que se afigura como causa exclusiva do evento danoso e, de outro, os defensores que mitigam a necessidade de quase equiparar o fato de terceiro ao caso fortuito e à força maior.¹³⁴

Para o ordenamento jurídico brasileiro, se a culpa exclusiva é de terceiro ou da vítima, esta necessariamente exonera a responsabilidade do agente¹³⁵ – o que é consentâneo com a noção de que somente o causador do dano é responsável por sua reparação, já que quem causa dano a si próprio não pode pleitear reparação de si mesmo (culpa da vítima), bem como não se pode cogitar de responsabilidade por fato de outrem (culpa de terceiro) a não ser nos casos expressamente previstos em lei.

Questão de maior dificuldade é a relativa às concausas, de regra mais numerosas. Efetivamente, há situações em que mais de um fator contribui para a causação do dano, sendo necessário sopesar a efetiva participação (ou determinação) de cada causa para a superveniência do evento danoso. Nestas situações:

¹³⁰ As expressões “culpa da vítima” e “culpa de terceiro”, embora possam ser inapropriadas, encontram-se amplamente difundidas na doutrina e na jurisprudência brasileira e também estrangeira, razão pela qual optou-se, também neste trabalho, por adotá-las.

¹³¹ Anote-se que a doutrina anuncia que desde Ulpiano a figura da culpa da vítima era apta a excluir a responsabilidade civil do agente (LALOU, 1949, p. 239). Seria mais recente, então, somente a análise do fato de terceiro e da análise das concausas que contribuem para o evento danoso.

¹³² É assim chamada a cláusula essencial ao contrato pela qual o “o transportador de pessoas tem dever de resguardar a integridade física e psíquica do viajante, e o dever de custódia, concernente aos bens” (PONTES DE MIRANDA, 1971, v. 45, p. 21).

¹³³ JOSSERAND, 1926, p. 936.

¹³⁴ AGUIAR DIAS, 1960, v. 2, p. 717.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 715.

Se o ofendido concorreu para o dano, ou se o aumento, a relação de causalção entre o dano e o fato pelo qual outrem é responsável é apenas a do dano causado *menos* aquele que se liga ao ato do ofendido.¹³⁶

Vale dizer que no caso de concorrência de culpas estas não se compensam:¹³⁷ se o evento danoso é fruto de culpa do agente e da vítima, haverá concorrência da responsabilidade do agente com o dever de suportar parcela do dano por parte da vítima¹³⁸; caso haja concurso de culpa entre o agente e terceiro, estes responderão conjuntamente¹³⁹ perante o lesado.¹⁴⁰

É necessário ressaltar uma situação excepcional, observada no âmbito dos tribunais pátrios, relativa às causas de exclusão da responsabilidade nos contratos de transporte.

O enunciado 187 da Súmula do Supremo Tribunal Federal tem redação idêntica ao artigo 735 do atual Código Civil, e dispõe no sentido de que a culpa de terceiro não elide a responsabilidade do transportador pelos danos causados ao transportado.

O tema ganhou novos contornos, máxime com a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, diante dos efeitos potencialmente prejudiciais resultantes da aplicação estrita dos preceitos acima mencionados.

A responsabilidade do transportador, que deve transportar incólume a pessoa ou coisa, não pode ser ampliada de maneira tal que abranja inclusive fatos não relativos ao contrato de transporte em si; tal entendimento levaria ao absurdo de responsabilizar o transportador por qualquer tipo de evento danoso que atingisse o passageiro ou avariasse o bem em sua detenção.

Neste propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que fatos de terceiro, quando não relativos ao contrato de transporte, se equiparam ao denominado *fortuito externo* – em alusão à circunstância alheia (exterior; externa) que intervém e causa dano ao passageiro ou coisa – de modo a afastar a responsabilidade do

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, 1972, v. 22, p. 197.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 195.

¹³⁸ RODRIGUES, 2002, p. 166.

¹³⁹ A responsabilidade conjunta de agente e terceiro depende em grande medida da natureza jurídica existente entre o agente e aquele que sofreu o dano. A natureza pode ser contratual ou extra-contratual, ganhando relevo a discussão na fixação da mora e demais efeitos do inadimplemento. A relação pode ser civil ou consumerista, atraindo, neste segundo caso, hipóteses de responsabilidade objetiva e solidariedade entre responsáveis.

¹⁴⁰ AGUIAR DIAS, 1960, v. 2, p. 715.

transportador.¹⁴¹ Como ilustração típica tem-se o caso do indivíduo que, estando fora do meio de transporte, dispara contra este, atingindo passageiro.¹⁴² Neste entendimento, já majoritário, a alegação de culpa de terceiro estaria afastada apenas nos chamados *fortuitos internos* – aqueles relativos à natureza do contrato de transporte.

2.3 MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.3.1 Responsabilidade Subjetiva

Como mencionado de modo breve anteriormente, a responsabilidade civil denominada subjetiva tem fundamento no conceito de culpa – conceito dos mais antigos e difíceis¹⁴³ de se fixar os limites.

A culpa, como trabalhada pela doutrina civil, comporta dois elementos, a saber: objetivo e subjetivo. O objetivo seria a contrariedade de uma conduta a uma norma, enquanto que o elemento subjetivo consistiria na intencionalidade do agente em praticar o elemento objetivo da culpa; vale dizer, que o agente conscientemente agiu no sentido de violar uma norma.¹⁴⁴

¹⁴¹ A jurisprudência do STJ tem demonstrado que principalmente em casos envolvendo relação de consumo há diferença entre as hipóteses que configuram o *caso fortuito*. Recentes julgados têm afastado a alegação de caso fortuito por parte do fornecedor quando o evento danoso decorre de situação relativa ou até mesmo inerente ao serviço prestado ou produto fornecido; é o caso, *e. g.*, de cheques falsos descontados por estelionatários em instituições financeiras, cuja ocorrência é previsível e natural à atividade bancária (REsp 1093440-PR, rel. Min. Luís Felipe Salomão. Julgado: 17/04/2013). Esse é, inclusive, o teor do enunciado 479 da Súmula do STJ. Até mesmo em matéria tributária (fora do âmbito consumerista, portanto) o STJ tem reconhecido a distinção entre caso fortuito interno e externo, como se vê pelo julgamento do REsp 1172027-RJ, em que restou refutada a tese de caso fortuito levantada pelo transportador que teve sua mercadoria roubada para o fim de se eximir do pagamento do Imposto de Importação. Em situações em que o evento danoso ocorre em razão de um acontecimento exterior e desvinculado à atividade prestada pelo agente, não se cogita falar em responsabilidade por ocorrência do *caso fortuito externo*. Exemplificativamente, tome-se o julgado STJ em que se reconheceu que o roubo praticado contra cliente de posto de gasolina não é fato previsível e atinente à atividade comercial para qual se voltam os postos – estes se lançam ao mercado de consumo para fornecer combustível e conveniências, e não serviços de segurança –, razão pela qual foi configurado o *caso fortuito externo* de modo a afastar a responsabilidade do fornecedor (REsp 12343970-SE. Rel. Min. Massami Uyeda. Julgado: 24/04/2012).

¹⁴² GONÇALVES, 2002, p. 722-723.

¹⁴³ JOSSERAND, 1950, p. 303.

¹⁴⁴ GAUDEMET; DESBOIS; GAUDEMET, 1937. p. 309.

Observa-se, assim, que a noção de violação de uma norma é fundamento tanto para o elemento objetivo quanto para o subjetivo na constituição da culpa. Disto, a doutrina se ateve a qualificar a culpa e a observar de que modo ela se realiza. Em um primeiro momento, a culpa foi dividida em *culpa moral*, *culpa legal* e *culpa causal*.¹⁴⁵

Quanto às duas primeiras moralidades a distinção é fácil: a culpa moral decorreria da violação de uma regra moral (que, diria KELSEN, costuma perseguir os mesmos propósitos que as normas jurídicas¹⁴⁶), enquanto que a culpa legal decorreria da violação de um dever imposto por um consequente normativo em razão da incidência da norma pelo preenchimento da hipótese.

