

FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

EMERSON ALVES LOPES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS ACIDENTES CAUSADOS POR AGENTES DE
EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS
TERCEIRIZADOS**

RUBIATABA-GO/2007.

FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

EMERSON ALVES LOPES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS ACIDENTES PROVOCADOS POR AGENTES
DE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS
TERCEIRIZADOS**

Monografia apresentada a FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Samuel Balduino Pires da Silva.

Rubiataba - Goiás

2007

FOLHA DE APROVAÇÃO

EMERSON ALVES LOPES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS
ACIDENTES PROVOCADOS POR AGENTES DE EMPRESAS
PRESTADORAS DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS**

**COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA A OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO _____

Orientador _____

Samuel Balduino Pires da Silva –
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

2º Examinador _____

Geruza Silva de Oliveira – Mestre em Sociologia

3º Examinador _____

Sérgio Luís Oliveira dos Santos –
Especialista em Direito Privado

Rubiataba, 2007

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, e minha namorada por proporcionarem um ambiente familiar acolhedor e de paz, propiciando a concentração indispensável para a produção deste estudo.

A minha avó, matriarca dessa família sempre preocupada com o neto e fonte de sabedoria e incentivo.

A minha filha, minha fonte inspiradora a conclusão desse curso.

E a todos, cuja convivência veio a somar conhecimento para a abordagem do tema, sobretudo aos amigos e aplicadores do direito com quem tive o grande privilégio de estudar e estagiar.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela graça alcançada. Aos professores, pela dedicação e profissionalismo na orientação desse trabalho. Aos meus tios, Olávio e Maria de Fátima pelo apoio moral e financeiro, sem o qual seria impossível a conclusão deste curso. E a Keila, pela infinita compreensão, surpreendente paciência e salutar incentivo.

RESUMO: No decorrer de nossa Graduação, mais especificamente durante o módulo destinado ao estudo da responsabilidade civil do Estado, abordado com brilhantismo pelo Professor Teófilo Amorim Chagas, ficamos fascinados pelo tema. Tivemos a oportunidade de observar com mais clareza de detalhes a questão da culpa, do risco, do dolo e outros fatores inerentes ao tema. Observamos a importância da matéria, a sua abrangência e a sua aplicabilidade no exercício da prestação de serviços por empresas privadas. Tal fato levou-nos a refletir sobre a responsabilidade do Estado, os danos causados oriundos de serviços públicos, as deficiências apresentadas pela legislação, e outros fatores que serão abordados no decorrer do trabalho. Assim sendo, a presente pesquisa tem por objeto a identificação de algumas das principais situações em que o Estado pode ser responsabilizado civilmente. Desta forma, desenvolvemos o presente trabalho, principalmente, através de compilação da doutrina, ou seja, mediante a exposição do pensamento de autores renomados, organizando suas opiniões de forma lógica quando apresentarem posições antagônicas e harmonizando os pontos de vista comuns. Partindo dessas exposições doutrinárias, estabeleceremos nossa própria opinião e conclusão sobre os aspectos considerados relevantes. No capítulo inicial, faremos um breve resumo histórico. Abordaremos o conceito e as espécies de responsabilidade civil, além das modalidades e pressupostos da responsabilidade civil e da responsabilidade de indenizar. No segundo capítulo, faremos uma abordagem sobre a responsabilidade civil do Estado, iniciando pela evolução histórica, conceito, chegando às teorias sobre a responsabilidade do Estado e finalizando com as excludentes de responsabilidade. No terceiro capítulo abordaremos a responsabilidade civil do Estado nas concessões administrativas e no último capítulo realizamos uma análise sobre o direito a indenização, o procedimento e o entendimento dos tribunais. Ao fim, expomos nosso posicionamento, discorrendo sobre a possibilidade de a vítima promover a respectiva ação tanto em face do Estado quanto da própria empresa privada prestadora de serviços terceirizados. Para tanto, necessário foi se fazer uma interpretação minuciosa de dispositivos legais e constitucionais sobre o tema, bem como sua praticidade, no sentido de se chegar a uma conclusão eficaz, visando solver tais problemas. Após essas explanações, apresentaremos nossa conclusão pessoal. Na expectativa de que o presente trabalho ajude aos estudantes de Direito e advogados a despertarem para a questão.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil do Estado. A responsabilidade civil do estado nas concessões administrativas. O direito a indenização.