A terceira modalidade de culpa, todavia, não tratava exatamente de uma nova forma de culpa, mas de um argumento utilizado pelos adeptos da teoria subjetiva para a sua manutenção: “eles (adeptos da corrente subjetiva) dizem geralmente que se eliminarmos a ideia de culpa, o problema da responsabilidade civil se reduzirá a um problema de mera causalidade material”.¹⁴⁷ Note-se, assim, que a *culpa causal* não incidia sobre matéria diversa a justificar a criação de nova modalidade, mas tratava apenas de uma justificativa dogmática para a sua manutenção dentro do sistema de responsabilidade.

A doutrina analisou, ainda, a culpa sob a ótica dos ilícitos contratuais e extracontratuais. Assim, na seara contratual, podia se falar em culpa pelo não cumprimento de um dever de conduta ou pelo próprio inadimplemento da prestação.¹⁴⁸ Já na responsabilidade aquiliana, ou extracontratual, a regra era a aplicação do brocardo *in lege Aquilia et culpa levissima venit*¹⁴⁹ – ou seja, para a responsabilidade extracontratual, até mesmo a culpa leve enseja a responsabilização.

Os irmãos MAZEAUD, famosos corifeus da corrente subjetiva da responsabilidade civil, partindo de uma visão essencialmente gramatical dos artigos 1382 e 1383 do Código Civil francês, afirmavam, peremptoriamente, que a culpa estava na base do sistema franco de responsabilidade.¹⁵⁰ Esta forma de interpretar o sistema, contudo, foi criticada; afirmava-se que o legislador, em vez de incluir o

¹⁴⁵ STARCK, Boris. **Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Peine Privée**. Paris: L. Rodstein, 1947. p. 28.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 28.

¹⁴⁷ STARCK, op. cit., p. 35.

¹⁴⁸ MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, t. 1, p. 625.

¹⁴⁹ JOSSERAND, 1950, p. 309.

¹⁵⁰ MAZEAUD; MAZEAUD, op. cit., p. 380.

elemento *ilicitude* como necessário à configuração da responsabilidade, foi omissivo, ensejando a leitura subjetiva dos dispositivos mencionados.¹⁵¹

A concepção subjetiva era, ainda, insuficiente: não tratava de modo satisfatório, por exemplo, acidentes ambientais;¹⁵² acidentes em que não se comprova a culpa ou que essa inexistência não ensejavam responsabilidade;¹⁵³ dificultava o trabalho na vítima no mister de comprovar a culpa do agente etc. Pelos inúmeros inconvenientes que a teoria carregava consigo, forçou-se alterar a interpretação dos fundamentos da responsabilidade civil. Assim, “a responsabilidade por fato pessoal, regulado no artigo 1382 (código civil francês), cede terreno ao princípio da responsabilidade pelo fato da coisa”¹⁵⁴ no sentido de objetivar a responsabilidade civil – e nisto até os irmãos MAZEAUD abrem exceção à pretensa regra de adoção do princípio da culpa:

Diante disto, o Código Civil (artigos 1382 e 1383) declara que a culpa enseja a responsabilidade, mas não diz que a culpa é necessariamente o motivo da responsabilidade; há, então, espaço para uma responsabilidade sem culpa ao lado da responsabilidade com culpa.¹⁵⁵

2.3.2 Responsabilidade Objetiva

Diante das críticas feitas à teoria subjetiva da responsabilidade civil, impôs-se a elaboração de outro método de análise da matéria e que suplantasse o sistema anterior. Foi neste propósito que surgiu a teoria objetiva da responsabilidade, que, buscando afastar noções subjetivas na formação da relação jurídica de responsabilidade, deslocou o foco da dogmática para elementos exteriores¹⁵⁶ ao agente causador do dano e mais facilmente aferíveis.

Notícia JOSSERAND que o progressivo aumento de hipóteses de responsabilidade sem culpa e reflexa diminuição dos casos de responsabilidade subjetiva se opera não em razão de um incremento no caráter sancionatório da responsabilidade civil, mas como necessidade de um sistema em melhor amparar as

¹⁵¹ MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris: Sirey, 1937. v. 1. p. 46.

¹⁵² GAUDEMET, 1937, p. 310.

¹⁵³ LYRA, Afrânio. **Responsabilidade civil**. Salvador: Bahia, 1977. p. 65.

¹⁵⁴ LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 85.

¹⁵⁵ MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, t.1, p. 381.

¹⁵⁶ VON WAHLENDORF, Hans-Albrecht Schwarz-Liebermann (coord.). **Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile em droit français, allemand et anglais**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

vítimas – seja porque sofrem um prejuízo injusto, seja porque por vezes são partes vulneráveis.¹⁵⁷⁻¹⁵⁸

A noção de *garantia* de reparação evoluiu de tal sorte que chegou a ser elevada como teoria apartada das já conhecidas teorias subjetiva e objetiva; uma verdadeira forma de se enxergar o fenômeno da responsabilização cuja lente era a ideia de garantia pela violação de direitos.¹⁵⁹

Frise-se que no direito brasileiro a responsabilidade civil tem sido observada apenas como caráter de garantia, ficando para a seara penal a aplicação de penalidades *stricto sensu*.¹⁶⁰ Por este e outros motivos, tais como a possibilidade de enriquecimento sem causa, os tribunais pátrios têm sido resistentes à importação da doutrina do *punitive damages*.¹⁶¹

A culpa como elemento nuclear da responsabilidade civil cedeu passo à ideia de risco da atividade ou da coisa. Visível, portanto, a inversão operada: antes o elemento anímico preponderava, e agora há exteriorização (objetivação) da responsabilidade. Neste sentido:

A responsabilidade por risco (responsabilidade objetiva), tal como prevista na lei, estabelece a responsabilidade não mais em virtude da culpa, mas em

¹⁵⁷ JOSSERAND, 1950, t. 2, v. 1, p. 378.

¹⁵⁸ Com efeito, observa-se que os ordenamentos jurídicos estão cada vez mais voltados à proteção de certos estratos da sociedade. A ideia de vulnerabilidade – ou qualquer designativo que delimite determinado grupo social em razão de um desequilíbrio econômico, social, político, técnico ou informacional em face de uma contraparte, que se beneficia deste desequilíbrio – levou a Comunidade Econômica Europeia a editar a Diretiva de 25 de julho de 1985 que versa sobre a responsabilidade por fato de produtos defeituosos: este diploma normativo teve por objetivo proteger os consumidores em razão de sua deficiência econômica em face de produtores (MARKOVITS, Yvan. **La directive C.E.E. du 25 juillet de 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1990. pp. 22 e 88), instituindo formas de responsabilidade objetiva. No Brasil, igual movimento protetivo se deu com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) – um imperativo previsto nos artigos 5º, XXXII, 170, V e 48 do ADCT, todos da Constituição Federal, que é fruto da percepção de que o ordenamento jurídico não pode ser alheio a determinadas formas de vulnerabilidade existentes na sociedade.

¹⁵⁹ STARCK, 1947, p. 44.

¹⁶⁰ LIMA, 1938, p. 89.

¹⁶¹ Certa adesão à doutrina do Valor do Desestímulo é percebida quando da fixação de danos morais. Ressalvando a escassez de julgados relativos ao tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Raul Araújo Filho, em artigo sobre o tema, colige alguns julgados em que é possível destacar certo valor punitivo ao *quantum* indenizatório e afirma: “percebe-se a inclinação da Corte em adotar a Teoria do Valor do Desestímulo, com as adaptações necessárias à observância dos princípios constitucionais e legais aplicáveis”. (ARAÚJO FILHO, Raul. **Punitive damages e sua aplicação no Brasil**, 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/doutr/article/view/1117/1051>>. Acesso em: 02/08/2016).

virtude do simples fato de que uma determinada fonte de perigo pode provocar um dano que consideraremos como típico.¹⁶²

O excerto acima define duas diretrizes do atual estágio de evolução do sistema de responsabilidade civil: a noção de risco de uma atividade ou coisa (“fonte de perigo”) e a adequação da causalidade (“dano típico”). Com efeito, é necessário adequar a teoria adotada para a aferição de causalidade à teoria do risco, de sorte a só se viabilizar a responsabilização do agente que desenvolva atividades ou tenha consigo coisas que o ordenamento repute perigosas, e que tais coisas ou atividades, em sua normalidade, sejam aptas a causar danos.

Nota-se que o que o ordenamento opera, portanto, é a normatização de valores de equidade e justiça; imputa responsabilidade àqueles que desenvolvem atividades potencialmente lesivas a interesses subjetivos pelo só fato de a exercerem. Neste diapasão:

Se destas atividades colhem os seus autores todos os proveitos ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – *uni emolumentum, ibi onus*, Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano que a vítima, que não colhe proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.¹⁶³

Embora à teoria do risco ainda se formulem críticas, bem enumeradas e respondidas por ALVINO LIMA¹⁶⁴ e WILSON MELO DA SILVA¹⁶⁵, o ordenamento jurídico brasileiro expressamente a aderiu. À evidência, tem-se como exemplos: o Código Civil prevê hipóteses de responsabilidade objetiva no artigo 932 e em diversas passagens específicas ao longo do diploma; o Código de Defesa do Consumidor fixa a responsabilidade objetiva dos fornecedores (artigos 12, 14, 18 e 19 da Lei nº 8.078/1990); a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes (art. 37, §6º, da Constituição Federal); a legislação ambiental atribui responsabilidade sem culpa ao causador de dano ambiental (art. 225, §3º, da Constituição Federal e art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981).

¹⁶² VON WAHLENDORF, 1983, p. 190.

¹⁶³ LIMA, 1938, p. 93.

¹⁶⁴ Op. cit., p. 142.

¹⁶⁵ MELO DA SILVA, 1962, p. 309.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO POR ATOS OMISSIVOS

3.1 A RELEVÂNCIA CAUSAL DA OMISSÃO

Como já visto quando da análise dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, o nexo de causalidade – aferido pela teoria da causalidade adequada – visa estabelecer uma conexão direta entre o evento danoso e determinado fato antecedente, atribuindo a este a condição de *causa (prius)* do evento danoso (*posterius*). Atualmente, causa é todo evento anterior adequado à causação de um dano.

Esta concepção, embora plenamente aplicável a fatos comissivos – isto é, derivados de atitudes ativas de um sujeito –, deve ser adequada a comportamentos omissivos, afinal, de uma omissão (um não-ser no mundo dos fatos) não se pode dizer que decorrem eventos futuros.

Para que se adeque a noção de relevância causal da omissão à teoria da causalidade adequada, é necessário se recorrer a lição de MARTON, para quem “não há responsabilidade sem a violação de um dever”.¹⁶⁶ E antes de se prosseguir à análise da omissão, devem ser estreadas as noções de obrigação e dever. Neste escopo:

*Dever jurídico é a necessidade imposta pelo direito (objetivo) a uma pessoa de observar determinado comportamento. É uma ordem, um comando, uma injunção dirigida à inteligência e à vontade dos indivíduos, que só no domínio dos fatos podem cumprir ou deixar de cumprir. [...] O dever jurídico é assim uma categoria bastante mais ampla do que os deveres de prestação correspondentes às obrigações.*¹⁶⁷

Pode se afirmar que dever jurídico é todo imperativo hipotético que sujeita seu destinatário a determinado comportamento – seja ele ativo ou passivo. De se ver, portanto, que *obrigação* encerra uma categoria mais restrita de deveres jurídicos: todos aqueles deveres prestacionais economicamente aferíveis.¹⁶⁸

¹⁶⁶ MARTON, 1938, v. 2, p. 272.

¹⁶⁷ ANTUNES VARELLA, 2005, v. 1, p. 52-54.

¹⁶⁸ RUGGIERO; MAROI, 1954, v. 2, p. 2.

Ora, tendo em vista a premissa firmada por MARTON no sentido de que a responsabilidade pressupõe a violação de um dever, deve se atentar para o fato de que os todas as formas de comportamento humano são aptas as descumprir deveres jurídicos. E a comprovação desta afirmação tem por base a análise dos modais deônticos existentes: obrigatório, facultado e proibido.¹⁶⁹

Se a norma jurídica, impositiva de um dever, se põe na modalidade *proibição*, a realização – um *fazer* – do comportamento previsto na hipótese normativa representa o descumprimento de seu comando¹⁷⁰ e acarreta infalivelmente o conseqüente normativo de caráter sancionatório. Acaso a norma se ponha no modal *obrigação*, a não realização (omissão) da hipótese representará a mesma dinâmica normativa do não cumprimento da norma proibitiva. Noutros termos: tanto comportamentos ativos (representados por um *fazer*) quanto passivos (*não fazer*) podem descumprir de deveres jurídicos – bastando tão somente a sua desconformidade com o modal deôntico previsto na norma que incide sobre o fato.

Daí PONTES DE MIRANDA criticar a noção de que “a omissão não pode ser causa de efeito, porque a inação não muda o mundo exterior”.¹⁷¹ Para ele,

Tal raciocínio desatende a que o ordenamento causal do mundo social conta com atos que em determinadas circunstâncias têm de ser praticados, razão por que não se precisa de explicação para se admitir que a omissão se tenha, em certos momentos, por ilícita.¹⁷²

É de se perceber que a omissão não está, no sistema de KELSEN vinculada estritamente a uma causalidade natural, mas ao princípio da imputação¹⁷³ – isto é, não é a natureza das coisas, tal como descrita pelas ciências naturais, que descreve determinada omissão como causa de um evento, mas uma outra espécie de “nexo funcional”¹⁷⁴, normativo, que imputa à determinada situação a qualificação de *condição suficiente* para o desencadeamento da dinâmica normativa (realização do conseqüente normativo).

¹⁶⁹ KALINOWSKI, Georges. **Études de logique déontique**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1972. v. 13. p. 19.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p. 57.

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA, 1972, v. 22, p. 194.

¹⁷² Ibid., loc. cit.

¹⁷³ KELSEN, op. cit., p. 32.

¹⁷⁴ Ibid., loc. cit.

Assim, a omissão, embora não represente maior relevância para o estudo da causalidade nas ciências naturais, ganha especial relevo na análise da estrutura normativa pois é comportamento apto, por força do princípio da imputação normativa, a descumprir deveres e acarretar as respectivas consequências previstas pelo ordenamento jurídico. A causalidade da omissão, portanto, tem caráter eminentemente normativo.

Assim, só há responsabilidade por omissão quando uma norma imperativa imponha um dever a determinado sujeito e que entre sua omissão e o dano exista uma conexão¹⁷⁵ havida por força de imputação legal.

3.2 DEVERES ESTATAIS E SUA VIOLAÇÃO

Para a análise da responsabilidade civil do Estado tem especial relevo o estudo dos direitos fundamentais e da noção de serviço público, já que ante a violação de direitos fundamentais ou a deficiente prestação de serviços públicos, que inclusive soem ocorrer simultaneamente, é possível a responsabilização do Estado.

A começar pelos direitos fundamentais, é necessário firmar a premissa de que diversas são as proposições tendentes a conceituar a categoria dos aludidos direitos. Para os fins deste trabalho, podem ser considerados direitos subjetivos – de sorte que qualquer indivíduo sujeito à soberania do Estado é titular de direitos fundamentais – reconhecidos pelo Estado como anteriores a ele e cuja realização ele próprio se compromete,¹⁷⁶ cuja materialidade reflete uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e previstos na mais alta hierarquia normativa de um ordenamento jurídico.¹⁷⁷

Talvez o grupo mais característico de direitos fundamentais seja a liberdade, e por razões históricas. A imposição de restrições de maneira arbitrária e opressiva ensejou, ao longo da história, o clamor popular pela concessão de certa margem de liberdade, na qual os indivíduos ver-se-iam livres de constrangimentos estatais.¹⁷⁸

¹⁷⁵ LALOU, 1949, 445-446.

¹⁷⁶ SCHMITT, Carl. **Théorie de la constitution**. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. p. 301.

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.

¹⁷⁸ JELLINEK, 1949, p. 31.

Com o tempo, o Estado viu-se não só obrigado a não interferir na esfera de liberdade da sociedade, mas também foi compelido a garantir os meios materiais necessários à plena realização deste direito.¹⁷⁹

A liberdade, embora seja um dos bens jurídicos mais caros à sociedade, também é sujeita a restrições. Tais restrições, contudo, para além de não poderem limitar o chamado *núcleo essencial*¹⁸⁰ do direito, contam com regras rígidas de hermenêutica – tal como a que determina a interpretação restritiva em hipóteses de constrição excepcional de direitos¹⁸¹ – e instrumentos jurídicos eficazes, como o *habeas corpus* para a liberdade de locomoção e o *mandado de segurança* para demais liberdades, para fazer cessar a limitação ilegal ao direito de liberdade.