RESUMEN: During our Graduation, more specifically during the module destined to the study of the civil liability of the State, boarded with brilliantism for Teófilo Professor Amorim Chagas, we are fascinated for the subject. We had the chance to observe with more clarity of details the inherent question of the guilt, the risk, the deceit and other factors to the subject. We observe the importance of the substance, its abrangência and its applicability in the exercise rendering of services for private companies. Such fact take-in reflecting on the responsibility of the State, the actual damages deriving of public services, the deficiencies presented for the legislation, and other factors that will be boarded in elapsing of the work. Thus being, the present research has for object the identification of the some of the main situations in State can civilly be made responsible. In such a way, we develop the present work, mainly, through compilation of the doctrine, that is, by means of the exposition of the thought of famous authors, organizing its opinions of form logical when to present antagonistic positions and harmonizing the common points of view. Leaving of these doctrinal expositions, we will establish our proper opinion and conclusion on the considered aspects excellent. In the initial chapter, we will make a brief historical summary. We will approach the concept and the species of civil liability, beyond the modalities and estimated of the civil liability and the responsibility to indemnify. In as the chapter, we will make a boarding on the civil liability of the State, initiating for the historical evolution, concept, arriving at the theories on the responsibility of the State and finishing with the exculpatory ones of responsibility. In the third chapter we will approach the civil liability of the State in the administrative concessions and in the last chapter we carry through an analysis on the right o the indemnity, the procedure and the agreement of the courts. To the end, we display our positioning, discoursing on the possibility of the victim in such a way to promote the respective action in face of the State how much of the proper rendering private company of terceirizados services. For, in such a way necessary it was if to make a minute of legal devices and constitutional interpretation on the subject, as well as its praticidade, in the direction of if arriving at an efficient conclusion, aiming at to solve such problems. After these communications, we will present our personal conclusion. In the expectation of that the present work helps to the students of Right and lawyers to despertarem for the question.

Word-keys: Civil liability. Civil liability of the State. The civil liability of the state in the administrative concessions. The right the indemnity.

LISTA DE ABREVIATURAS

§	- Parágrafo
Agrav.	- Agravo
Art	- Artigo
Arts	- Artigos
CC	- Código Civil
CF	- Constituição Federal
CPC	- Código de Processo Civil
DER	- Departamento de Estradas e Rodagens
Des.	- Desembargador
DJ	- Diário da Justiça
Ement	- Ementa
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS	- Instituto Nacional da Seguridade Social
JTAAP	- Julgados do Tribunal de Alçada do Amapá
JTACSP	- Julgados do Tribunal de Alçada da Comarca de São Paulo
Mg	- Magistrado
Min	- Ministro
N.	- Número
Nº	- Número
Pág	- Página
Par	- Parágrafo
Pg	- Página
PUCSP	- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
RE	- Recurso Extraordinário
Rel	- Relator
RESP	- Recurso Especial
RJTJSP	- Revista Jurídica do Tribunal de Justiça de São Paulo
RT	- Revista dos Tribunais
RTJ	- Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TARGS	- Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul
TJRJ	- Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vg	- Verbi gratia (por exemplo)
Vol	- Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
1.1. Evolução Histórica.....	13
1.2. Conceito.....	15
1.3. Espécies de Responsabilidade Civil.....	16
1.3.1. Responsabilidade Penal e Responsabilidade Civil.....	16
1.3.2. Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	17
1.3.3. Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva.....	17
1.3.4. Responsabilidade Direta e Indireta.....	19
1.4. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	20
1.4.1. Pressupostos Comuns.....	21
1.4.1.1. Conduta ou Ação ou Omissão do Agente.....	21
1.4.1.2. Imputabilidade.....	22
1.4.1.3. O Dano Moral ou Patrimonial Indenizável Experimentado pela Vítima.....	23
1.4.1.4. Nexo de Causalidade.....	25
1.4.2. Pressupostos Específicos.....	26
1.5. A Responsabilidade de Indenizar.....	29
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	31
2.1. Origem da Responsabilidade Estatal.....	32
2.2. Conceito.....	34
2.3. Teorias da Responsabilidade Estatal.....	35
2.3.1. Teoria da Irresponsabilidade.....	35
2.3.2. Teoria Civilista.....	36
2.3.3. Teorias Publicístas da Responsabilização Estatal.....	37
2.3.3.1. Teoria da Culpa Administrativa.....	38
2.3.3.2. Teoria do Risco Administrativo.....	39
2.3.3.3. Teoria do Risco Integral.....	40
2.3.3.4. Teoria do Dano Objetivo.....	42
2.4. Excludentes de Responsabilidade.....	42
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NAS CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS.....	45

4. O DIREITO A INDENIZAÇÃO.....	54
CONCLUSÃO.....	60
BIBLIOGRAFIA.....	62

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro já admite que o Estado possa causar prejuízos aos seus administrados, através de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, resultando-lhe a obrigação de recompor tais danos. Com o advento da atual Constituição de 1988 houve uma ampliação da responsabilidade estatal, haja vista o preposto do Estado deixar de ser apenas o funcionário público para ser o agente público, termo este que abrange um número maior de pessoas. E dentro desse prisma sabemos que terceirizar é, sem sombra de dúvida, uma das soluções, senão a grande solução para a Administração Pública moderna.