Não obstante, consumada a indevida interferência em determinada liberdade, é cabível a responsabilidade civil do Estado pela violação do direito. Exemplificativamente, a Constituição Federal, no artigo 5º LXXV, impõe ao Estado o dever de indenizar aquele que for condenado por erro judiciário, bem como aquele que ficar preso por tempo superior ao determinado por sentença.¹⁸² O Código de Processo Penal, igualmente, no artigo 630, estabelece que “o tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

Os direitos fundamentais comportam também uma dimensão *positiva*, pela qual se assegura ao indivíduo um direito prestacional do Estado; é estabelecido um vínculo jurídico entre o Estado e o indivíduo¹⁸³ por meio do qual aquele é obrigado a prestar uma utilidade ao particular, e a este cabe o direito de reclamá-la do Estado.

¹⁷⁹ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**: les libertés publiques, l'organisation politique. Paris: Fontemoing, 1911. t. 2. p. 22

¹⁸⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 243.

¹⁸¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 183.

¹⁸² O Superior Tribunal de Justiça tem se deparado, com certa frequência, com a questão do *quantum* indenizatório a título de danos morais em decorrência de prisão indevida. Em razão do caráter excepcional conferido ao Recurso Especial, o enunciado 7 da Súmula do STJ acabou por limitar o efeito devolutivo recursal à matérias de direito, não se viabilizando o reexame do contexto fático-probatório da lide – o que acarreta o não conhecimento dos recursos interpostos perante a Corte (STJ, AgRg no Ag em REsp 442471-GO. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; STJ, REsp 1385946-MG. Rel. Min. Herman Benjamin; STJ, REsp 1089132-SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves). No âmbito do Supremo Tribunal Federal a questão também já foi decidida. O STF entendeu haver responsabilidade civil do Estado no caso de inocente que fora mantido preso indevidamente. Na situação, no âmbito de um inquérito policial, testemunhas reconheceram não ser o acusado o autor do fato narrado à autoridade policial, e esta, sabendo dos testemunhos do depoente, não relaxou a prisão (STF, RE 633361-MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 27/05/2014).

¹⁸³ JELLINEK, 1949, p. 32.

Esta noção de prestação a que se atribuiu o Estado ensejou o surgimento da Escola do Serviço Público, ou Escola de Bordeaux, para qual o conceito de serviço público foi “concebido para justificar toda a ação administrativa do Estado”¹⁸⁴; por isso afirmava-se que o serviço público residia no tema dos fins do Estado.¹⁸⁵

Para a Escola de Bordeaux, o serviço público é o fundamento último da atuação estatal; questões como soberania, poder de *imperium* e serviço público estariam visceralmente imbricadas: o serviço público seria, ao mesmo tempo, limite e fundamento de atuação do Estado.¹⁸⁶ DUGUIT, um dos precursores desta corrente, define serviço público como “toda a atividade cuja realização deva ser regrada, garantida e controlada pelos governantes, porque a realização desta atividade é indispensável ao desenvolvimento da independência social”.¹⁸⁷⁻¹⁸⁸

Uma noção tão ampla de serviço público, contudo, acabaria por encampar todo o Direito Administrativo, não lhe sobrando objeto que não fosse abrangido pelo serviço público. Ademais, a demonstração da incapacidade do Estado *laissez faire* em atender as necessidades públicas – e consequência aparição do Estado Providência – foi determinante na mitigação do “clima de euforia acerca do conceito de serviço público, que marcou o início do século XX”.¹⁸⁹

Atualmente se reconhece que o serviço público é apenas uma das formas de atuação da Administração Pública, ao lado, por exemplo, do poder de polícia¹⁹⁰, dos contratos administrativos e das atividades de fomento; atividades exercidas com o fito de reger a atividade dos particulares e a relação destes com o ente público.¹⁹¹ As

¹⁸⁴ JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11.

¹⁸⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público internacional: modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. Granada: Comares, 2004. p. 534.

¹⁸⁶ DUGUIT, 1911, t. 2, p. 100.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 101.

¹⁸⁸ À luz de uma noção ampla de serviço público, Louis Rolland, administrativista adepto à tese da Escola francesa, cunhou três regras aplicáveis aos serviços, posteriormente chamadas de “Leis de Rolland”, quais sejam a continuidade, a igualdade e a mutabilidade (ROLAND, Louis. **Précis de droit administrative**. 10. ed. Paris: Dalloz, 1953. pp. 18-19). Malgrado o âmbito de incidência do serviço público, tal como proposto por Léon Duguit e Gaston Jèze, tenha diminuído e cedido espaço para outras formas de atuação do Estado, as Leis de Rolland continuam aplicáveis ao serviço público e encontram paralelo nas outras formas de atuação pública, dada sua relevância.

¹⁸⁹ JUSTEN, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹⁰ O *nomen juris* “poder de polícia” tem sido alvo de críticas por transmitir preconceitos relativos ao Estado de Polícia, que com este nada se assemelha. Em substituição, Renato Alessi propôs a adoção da expressão “limitações à propriedade privada” (ALESSI, 1978, v. 2, p. 597).

¹⁹¹ EISENMANN, Charles. **Cours de droit administratif**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1983. p. 27.

finalidades próprias do Estado, por sua vez, são mais amplas e fogem ao âmbito jurídico, abrangendo áreas como a Economia e a Ciência Política.

Adotando-se a noção defendida por BANDEIRA DE MELLO de que as prerrogativas da administração são, antes de poderes, deveres¹⁹², percebe-se que também pelo exercício irregular – ou pela falta de exercício – do poder de polícia o Estado pode responder pelos danos causados.

Se o poder de polícia busca seu fundamento na necessidade de contenção dos direitos individuais para que não firam outros interesses juridicamente tutelados, explicando a própria essência do Estado,¹⁹³ tal atividade só pode ser exercida de forma fiscalizatória, preventiva ou repressiva.¹⁹⁴ Nestas modalidades, torna-se evidente a potencialidade de lesão: basta que o Estado aja com excesso em seus poderes, limitando direitos individuais em demasia, que restará configurado o dano necessário à configuração da responsabilidade do Estado.

Não apenas o exercício do poder de polícia além dos limites legalmente estabelecidos enseja danos. A inércia do Estado com relação ao seu mister também pode ensejar danos. Ora, se as limitações à liberdade e propriedade individuais objetivam evitar que atitudes particulares atinjam interesses de outros indivíduos, a falta desta atividade acarreta a ausência de coibição a práticas danosas – o que, a par da responsabilidade do próprio agente, pode acarretar a responsabilidade do Estado.

De qualquer sorte, é visível que juridicamente o Estado age seja prestando serviços públicos (coleta de lixo, segurança pública, saneamento básico etc.), seja limitando a atuação do particular ao fazer uso do poder de polícia, seja fomentando atividades privadas.

Como já assentado anteriormente, não apenas atitudes comissivas causam danos a terceiros, mas atitudes omissivas também podem ensejar os mesmos resultados, como nos casos de responsabilidade contratual em que um dos celebrantes não cumpre com sua prestação, acarretando prejuízos ao outro.

¹⁹² O jurista mencionado sugere substituir o vocábulo “poder-dever” de Renato Alessi por “dever-poder” pois aquele implicaria, no campo semântico, a prevalência do atributo *poder* – e sua imperatividade – em detrimento da noção de *dever público* (MELLO, 2012, p. 54-55).

¹⁹³ ALESSI, 1978, v. 2, p. 590.

¹⁹⁴ Op. cit., p. 591.

Destarte, havendo deveres que o ordenamento jurídico impõe ao Estado – sejam ele abstenções ou atividades –, é inegável que a omissão do Estado pode ensejar danos.

3.3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

3.3.1 Previsão Normativa e Modelo Adotado

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 37, §6º, concretiza norma relativa à responsabilização do Estado, dispondo 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 terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

À luz do dispositivo ora analisado, “não há nem pode haver discussão quanto à possibilidade da responsabilização objetiva do Estado”.¹⁹⁵ Se a Constituição Federal expressamente possibilitou a responsabilização do Estado, ressaltando a hipótese de regresso contra o agente causador do dano *nos casos de dolo ou culpa*, é evidente que a responsabilidade do Estado abrange (mas não somente, daí a ressalva com locução “nos casos de”) situações de culpa (sentido amplo) do agente público (*faute personelle*).

Se a responsabilidade estatal *também* engloba casos de dolo ou culpa do agente público, a modalidade de responsabilização restante, objetiva, deve ser vista como a regra da imputação do dano ao Poder Público.

Portanto, segue-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, por via constitucional, a teoria do risco administrativo – seja porque a atividade estatal carrega consigo um risco ingênito; seja porque, em uma análise causal, o Estado “terá agido mal, no mínimo, por via da circunstância de haver posto o agente em contato com a vítima, como que proporcionando àquele a oportunidade e talvez os meios de

¹⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1047.

prejudicá-la”;¹⁹⁶ seja porque existem valores de solidariedade¹⁹⁷ e equidade¹⁹⁸ a serem respeitados na sociedade

Consagrou-se, neste passo, a máxima *quod omnes tangit, ab omnibus debet supportari*, vale dizer, diante do proveito que todos têm diante da atividade estatal, no caso de lesão a determinado bem jurídico “segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos da sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado”.¹⁹⁹

Atente-se, por fim, que RIVERO busca classificar a ideia de responsabilidade objetiva (‘sem culpa’²⁰⁰) em casos nos quais efetivamente há risco na atividade desenvolvida²⁰¹ e hipóteses em que não há risco algum.²⁰²

Com efeito, admite-se que a responsabilidade civil do Estado seja invocada mesmo quando este age diligentemente e dentro de suas prerrogativas.²⁰³ Opinião diversa equivaleria sustentar a vetusta teoria da culpa administrativa, uma vez que a responsabilidade estatal só seria configurada diante do *agir culposos* da administração.

3.3.2 A Questão do Agente Público

Pela dicção do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público respondem pelos atos danosos causados por seus agentes. Ante os fenômenos da *desconcentração* e *descentralização*, aptas a transformar a organização da Administração Pública, impende delinear qual extensão toma a locução “agentes públicos” para fim de se possibilitar a responsabilização do Estado.

¹⁹⁶ AGUIAR DIAS, 1960. v. 2. p. 629.

¹⁹⁷ MELO DA SILVA, 1962. p. 269.

¹⁹⁸ Ibid., p. 271.

¹⁹⁹ CAVALCANTI, 1957. v. 1. p. XV.

²⁰⁰ RIVERO, 1981, p. 324.

²⁰¹ São casos elencados pelo administrativista francês (i) acidentes de trabalho, (ii) danos causados por coisas perigosas e (iii) danos causados por atividades ou técnicas perigosas (RIVERO, 1981, pp. 324-325).

²⁰² Para o jurista, seriam os casos de (i) execução de obra pública que resulte em danos para a vizinhança, (ii) descumprimento de decisões judiciais, (iii) medidas de ordem econômica e social e (iv) recusa administrativa de demolição de imóveis que causem danos (RIVERO, 1981, pp. 326-327).

²⁰³ No sentido da responsabilidade estatal por atos lícitos posicionam-se Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1023) e Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 95).

Na concisa lição de BANDEIRA DE MELLO, “quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exerça*, é um agente público”.²⁰⁴ Desta sucinta delimitação é possível tomar duas ilações: para a caracterização de um agente público, pouco importa a remuneração – se o exercício da função pública é remunerado ou não, e por quem – e a natureza do vínculo havido com a Administração Pública – se principalmente estatutária ou celetista; se precária ou estável. É possível inferir uma terceira conclusão da mesma lição: não importa se o agente público integra ou não o aparelho estatal – e, em certa medida, se é “público” ou “particular”.

Com lastro nestas premissas, e tendo por fundamento o dispositivo constitucional relativo à responsabilidade estatal, não há dúvidas quanto a responsabilidade da Administração Pública direta (União, Estados-membro e municípios²⁰⁵). Significativa discussão surgiu acerca da responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos, do qual culminou na aceitação doutrinária pela responsabilidade, na forma do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, tanto de atos legislativos²⁰⁶ quanto judiciais.²⁰⁷

As dificuldades começam a surgir quando entram na análise pessoas jurídicas de direito privado, sejam elas integrantes da chamada Administração Pública indireta, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas que prestam serviços públicos.

Quanto à Administração Pública indireta, em razão da descentralização o Estado cria novos entes, dotados de personalidade jurídica, para que desempenhem suas respectivas funções. Nestes casos, em razão da presença de personalidade jurídica de direito público e de agentes públicos, o simples destacamento de aludidas entidades do aparelho estatal não é suficiente para afastar sua responsabilidade objetiva nos termos da Constituição Federal.

Questão interessante diz respeito à interpretação dos artigos 37, §6º, e 173, §2º, da Constituição Federal. O segundo dispositivo veda a concessão, a empresas públicas e a sociedades de economia mista, de benefícios e privilégios fiscais não extensíveis à iniciativa privada, no claro intuito de impossibilitar o desequilíbrio da livre

²⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 249.

²⁰⁵ Os órgãos componentes destas pessoas jurídicas de direito público não têm, por definição, personalidade jurídica, motivo pelo qual, salvo raras exceções, não se pode a eles atribuir a qualidade de sujeito em relação jurídica qualquer.

²⁰⁶ SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do estado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. p. 79.

²⁰⁷ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167.

iniciativa que seria causado se a atividade econômica desempenhada pelo Estado pudesse gozar de privilégios que só a ele aproveitassem. Indaga-se: se o objetivo do constituinte foi conferir tratamento paritário a empresas públicas e sociedades de economia mista com relação à iniciativa privada, a regra contida no artigo 37, §6º, da Constituição Federal seria aplicável àquele grupo?

A resposta há de ser positiva. A solução está contida no próprio artigo 173, §2º, que veda apenas a concessão de benefícios e privilégios às aludidas entidades – nada mais dispõe sobre o regime jurídico aplicável a elas, ou se alguma alteração haveria. E, dada a ausência de disposição específica, aplica-se a disposição geral contida no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. E solução diversa acarretaria iguais efeitos práticos, tendo em vista que a responsabilidade civil dos empresários, por atos cometidos por seus empregados, serviçais e prepostos, é objetiva, por força dos artigos 932, III e 933 do Código Civil.

Quanto aos particulares que prestam serviços públicos não há mais dúvida quanto à expressa disposição do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Efetivamente, o aludido dispositivo fixa a responsabilidade civil objetiva também para as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos.

Por fim, as entidades paraestatais²⁰⁸ não comportam agentes públicos, tampouco tem algum vínculo – quando muito, mera autorização de funcionamento do Ministro da Justiça e eventual repasse de verbas²⁰⁹ –, pelo que não se justifica a aplicação do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

3.4 A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.4.1 A Tese da Responsabilidade Subjetiva

A teoria da responsabilidade civil subjetiva do Estado diante de atos omissivos é defendida principalmente por BANDEIRA DE MELLO. Para o administrativista, a teoria do risco-proveito, pela qual os ônus da atividade estatal devem ser partilhados

²⁰⁸ Ressalte-se que as chamadas entidades paraestatais têm acepção diversa daquela conferida pela doutrina italiana; para esta, entes paraestatais são chamados de *autarquias* (ALESSI, 1978, v. 1, p. 160), - cujo regime jurídico pouco se assemelha às autarquias brasileiras.

²⁰⁹ DI PIETRO, 2012, p. 570.

por todos que se beneficiam dela, pressupõe uma *atividade* estatal – o que implica dizer que deve existir uma conduta comissiva para a configuração do dano. Neste sentido, expõe o autor que:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria *subjetiva*. Com efeito, se o estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.²¹⁰

Do mesmo entendimento comunga Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem “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 com atraso, e atinge os usuários do serviço”.²¹¹ Atente-se que o autor desloca a questão da responsabilidade novamente para a antiga *faute du service*, uma vez que sustenta ser a responsabilidade civil do Estado aplicada somente nos casos em que há insuficiente funcionamento dos serviços públicos.

DI PIETRO assinala que a responsabilidade civil do Estado por omissão só pode ser invocada quando do descumprimento de um dever imediato de agir, razão pela qual a simples omissão não gera a responsabilidade pública.²¹² Com efeito, a omissão, por não ensejar alteração imediata na realidade fática é incapaz de causar danos, razão pela qual só se pode falar em consequência da omissão quando o próprio ordenamento impõe um dever de agir – um dever de ação.