Todavia, considerando a forma como a legislação e a jurisprudência passou a regulamentar a terceirização, fica no ar, a seguinte pergunta: aplica-se ou não a responsabilidade civil do Estado nos acidentes causados por agentes de serviços na terceirização do serviço público? Através do presente trabalho, foi apresentado um tema por demais relevante, o da responsabilidade civil do Estado em relação aos danos causados a terceiros, através de seus agentes. Iniciamos com uma noção abrangente do que é a responsabilidade civil e, adentramos na teoria objetiva da responsabilidade estatal. A qual está regulada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º.

Algumas particularidades sobre o tema, também de elevada importância, foram analisadas. Como é o caso da responsabilidade subsidiária do Estado na administração pública indireta e uma vez caracterizado o dano à terceiro, em decorrência da ação estatal, através de seus agentes, o lesado terá direito à indenização pelo Estado.

Para finalizar, foram citados alguns casos em que o dano tenha ocorrido, implicando em responsabilização do Estado e a reparação do dano causado.

Nos primórdios da história da humanidade, temos o conhecimento que a responsabilidade civil fundava-se na vingança coletiva para solucionar seus litígios, no decorrer do tempo usava-se da reação individual, ou seja, passaram da vingança coletiva para a privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos. O poder público, neste caso, intervinha apenas para ditar como e quando a vítima poderia ter o direito de retaliação,

ensejando no réu dano idêntico ao que foi produzido, fundamentados na Lei de Talião, que é conhecida até hoje pela expressão "olho por olho, dente por dente".

Hoje a responsabilidade civil evoluiu, fundamentando-se no dever de reparar o dano não somente quando houvesse culpa esta denominada responsabilidade subjetiva, como também pela Teoria do Risco, passando aquela a ser objetiva, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, independente da existência de culpa ou dolo do agente causador do dano.

O mesmo não ocorria quando o causador do dano era o Estado, na concepção política do Estado absolutista, não havia reparação por danos causados pelo Poder Público, uma vez que o Estado Soberano tinha a seu favor a prerrogativa da total imunidade. Com o tempo, essa concepção foi se enfraquecendo, pois a ausência de responsabilidade do Estado constituía a própria negação do direito, justamente por quem tinha o dever de, primeiramente, tutelá-lo. No Brasil, a princípio, o Estado era irresponsável pelos atos de seus agentes que causavam danos a terceiros. Com o passar dos anos a responsabilidade passou a ser solidária, isto é, do servidor e do Estado.

Com essa justificativa, o tema abordado nesta monografia foi escolhido no interesse de saber qual a verdadeira responsabilidade do administrador, do Estado, das empresas terceirizadas e de seus funcionários.

O Presente trabalho tem por objetivo geral mostrar de forma clara e concisa as formas pelas quais se dão as responsabilidades civis do Estado nos acidentes causados por agentes da Administração Pública Indireta, a terceiros, no âmbito do Direito Administrativo.

E fizemos como objetivos específicos uma análise da matéria, tendo como ponto de partida, noções gerais sobre a responsabilidade civil do Estado, bem como, a sua obrigação que lhe é imposta de reparar os danos causados por seus agentes, no exercício de suas funções. Fizemos um breve comentário a respeito da descentralização, e suas permissionárias e concessionárias, chegando então ao ponto central de nosso objetivo que é a análise da responsabilidade civil do Estado quando o dano tenha sido praticado por agente de empresa prestadora de serviços terceirizados durante o exercício de seu trabalho ou em função dele.

E por fim sua relevância e aplicabilidade nos tempos atuais, tratando de um assunto que causa grande polêmica na órbita jurídica e administrativa.

Usamos o método de compilação, como forma metodológica, fizemos uma pesquisa ampla, tendo como fonte, obras doutrinárias, revistas, códigos e constituições, enfim não nos restringimos somente à pesquisa bibliográfica, ao contrário, demos ênfase a fatos concretos, contidos na jurisprudência. A presente classificação foi adotada por entendermos que melhor se adapta a nosso estudo e possibilitou uma melhor compreensão do conteúdo apresentado, além de ser a forma mais usada pelos melhores doutrinadores.

Tentamos de forma sucinta analisar a evolução da responsabilidade civil do Estado ao longo do tempo. Existe muita divergência terminológica entre os doutrinadores sobre a divisão e a denominação das teorias, que evoluíram da irresponsabilidade, para a responsabilidade através da culpa para por fim aportar na responsabilidade objetiva e subsidiariamente quando se refere às entidades que recebem a transferência da titularidade e execução do serviço público. Tratamos também da transferência apenas da execução do serviço público, que se procede através da autorização, concessão e da permissão.

E por fim tratamos do nosso tema central que é a responsabilidade civil do estado nos acidentes causados por agentes de empresas prestadoras de serviços terceirizados, chegando a nossas considerações finais, anexando o material compilado e a bibliografia.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

No presente capítulo, foi abordada inicialmente a responsabilidade civil, de maneira geral, para melhor compreensão do assunto, para em seguida ser tratado à responsabilidade civil do Estado, que por suas particularidades, não se adapta perfeitamente a responsabilidade do direito civil, tendo suas particularidades tratadas no direito administrativo, como veremos adiante.

1.1. Evolução Histórica

Desde o início da vida em sociedade os seres humanos buscam uma reparação ao dano causado por terceiro, ao seu patrimônio. A responsabilidade civil fundava-se na vingança coletiva, que era caracterizado pela reação conjunta do grupo contra o agressor. O instituto evoluiu para uma reação individual, ou seja, passaram da vingança coletiva para a privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, fundamentados na Lei de Talião, que é conhecida até hoje pela expressão: olho por olho, dente por dente. O ofendido ou seus familiares detinham o poder à reparação, ensejando no réu dano idêntico ao que foi produzido¹. Esta prática, na realidade, apresentava resultados extremamente negativos, pois acarretava a produção de outro dano, uma nova lesão, isto é, o dano suportado pelo seu agressor, após sua punição.²

Prevalecendo no Direito Romano essa mesma idéia de vingança, pois as leis bíblicas seguiram o direito de talião (Êxodo, 21, 22-27; Deuteronômio, 19, 16-21)³, até chegar-se a uma segunda etapa quando surgiu a idéia da composição voluntária, prevalecendo o

1 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 502.

2 Wilson Rodrigues Alves. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário**. 2001. Pág. 39 e 40.

3 João ferreira Almeida. **Bíblia Sagrada**. 2003. Pág. 79 e 202.

entendimento de que seria mais racional a reparação do dano por meio da prestação de uma pena e outros bens, do que cobrar a pena de Talião⁴.

Após essa etapa, surgiu a da composição legal, em que o ofensor era punido pelo Estado de modo muito covarde, como a ruptura de um membro, a fratura de um osso, ofensas ordinárias como violências leves, bofetadas, golpes etc. A evolução do tema só ocorreu com a introdução do direito românico, mais especificamente com a Lei de Áquila, que no ano 572 da fundação de Roma, um tribuno⁵ do povo, chamado Lúcio Aquílio, propôs e obteve a aprovação e sanção de uma lei de ordem penal, que veio a ficar conhecida como *Lex Aquilia*⁶, que possuía dois objetivos:

- Assegurar o castigo à pessoa que causasse um dano a outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes;
- Punir o escravo que causasse algum dano ao cidadão, ou ao gado de outrem, fazendo-o reparar o mal causado⁷.

Surge então no direito francês, no Código de Napoleão, o princípio geral da responsabilidade civil⁸. E entre as inovações francesas, constatava-se o abandono à obrigatoriedade de acordo e o direito à reparação sem que houvesse culpa, a responsabilidade objetiva ou a futura Teoria do Risco, e com ele a distinção entre culpa delitual e contratual. A partir daí, a definição de que a responsabilidade civil se funda na culpa, propagou-se nas legislações de todo o mundo, conhecida como a Teoria da Culpa ou Responsabilidade subjetiva⁹.

Com o advento da Revolução Industrial, multiplicaram-se os danos, e surgiram novas teorias inclinadas sempre a oferecer maior proteção às vítimas. Sem abandonar a Teoria da

4 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 502.

Vilson Rodrigues Alves. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário**. 2001. Pág. 39 e 40.

5 Magistrado que na Roma antiga defendia os direitos do povo. (BUENO. 1983. Pág. 1.148).

6 A *Lex Aquilia* foi um plebiscito que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. (VENOSA. 2001 Pág. 502).

7 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 502 e 503.

8 O artigo 1.382 do Código de Napoleão, cuja parte das Obrigações costuma-se dizer que é *Pothier*, enunciado em forma de preceitos que, na verdade, representa o alicerce de toda a teoria da responsabilidade. (Carlos Pinto Coelho Motta. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 1999. Pág. 333).

9 Como veremos adiante no item 2.3.3.

Culpa, vem ganhando terreno a Teoria do Risco, que se baseia na idéia de que o exercício de atividade perigosa é fundamento da responsabilidade civil. Isto significa que a execução de atividade que ofereça perigo possui um risco, o qual deve ser assumido pelo agente, ressarcindo os danos causados a terceiros pelo exercício da atividade perigosa, ou seja, não importa se o agente agiu culposamente ou dolosamente, o que importa é que exista uma relação de causalidade entre o ato do agente e o dano causado.¹⁰

1.2. Conceito

O vocábulo responsabilidade originou-se do verbo latino *respondere*, que vem a ser o fato de alguém se constituir garantidor de algo. Que por sua vez, teve origens na palavra *responsabilitatis*¹¹, também de origem latina, que era a fórmula pela qual se obrigava o devedor nos contratos verbais, no direito romano. Com isso, podemos definir a responsabilidade civil como uma fonte de obrigação de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou de pessoas ou coisas que dela dependam, ou seja, o instituto jurídico através do qual se enseja que uma pessoa que cause injustamente danos a outrem, torne-se obrigado a repará-lo¹².