Para os autores, a simples omissão não é suficiente para responsabilização do Estado; não é possível que se alegue a necessidade de atuação estatal, cuja omissão gerou danos, sem que haja disposição legal expressa determinando a atividade pública. A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, por tanto, pressupõe a existência de um dever de agir; “em todos os casos, *culpa*, ligada à ideia de inação, física ou mental”.²¹³

A questão, longe de estar superada nas Cortes brasileiras, já foi apreciada pelos Tribunais superiores – onde a divergência doutrinária é refletida. No Supremo

²¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1021.

²¹¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2. p. 487.

²¹² DI PIETRO, 2012, p. 709

²¹³ CRETELLA JÚNIOR, 1970, v. 8, p. 210.

Tribunal Federal, a 2ª Turma já se inclinou pela adoção da tese subjetiva de responsabilidade:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. DETENDO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PUBLICIZADA. FALTA DO SERVIÇO. CF, ART. 37, §6º,
I – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.²¹⁴

No caso do acórdão referido, um detento foi vítima de homicídio praticado por outro detento dentro das dependências do presídio, razão pela qual os familiares da vítima formularam pedido indenizatório diante do Estado por entenderem haver dever de vigilância e segurança e que, pela inação estatal, o dano deveria ser por este suportado.

O relator, no Supremo Tribunal Federal, entendeu não ser hipótese de responsabilidade civil objetiva do Estado, aplicando-se expressamente a teoria da culpa do serviço. Destarte, haveria necessidade de aferição de culpa ou dolo na prestação do serviço público, e sua ausência – na perspectiva do julgador – impossibilitou o pedido indenizatório.

No julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 573.595 – RS²¹⁵, o relator, Ministro Eros Grau, ao analisar a responsabilidade estatal pelos danos oriundos de crime praticado por detento foragido de certa penitenciária, asseverou que o Estado tem o dever de fiscalização dos detentos em sua custódia, bem como de perseguir os que eventualmente se encontram foragidos, empregando diligências de busca. No caso, embora o relator haja feito menção apenas

Ainda no Supremo Tribunal Federal, a teoria da responsabilidade subjetiva foi adotada nos Recursos Extraordinários 81.602, 109.615, 140.270, 170.014 e 409.203.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 382.054-RJ. Recorrente: Jorge Luiz dos Santos. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 03/08/2004. Publicação: 01/10/2004.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 573.595-RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Claudia Bressler Frozza. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento: 24/06/2008. Publicação: 15/08/2008.

No âmbito do STJ, interessante questão foi abordada no Recurso Especial 494.206, de Minas Gerais, em que se discutia a eventual responsabilidade de hospital público sobre o suicídio de um paciente sob sua guarda:

DIREITO CIVIL. SUICÍDIO COMETIDO POR PACIENTE INTERNADO EM HOSPITAL, PARA TRATAMENTO DE CÂNCER. HIPÓTESE EM QUE A VÍTIMA HAVIA MANIFESTADO A INTENÇÃO DE SE SUICIDAR PARA SEUS PARENTES, QUE AVISARAM O MÉDICO RESPONSÁVEL DESSA CIRCUNSTÂNCIA. OMISSÃO DO HOSPITAL CONFIGURADA, À MEDIDA QUE NENHUMA PROVIDÊNCIA TERAPÊUTICA, COMO A SEDAÇÃO DO PACIENTE OU ADMINISTRAÇÃO DE ANTI-DEPRESSIVOS, FOI TOMADA PARA IMPEDIR O DESASTRE QUE HAVIA SE ANUNCIADO.

I – O hospital é responsável pela incolumidade do paciente internado em suas dependências. Isso implica a obrigação de tratamento de qualquer patologia relevante apresentada por esse paciente, ainda que não relacionada especificamente à doença que motivou a internação.

II – Se o paciente, durante o tratamento de câncer, apresenta quadro depressivo acentuado, com tendência suicida, é obrigação do hospital promover tratamento adequado dessa patologia, ministrando anti-depressivos ou tomando qualquer outra medida que, do ponto de vista médico, seja cabível.²¹⁶

Neste caso, o Relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, divergiu da Turma julgadora e entendeu que o suicídio é causa extraordinária que enseja o afastamento de qualquer alegação de culpa, negligência ou imperícia do hospital, de sorte que, em permanecendo a responsabilização, haveria verdadeira responsabilidade objetiva.

No entanto, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a omissão do hospital em não ministrar remédios tendentes a suprimir a noticiada tendência suicida do paciente configurou grave falta do serviço, configurando culpa hospitalar, e atraindo a responsabilidade subjetiva.

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial 1.230.155 – PR²¹⁷ tratou de hipótese de veras comum. O recurso versa sobre a responsabilidade de ente municipal pela queda de árvore condenada que, ao atingir veículos, causa danos a particulares. O Município de Londrina, recorrente, impugnou a decisão do

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial 494.206-MG. Recorrente: Associação dos Amigos do Hospital Mário Penna. Recorrido: Maria Carmelita Trindade. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 16/11/2006. Publicação: 18/12/2006.

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial 1.230.155-PR. Recorrente: Município de Londrina. Recorridos: José Domingos Matos Dias e outro. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 05/09/2013. Publicação: 17/09/2013.

Tribunal local alegando não haver responsabilidade e, subsidiariamente, o reconhecimento do excesso no *quantum* indenizatório.

A relatora, ministra Eliana Calmon, negou provimento ao Recurso Especial interposto pela municipalidade sob o fundamento de que, no caso concreto, havia prova de que a árvore cuja queda causou danos em veículos estacionados em via pública estava de fato condenada, havendo, inclusive, requerimento de erradicação protocolado na Prefeitura Municipal. Assim, não adotando o Município as providências necessárias – a erradicação da árvore condenada –, configurou-se sua omissão culposa que, associada ao *eventus damni* superveniente, fixava a responsabilidade subjetiva do Estado.

A adoção da tese subjetiva, embora aparente limitar o acesso da vítima a uma justa indenização, pretende ponderar os interesses da vítima diante de realidades institucionais vividas no Brasil. Esta corrente, negando o direito a vítima em casos nos quais não se configura plenamente algum dever de ação violado, procura evitar “situações insólitas e consequências práticas excessivas”,²¹⁸ bem como evitar que o Estado seja erigido à condição de “segurador universal”.²¹⁹

3.4.2 A Orientação Pela Responsabilidade Objetiva

O fundamento da responsabilidade objetiva do Estado repousa, como já se anotou, em uma noção de repartição dos riscos perante a coletividade, sendo, por isso mesmo, uma forma de concretização do princípio da igualdade dos cidadãos perante o Estado.

Neste sentido, informa MEDAUAR que além do princípio geral do *neminem laedere* (não causar danos), a responsabilidade civil objetiva do Estado é informada:

Em segundo lugar, o preceito da *igualdade de todos ante os ônus e encargos da Administração*, também denominado “solidariedade social”: se, em tese, todos se beneficiam das atividades da Administração, todos (representados

²¹⁸ MENDES; BLANCO, 2012, p. 868.

²¹⁹ MELLO, 2012, p. 1031.

pelo Estado) devem compartilhar do ressarcimento dos danos que essas atividades causam a alguns.²²⁰

Em razão disso, a doutrina noticia a prevalência da tese da responsabilidade objetiva do Estado mesmo nos atos omissivos,²²¹ criticando-se que tal postura além de banalizar a ideia de responsabilidade estatal, enseja a usurpação de direitos fundamentais e garantias de outros cidadãos.²²²

Não obstante, a questão, que já era tormentosa, ganhou maiores contornos de relevância quando do reconhecimento de repercussão geral (art. 1.035, §1º, da Lei nº 13.105/2016) no Recurso Extraordinário 136.681 – SP, que versa sobre a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos e, *in specie*, sobre a omissão do ente municipal em fiscalizar local destinado ao comércio de fogos de artifício que, requerendo licença de funcionamento e pagando a respectiva taxa, explodiu e causou danos a terceiros.²²³⁻²²⁴

A questão da responsabilidade estatal por atos omissivos foi levada ao Plenário da Corte Constitucional quando da análise do Recurso Extraordinário 841.526 – RS, que teve sua repercussão geral reconhecida. No caso, questionava-se a violação da garantia de higidez física e mental conferida ao preso, dado que certo detento havia sido morto dentro do sistema penitenciário. O Estado do Rio Grande do Sul, recorrente, sustentava também a hipótese de suicídio do detento.