Mas o conceito de responsabilidade civil por ser muito amplo, é difícil em se prender numa só definição, porque a doutrina tende a unir os conceitos técnicos e a realidade concreta da obrigação de reparar os danos, independentemente de serem identificadas à sua causa, se da teoria subjetiva ou da objetiva.

Prender-nos-emos ao conceito de Diniz, 2005, pág. 853, devido ser este o mais usado, portanto:

“Responsabilidade civil é a obrigação de reparar dano causado a outrem por fato de que é autor direto ou indireto. A responsabilidade civil é, portanto, a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma

10 Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 5 e 6.

11 Carlos Pinto Coelho Motta. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 1999. Pág. 330.

12 Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 6.

praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.¹³

1.3. Espécies de Responsabilidade Civil.

As classificações da responsabilidade civil no direito moderno são:

1.3.1. Responsabilidade Penal e Responsabilidade Civil.

Tendo em vista a natureza da norma jurídica violada pelo agente, pode-se classificá-la em civil ou penal, de acordo com o dever violado que a lei impõe.

Quando o interesse lesado é o da sociedade, o agente infringe uma norma penal de direito público, sendo a lei penal personalíssima, intransferível, ou seja, a pena não pode ultrapassar a pessoa do delinqüente, respondendo o réu com a privação da liberdade.

Já na responsabilidade civil o interesse é privado, podendo o prejudicado pleitear ou não a reparação do dano, e é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

Mas é possível, também, que o ato ilícito repercuta tanto na ordem cível como na penal, e acontece quando infringindo uma norma de direito público, acarreta prejuízos a terceiros. Caso em que poderá haver uma dupla reação do ordenamento jurídico, teremos a imposição da pena e se for pedido pelo particular, poderemos ter uma indenização¹⁴.

13 Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 2006. Pág. 853.

14 Idem.

Carlos Roberto Gonçalves, **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 164 e 165.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 6 e 7.

1.3.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Quanto ao seu fato gerador a Responsabilidade pode ser: contratual e extracontratual, e embora haja distinção entre as duas espécies de responsabilidade, a consequência é a mesma, ou seja, a obrigação de ressarcir o prejuízo causado.

Responsabilidade contratual é aquela que decorre do descumprimento ou inadimplemento contratual, ensejando com isso prejuízo a um dos contratantes é a vítima (credor) tem que provar o inadimplemento culposos, o nexo de causalidade e o dano. Assim, o ônus da prova cabe ao autor.¹⁵

E responsabilidade extracontratual, se resultante da violação de um dever geral de abstenção, ou de um dever jurídico geral, pertinente aos direitos reais ou aos direitos de personalidade, ou seja, é aquela em que o agente causador do dano não está ligado a vítima pelo contrato, mas sim é responsabilizado por previsão em norma legal.¹⁶

A vítima (credor) não precisa provar a culpa do causador do dano, basta à prova do inadimplemento, nexo de causalidade e o dano, há uma inversão do ônus da prova, ou seja, o réu na demanda que deverá provar excludentes de sua responsabilidade. A responsabilidade contratual decorre dos artigos 389 a 416, e a extracontratual nos artigos 186, 187, e 927 a 954 ambas do Código Civil vigente, que também é chamada de aquiliana¹⁷.

1.3.3 Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva

Em relação ao seu fundamento a Responsabilidade pode ser:

15 Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 853.

Carlos Roberto Gonçalves, **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 163 e 164.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 8, 9 e 10.

16 Idem.

17 Idem.

Responsabilidade subjetiva se fundada na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa, ou seja, é indispensável à prova da culpa (em sentido amplo, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) do agente causador do dano para que surja o dever de indenizar, exigindo todos os elementos para sua configuração, que são a conduta do agente, o dano, a culpa ou dolo e o nexo causal entre a conduta e o dano¹⁸.

A responsabilidade é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito, também conhecida como teoria da culpa ou teoria clássica, segundo a qual a vítima tem o ônus de provar a culpa do causador do dano¹⁹. Essa teoria passou a ser injusta para a vítima, uma vez que, em alguns casos, é muito difícil provar a culpa do causador do dano, em decorrência dessa dificuldade, adotou-se a presunção de culpa em certas situações, surge, então, uma nova teoria chamada teoria objetiva.