No julgamento, negou-se provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul sob o fundamento de que a Constituição Federal havia incorporado, no artigo 37, §6º, a responsabilidade objetiva do Estado *também por atos omissivos*, de sorte que a morte do detento integrante do sistema prisional deveria ser atribuída ao Estado – tenha ela ocorrido por causas naturais, suicídio ou provocada por outros detentos.²²⁵

²²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 432.

²²¹ DI PIETRO, 2012, p. 710.

²²² MENDES; BRANCO, 2012, p. 868.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário 136.681 – SP. Recorrente: Hatiro Eguti. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Ministro Edson Fachin. Pendente de julgamento.

²²⁴ A notícia sobre a repercussão geral reconhecida foi veiculada no *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=170747>>. Acesso em: <13/10/2016>.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 841.526 – RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: V. J. Q., representado por Simone Jardim. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 30/03/2016. DJe: 29/07/2016.

Interessante caso foi analisado pela Corte Suprema no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 852.237 – RS. No caso, determinada paciente da rede pública hospitalar realizou seu parto no aludido estabelecimento. Realizado o procedimento, a paciente, durante o pós-operatório e em sede de recuperação, já fora do hospital, foi afligida por complicações cirúrgicas que foram agravadas em razão do não comparecimento desta ao pronto atendimento de saúde para remediar a lesão.

Embora no caso em comento seja possível se arguir a eventual falha na prestação do serviço público (no sentido de que deveria prestar atendimento pós-operatório de qualidade, orientando a paciente quanto à necessidade de retorno ao hospital e esclarecendo os riscos aos quais se submetia), a fundamentação utilizada pelo Ministro relator calçou-se exclusivamente na tese objetiva da responsabilidade civil do Estado.²²⁶⁻²²⁷

Outro caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal é relativo à situação em que determinado aluno da rede pública de ensino que, ao agredir outro aluno da mesma rede, causou-lhe a perda do globo ocular direito, cuja ementa segue:

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

Assentou-se, no caso, que a Administração pública assume o encargo de velar pela segurança e integridade física dos estudantes que admite, razão pela qual, mesmo que tomando as precauções necessárias à segurança dos estudantes, responde o estabelecimento público por eventuais danos que sobrevenham.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 852.237 – RS. Agravante: União. Agravado: Vânia Daniela Freitas Cardoso. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 25/06/2013. DJe: 06/09/2013.

²²⁷ Caso semelhante foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, no qual servidora da rede pública hospitalar, gestante, foi contaminada por vírus – decorrente de sua frequente exposição a materiais contagiosos – e cujo contágio levou seu filho, posteriormente nato, a desenvolver condição denominada *síndrome de West*. No caso, responsabilizou-se o Estado de modo objetivo, mesmo tendo este tomado as precauções necessárias quanto à proteção da saúde de sua agente. O caso relatado encontra-se no Recurso Extraordinário 495.740 – DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello e julgado em 15/04/2008.

Recentemente, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 934.835 – RJ,²²⁸ o Supremo Tribunal Federal analisou o caso de um servidor militar, atuante no Corpo de Bombeiros, que fora designado para trabalhar na cozinha do quartel – não havendo, portanto, acesso a armamentos – e que cometera suicídio.

No caso, o relator, ministro Edson Fachin, negou provimento ao agravo sob o fundamento de que incumbia ao Estado a proteção do servidor militar – que, *in casu*, inclusive apresentava alterações quanto ao seu estado psicológico. Adotando a teoria do risco administrativo, o ministro relator ponderou que não houve fato exclusivo da vítima, ante o conhecimento da corporação acerca do estado da saúde mental do agente, de sorte que a não utilização (omissão) dos mecanismos disponíveis e necessários para o tratamento e acautelamento do agente ensejou o cometimento do suicídio.

Assim, havendo nexo de causalidade entre o dano e a omissão estatal, bem como inexistindo causas que rompessem aludido nexo, a Suprema Corte fixou a responsabilidade objetiva da Administração Pública em atos omissivos.

O Tribunal Constitucional apreciou recentemente o Agravo de Instrumento 935.709 – RS²²⁹ em que também se discutia a responsabilidade estatal por omissão. No caso, durante um espetáculo teatral, organizado pelo Município de Inhacora em parceria com certa organização religiosa, a cantora que participava do evento foi atingida por uma garrafa arremessada por um membro da plateia, causando-lhe danos materiais e morais. Nesta situação, assentou-se que a presença do ente municipal, a título organizativo, atraiu a responsabilidade estatal objetiva por eventuais danos causados durante o espetáculo.

O ministro Gilmar Mendes, analisando o Agravo em Recurso Extraordinário 843.431– RJ,²³⁰ afirmou ser entendimento da Segunda Turma a responsabilidade objetiva do Estado mesmo em casos omissivos. Tratava-se a discussão sobre eventual responsabilidade municipal por danos oriundos de queda em bueiro e má conversação das vias públicas.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Agravo em Recurso Extraordinário 934.835-RJ. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravados: Ana Flávia de Carvalho Barroso Leite e Renan Felipe Barroso Leite. Julgamento: 01/02/2016. Publicação: 04/02/2016.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Agravo de Instrumento 935.709-RS. Agravante: Município de Inhacora. Agravada: Mari Teresinha Cabral Brum. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 01/02/2016. Publicação: 17/02/2016.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Agravo em Recurso Extraordinário 843.481-RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Antônio Augusto de Souza Mallet. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 16/10/2014. Publicação: 22/10/2014.

No caso, apesar de negar seguimento ao recurso por revolvimento à matéria fático-probatória – incidindo o óbice do enunciado 279 da Súmula do STF –, o ministro relator foi categórico ao asseverar que, mesmo que admitido o recurso naquele juízo de prelibação, no mérito não encontraria amparo em razão da tese assumida naquela Turma no sentido de objetivar a responsabilidade do Estado por atos omissivos. A queda no bueiro, assim, atrairia a responsabilidade objetiva do Estado em razão de sua omissão. Situação e solução idênticas são verificadas no Recurso Extraordinário 806.503 – RJ.²³¹

Considerando-se o posicionamento adotado na Segunda Turma do Pretório Excelso, o ministro Roberto Barroso, no julgamento do Recurso Extraordinário 788.315 – AM,²³² reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado do Amazonas na omissão, verificada em hospital estadual, pela não utilização dos meios disponíveis para evitar a morte de paciente.

Interessante caso, também de relatoria do ministro Roberto Barroso, foi apreciado no Recurso Extraordinário 810.891 – SC. Os autos retratam o ocorrido em uma rodovia estadual, consistente no desprendimento da recapagem do pneu de um caminhão que, atingindo outro veículo, causou acidente automobilístico. A vítima do evento danoso pugnou pela responsabilização objetiva da concessionária da rodovia estadual com fulcro no artigo 37, §6º, da Constituição Federal – que expressamente estende às concessionárias de serviço público a responsabilidade objetiva.

O relator, adotando a tese defendida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, considerou ser objetiva a responsabilidade da concessionária e identificou, no caso, omissão da prestadora de serviços. Ademais, afastou a alegação de culpa exclusiva de terceiro – o proprietário do caminhão cujo pneu estourou –, afirmando ainda que, caracterizando-se relação consumerista entre a concessionária e os condutores que trafegam na rodovia, a responsabilidade civil objetiva pela omissão daquela era medida necessária para a integral reparação dos danos suportados pela vítima.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 806.503-RJ. Recorrente: Município de Niterói. Recorrido: Francisco Nunes dos Santos Filho. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 19/02/2015. Publicação: 02/03/2015.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 788.315-AM. Recorrente: Estado do Amazonas. Recorrido: W.B. do N., representado por W. P. do N. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 25/03/2015. Publicação: 26/03/2015.

Ainda na Suprema Corte, adotou-se a responsabilidade objetiva nos seguintes julgamentos: AgRg no RE 754.778 – RS, RE 109.615 – RJ, RE 170.014 – SP e AgRg no RE 697.326 – RS.

O que se percebe da análise dos julgamentos que preferem a tese objetiva da responsabilidade estatal por atos omissivos é a prevalência de uma concepção garantista do Direito – isto é, que visa ampliar a utilidade do Direito à sociedade, ampliando, por conseguinte, direitos frente ao Estado – e que reflete na interpretação extensiva do artigo 37. Este entendimento reforça, sem dúvida, a solidariedade social – fundamento da responsabilidade civil do Estado.²³³

²³³ Roberto Altheim, analisando a jurisprudência pátria, conclui que atualmente os tribunais tem se inclinado a reconhecer o dever indenizatório não em razão dos clássicos pressupostos da responsabilidade (ato ilícito, dano e nexos de causalidade), mas em razão de novos pressupostos, elencando-os em (i) dano, (ii) antijuridicidade, (iii) nexos de imputação e (iv) nexos de causalidade. Efetivamente, esta percepção reflete a orientação assumida por alguns julgados das cortes superiores brasileiras, que por vezes privilegia o caráter injusto do dano, suportado pela vítima, em desfavor do efetivo dever de ação do Estado. (ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro**: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil. 2006. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006).

4 CONCLUSÕES

A partir da análise das diversas teorias da responsabilidade civil do Estado, extrai-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, salvo excepcionais casos, a teoria do risco administrativo – teoria que, apesar de imputar a responsabilidade estatal de modo objetivo, sem aferição de culpa, possibilita a exclusão da responsabilidade em hipóteses como o caso fortuito e a força maior, a responsabilidade exclusiva da vítima ou a culpa de terceiros.

Observa-se, também, que a responsabilidade civil tem caminhado no sentido de objetivação de sua imputação. Vale dizer: aos poucos a dogmática, acompanhada da jurisprudência, tem reclamado por adaptações no sistema de responsabilidade civil que levam à responsabilidade objetiva, e não mais subjetiva, tendo em vista as decorrências negativas que eventualmente desta decorriam, bem como por força da incorporação de valores como a socialização de danos e compartilhamento de riscos. Não obstante, a evolução da responsabilidade civil deve se dar de forma gradativa, fruto da construção da dogmática, do legislador e da jurisprudência, para que se evite a adoção de um sistema estruturalmente insustentável – o que acarretaria prejuízos ainda maiores.

No âmbito da divergência jurisprudencial da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, o que se vê, partindo da análise dos diversos julgamentos que dispõem sobre a matéria, é o reflexo deste processo evolutivo que a responsabilidade civil atualmente atravessa.

De um lado, a responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos, porquanto se possa dizer tradicional e atenta aos pressupostos clássicos da responsabilidade civil, tem atuado no sentido de sopesar os valores em conflito – prejuízo da vítima e viabilidade da ampla responsabilidade estatal – e impedindo que a responsabilidade estatal seja banalizada e ampliada de tal modo a inviabilizar o funcionamento das estruturas estatais.

A responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos, por outro lado, mais voltada aos novos rumos da responsabilidade civil moderna, tem por escopo concretizar os valores de solidariedade social e compartilhamento dos riscos. Seu papel, atualmente, além destes já mencionados, pode se resumir, no âmbito da responsabilidade civil, a colaborar para o aperfeiçoamento das hipóteses de responsabilidade objetiva – para que, no futuro, seja possível adotar-se por completo

a teoria da responsabilidade objetiva sem que isso acarrete na completa inviabilização do funcionamento do Estado.

É deste aparente conflito de posicionamentos, expressos nos âmbitos dogmático e jurisprudencial, que a evolução da responsabilidade civil do Estado ocorre; é justamente a partir de um processo dialético – do qual, logicamente, decorre uma síntese – que os novos traços da responsabilidade estatal são traçados.

Tendo em vista o atual estágio da discussão do tema, afigura-se prudente a manutenção da responsabilidade civil subjetiva nos casos de danos decorrentes da omissão do Estado. Com efeito, a adoção de uma teoria objetiva acarretaria, atualmente, na ampla responsabilidade do Estado brasileiro, que além dos notórios problemas institucionais que o acometem e causam malversação do erário, acabaria por arcar com custos decorrentes de situações que sequer poderiam ser consideradas previsíveis.

Frise-se, contudo e mais uma vez, que, apesar da responsabilidade subjetiva ser mais adequada para o presente momento institucional brasileiro, a discussão acerca dos novos limites da responsabilidade estatal não deve ser deixada de lado, tendo em vista a importância do diálogo para a evolução da matéria.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1.

ALESSI, Renato. **L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici**. Milão: Giuffrè, 1964.

_____. **Principi di diritto amministrativo**. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1978. v. 2.

ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil**. 2006. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1.

ARAÚJO FILHO, Raul. **Punitive damages e sua aplicação no Brasil**, 2015. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/doutr/article/view/1117/1051>>. Acesso em: 02/08/2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 4. ed. Buenos aires: El Ateneo, 1947. v. 1.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. t. 6. v. 1.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 2

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1970. v. 8.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DELIYANNIS, Jean. **La notion d'acte illicite**: considéré em as qualité d'élément de la faute délictuelle. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**: théorie générale de l'État. 2. ed. Paris: Ancienne Libraire Fontemoing, 1911. t. 1.

_____. **Traité de droit constitutionnel**: les libertés publiques, l'organisation politique. Paris: Fontemoing, 1911. t. 2.

EISENMANN, Charles. **Cours de droit administratif**. Paris: Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, 1983.

ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità civile**. Padova: Antonio Milani, 1968.

GANGI, Calogero. **Le obbligazioni**. Milão: Giuffrè, 1951.

GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1972.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: 1982, p. 323.

GAUDEMET, Eugène; DESBOIS, Henri; GAUDEMET, Jean. **Théorie Générale des Obligations**. Paris: Sirey, 1937.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

_____. **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

JELLINEK, Giorgio. **La dottrina generale del diritto dello stato**. Milão: Giuffrè, 1949.

JOSSERAND, Luigi. **Dei contratti di trasporto**. Milão: Società Editrice Libreria, 1926.

_____. **Derecho civil: teoria general de las obligaciones**. Buenos Aires: Bosch, 1950. t. 2. v. 1.

JUNOD, Charles-André. **Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile**. Genebra: Libraire de L'université, 1956.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

KALINOWSKI, Georges. **Études de logique déontique**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1972. v. 13.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LALOU, Henri. **Traité pratique de la responsabilité civile**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1949.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy. **Les grand arrêts de la jurisprudence administrative**. 8. ed. Paris: Sirey, 1984.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

MALEZIEUX, Raymond. **Manuel de droit administratif**. Paris: Cujas, 1954.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARKOVITS, Yvan. **La directive C.E.E. du 25 juillet de 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1990.

MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris: Sirey, 1937. v. 1.

_____. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine, essai d'un système unitaire. Paris: Sirey, 1938. v. 2.

MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 4. ed. Paris: Sirey, 1947. t. 1.

_____. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 4. ed. Paris: Sirey, 1949. t. 2.

_____. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle**. Paris: Sirey, 1950. t. 3.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2.

MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. **Reponsabilidade sem culpa**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público internacional**: modelo de estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Comares, 2004.

PAULUS, Jean-Pierre. **Essai d'une explication sociologique de la responsabilité, de la garantie, du col et du concours des actions**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PHILIPPE, Xavier. **Droit administratif general**. 2. ed. Marselha: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 53.

PUECH, Marc. **L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1973.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: 1981.

RODIÈRE, René. **La responsabilité civile**. Paris: Rousseau, 1952.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

ROLAND, Louis. **Précis de droit administrative**. 10. ed. Paris: Dalloz, 1953.

ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milão: Giuffrè, 1947.

ROUSSET, Michel. **L'idée de puissance publique em droit administratif**. Paris: Daloz, 1960.

RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. **Instituzioni de diritto privato**: diritti di obbligazione e contratti, tutela dei diritti. 8. ed. Milão: Giuseppe Principato, 1954. v. 2.

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

SCHMITT, Carl. **Théorie de la constitution**. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

SILVEIRA NETO, Honório. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1963.

SOUSA, Marcelo Rebelo. **Lições de direito administrativo**. Lisboa: Lex, 1999.

SOURDAT, M. A. **Traité général de la responsabilité ou de l'action em dommages-intérêts en dehors des contrats**. Paris: Marchal et Billard, 1911. t. 2.

STARCK, Boris. **Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Peine Privée**. Paris: L. Rodstein, 1947.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VEDEL, Georges. **Droit administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. t. 1.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

VON WAHLENDORF, Hans-Albrecht Schwarz-Liebermann (coord.). **Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile em droit français, allemand et anglais**. Paris: Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

WALINE, Marcel. **Droit administratif**. 7. ed. Paris: Sirey, 1957.

ZANOBINI, Guido. **Corso de diritto amministrativo**. 6. ed. Milão: 1950. v. 1