A responsabilidade objetiva, também chamada de teoria do risco, encontra a sua justificativa no risco, não se exige a prova de culpa do agente para que este seja obrigado a reparar o dano, basta que exista a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente²⁰.

É o entendimento de que aquele que obtém vantagens no exercício de determinada atividade deve responder pelos prejuízos que essa atividade lucrativa venha a causar. É o brocardo jurídico: quem aufere os cômodos, arca também com os incômodos²¹.

Sendo tal responsabilidade presumida por lei em alguns casos²² e totalmente prescindível da culpa em outros, bastando que haja um nexo de causalidade entre a ação e o dano. A responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus limites, conjugando e dinamizando entre si.²³

18 Silvio Rodrigues. **Direito Civil vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 11.

19 Idem.

20 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 536.

Idem.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 166.

21 Idem. Pág. 167.

22 É o caso do art. 936 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem, como ensina Gonçalves. 2003. Pág. 166.

23 Idem. Pág. 166, 167 e 168.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 11.

1.3.4 Responsabilidade Direta e Indireta

Referente ao agente a responsabilidade pode ser: direta, se proveniente de um fato da própria pessoa causadora do dano, o agente responderá então por ato próprio, sendo conhecida como responsabilidade simples ou por fato próprio, não existindo maiores dúvidas quanto ao seu alcance e entendimento não carecendo, portanto de muita atenção. E responsabilidade indireta ou complexa, se emana de ato de terceiro vinculado ao agente, de fato de animal ou de coisa inanimada sob sua guarda. Esta é mais uma forma de dirigirmos a responsabilidade a quem realmente deve suportar a reparação do dano²⁴.

Já a responsabilidade indireta é mais complexa, e merece uma atenção especial, já que o nosso estudo envolve especificamente o assunto. Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade indireta é uma exceção ao princípio geral da responsabilidade, por isso, só poderá ser encarada, dentro dos termos previstos em lei. E se divide em duas modalidades, a responsabilidade por fato alheio e a responsabilidade pelo fato das coisas.²⁵

Os casos de responsabilidade por fato de outrem estão arrolados no Código Civil em seus artigos 932 e 933, que responsabiliza pela reparação civil:

- Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Arts. 3º a 5º, 928 e 1.630 a 1.638 do Código Civil.
- O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; Arts. 1.728 a 1.783 do Código Civil.
- O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; Arts. 149 e 775 do Código Civil. Súmula nº 341 do STF.
- Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; Arts. 649 e 650 do Código Civil.

24 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 854.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 57.

25 Idem.

- Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Arts. 933 e 942 do Código Civil. Súmula nº 492 do STF.²⁶

Portanto, na conformidade do inciso III do artigo 932 do Código Civil, que é o pertinente a nosso caso em estudo, provado que o agente tenha praticado o ato ilícito no exercício de suas funções ou por meio de representante legal ou estatutário, a responsabilidade de reparar o prejuízo transfere-se a seu empregador. Estendeu a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público, ou seja, as concessionárias e as permissionárias de serviço público também serão responsabilizadas de maneira objetiva pelos atos praticados.

É relevante mencionar que o artigo 942, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, estabelece que seja também responsável às pessoas antes referidas, a vítima pode escolher quem acionar, no caso de mais de um autor, uma vez que o artigo determina a solidariedade da responsabilidade. Saliente-se que a solidariedade não se presume; ela resulta da lei ou da vontade das partes, de modo que os agentes propriamente ditos, especialmente se tiverem patrimônio, responderão igualmente pelos danos causados por seus atos, como forma de responsabilidade solidária²⁷.

1.4. Pressupostos da Responsabilidade Civil.

Para determinar a responsabilidade civil, são necessários certos pressupostos, que se dividem em comuns e especiais. Os comuns, que se aplica a todo tipo de responsabilidade, devem se fazer presentes tanto na modalidade objetiva quanto na subjetiva e são a conduta ou ação ou omissão do agente, a imputabilidade, o dano moral ou patrimonial indenizável experimentado pela vítima, e, por fim, no nexo de causalidade.

26 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 858.

Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 536.

27 Idem. Pág. 856 e 857.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 2003. Pág. 300.

Os pressupostos especiais ou específicos, no sentido de que se aplicam a este ou aquele tipo de responsabilidade, para a configuração da teoria subjetiva, perfazem-se no dolo ou na culpa do agente. Esses mesmos pressupostos, para a teoria objetiva, são demonstrados na previsão legal, no alcance da ocorrência do dano no risco da exploração de atividade, ou, ainda, na infringência de uma lei²⁸.

Objetivando um melhor entendimento do esposado, passa-se à análise dos enunciados pressupostos.

1.4.1. Pressupostos Comuns

1.4.1.1. Conduta ou Ação ou Omissão do Agente

Podemos definir conduta como todo ato humano, comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário ou objetivamente imputável ao agente (CC., art. 939, 940, 953, etc.), a terceira pessoa que por este é responsável (CC., art. 932) e, ainda, de danos causados por coisas (CC., art. 937) e animais (CC., art. 936) que lhe pertençam²⁹.

A ação ou a conduta do agente, fato gerador da responsabilidade poderá ser lícito ou ilícito. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e as responsabilidades sem culpa fundam-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se, a omissão, para o direito, somente será

28 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 850 a 853.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 170 e 171.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 13 e 14.

Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág.

505.

29 Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 171.

relevante quando importar na inobservância de um dever de agir. O dever de não se omitir pode ser imposto por lei, resultar de convenção ou até da criação de alguma situação especial de perigo³⁰.

1.4.1.2. Imputabilidade

A imputabilidade é o elemento constitutivo da culpa e da própria responsabilidade, e podemos dizer que é a probabilidade de uma determinada conduta, um ato ou fato ser conferida a alguém³¹. Para se caracterizar a imputabilidade não basta à conduta do agente, se faz necessário que esta conduta (ação ou omissão) tenha origem em um ato de vontade livre e capaz, pois se ele não tinha condições de entender o caráter ilícito da conduta, ele não pode, em princípio, ser responsabilizado. É o que vem exposto no Código Civil Brasileiro em seus arts. 186 e 187.

Apresentam-se como excludentes à imputabilidade a menoridade e a demência mental (segundo dispõem o art. 934 do CC). Nestas situações, os responsabilizados serão os pais ou tutores, em virtude da culpa *in vigilando*³², que é o dever de educar os filhos e sobre eles manter vigilância. Listando também a anuência da vítima, o exercício normal de um direito, a legítima defesa e o estado de necessidade, a embriaguez fortuita e completa, onde responsabilizados serão os que provocaram o estado de inconsciência no agente. Nas pessoas jurídicas, a imputabilidade se dará pela manifestação dos atos de seus gerentes, já que por eles é que se externa sua vontade e conduta.³³

30 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 850 e 851.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito civil: parte geral**. 2003. Pág. 171.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 15.

31 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 532.

32 Culpa *in vigilando*: Culpa em vigiar a execução de que outrem ficou encarregado (CD de Arquivos A Priori. 26ª Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. 2003. Pág. 21).

33 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 535 a 549.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 164 e 165.

1.4.1.3. O Dano Moral ou Patrimonial Indenizável Experimentado pela Vítima

Dano é conceituado por Venosa, 2001, pág. 644, como toda a diminuição de patrimônio. É pressuposto imprescindível à responsabilidade civil, pois, se não houver o que reparar ou o que ressarcir, não existirá obrigação. Deste modo, pelos ensinamentos colacionados, infere-se que dano é toda a diminuição ou destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa³⁴.

Seguindo os ensinamentos do supracitado autor, o dano que se relacione à obrigação ressarcitória, deve ser indenizável e, para tanto, deve atender a alguns requisitos, a saber: deve ser injusto, ou seja, corresponder a um bem da vítima que seja juridicamente tutelado; deve ser ilegítimo, isto é, quem o sofreu não possuía o dever jurídico de suportá-lo; deve ser certo, ter existência concreta, podendo ser atual ou futuro; e deve, ainda, subsistir ao momento da reclamação do lesado, que consiste em dizer que não será ressarcível o dano que já tenha sido reparado pelo responsável. Averiguam-se, ainda, duas outras características do dano, que se perfazem na especialidade e na anormalidade. É o dano especial é aquele que alcança somente determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, e não a coletividade ou classe genérica e abstrata de pessoas. Dano anormal, por sua vez, é aquele que supera os agravos corriqueiros que a vida em sociedade apresenta³⁵.

O nosso Código Civil, em seus artigos 186 e 927, que tratam do tema, não se dispuseram a delinear nenhuma espécie de dano. Entretanto, Diniz, pág. 851, dispõe que, para o exercício do direito subjetivo de ação, é mister que se faça presente interesse econômico ou moral (RT, 436:97, 433:88, 368:181, 458:20, 434:101; Bol. AASP, 1.865:109; RTJ, 39:38, 41:844; RF, 221:200). Por este motivo, para que haja responsabilidade civil, imprescindível

34 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade**. 2001. Pág. 644.

35 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 851.

Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade**. 2001. Pág. 644 a 648.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 18.

que se tenha a presença de dano patrimonial ou moral indenizável que justifique o solicitado pelo disposto das decisões firmadas pelos tribunais.³⁶

Várias são as classificações dadas ao dano, entre as quais se fazem presentes: dano contratual e dano extracontratual; dano patrimonial e não-patrimonial (dano moral); dano emergente e lucro cessante; *Damnum ex delicto*³⁷; dano direto e dano indireto; dano infecto ou receado; dano iminente; dano *in contrahendo*³⁸; citando apenas as modalidades mais importantes. No presente estudo, serão analisados somente os pertinentes ao objeto em foco.³⁹

Dano patrimonial é o que importa em uma lesão ao patrimônio. A desigualdade aferida entre o valor do patrimônio da vítima antes e depois do dano é o valor a ser indenizado, consubstanciando o valor do dano patrimonial. Subdivide-se em duas categorias: dano emergente e lucro cessante. Em sucintas palavras, dano emergente é o que a vítima efetivamente perdeu e lucro cessante é o que ela deixou de auferir.⁴⁰

Dano moral é aquele causado por lesão a interesse não patrimonial, tanto de pessoa física quanto jurídica. Afeta a esfera moral da pessoa, sua órbita espiritual, impingindo-lhe tristeza, dor e constrangimentos. Exemplificando, têm-se as dores oriundas da perda de um objeto de valor afetivo. Hodiernamente, óbices não se impõem à cumulação do dano moral ao material, já que nossa Carta Magna autoriza tal situação no art. 5º, incisos V, X e XLIX.⁴¹

36 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 851.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito civil: parte geral**. 2003. Pág. 173 e 174.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 18.

Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 644 a 655.

37 *Damnum ex delicto*: Dano por delito (CD de Arquivos A Priori. 26º Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. 2003. Pág. 21).

38 *In contrahendo*: no contratar. (CD de Arquivos A Priori. 26º Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. 2003. Pág. 21).

39 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 851.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito civil: parte geral**. 2003. Pág. 173 e 174.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 18.

Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 644 a 655.

40 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 851.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito civil: parte geral**. 2003. Pág. 173 e 174.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 18.

Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 644 a 655.

41 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 851.

1.4.1.4. Nexo de Causalidade

Nexo causal é o vínculo, a relação, o liame entre o dano sofrido pela vítima e a conduta ilícita, omissiva ou comissiva do agente. É preciso que esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras, é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria. É elemento de inexorável constatação, tanto para a responsabilidade objetiva quanto à responsabilidade subjetiva, a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal.⁴²

Como a imputabilidade, o nexos causal comporta causas excludentes, que são os seguintes: caso fortuito, culpa exclusiva da vítima, força maior e fato de terceiro. De forma concisa, caso fortuito não é conhecido e se caracteriza por sua imprevisibilidade. Na seara da responsabilidade subjetiva, afasta o dever de indenizar. O caso fortuito não descaracteriza o nexos causal nos casos abrangidos pela exploração do risco. A força maior, por sua vez, alberga causas conhecidas, mas irreversíveis, invencíveis pela força humana. Ela é exterior à atividade do agente (CC. art. 393). A culpa da vítima, ao seu turno, vem a mitigar ou até excluir a responsabilidade civil, pois a própria vítima (que é o indivíduo prejudicado) ou é o causador do *eventus damni*⁴³, ou concorreu para a sua ocorrência. Quando o lesado deu causa ao evento danoso, a mais ninguém se pode atribuir o encargo de suportar o dano, vez que nenhuma outra pessoa interveio no processo causal. Quando ele concorre para a execução deste evento, responderá na proporção em que tenha participado para que o dano ocorresse (RT, 477:111, 463:244). Por fim, o fato de terceiro é aquele provocado por outrem, que é qualquer pessoa além da vítima ou do agente, ou seja, alguém que provoca o dano com seu

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito civil: parte geral**. 2003. Pág. 173 e 174.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 18.

Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 644 a 655.

42 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 851.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito civil: parte geral**. 2003. Pág. 173.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 18 e 19.

Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 517 e 518.

43 Eventus damni: Resultado do dano. (CD de Arquivos A Priori. 26ª Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. 2003. Pág. 25).

ato, desobrigando a responsabilidade do agente apontado pela vítima ⁴⁴. Desta maneira, se a ação de terceiro resultou no dano, será ele o responsável por sua reparação, mas através de ação regressiva, como diz o artigo 930 do Código Civil, *in verbis*:

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

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

Não haverá nexos causal quando a culpa é exclusiva de terceiro, ou seja, quando constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal. Mas nada impede que a vítima ingresse com a ação diretamente contra o terceiro causador do dano, a dificuldade é que nem sempre esse terceiro pode ser identificado. ⁴⁵

1.4.2. Pressupostos Específicos.

Para Aguiar Dias (1979; v. 1:136):

"a culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por resultado do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude"⁴⁶.

Podem-se verificar com isso que culpa é quando uma pessoa que está subordinada à obediência a uma norma, falta com sua observância, por negligência ou imprudência, esta cometeu um erro de comportamento, ou, como na expressão já reafirmada, um erro de conduta.

44 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 2006. Pág. 851.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito civil: parte geral**. 2003. Pág. 173 e 174.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 18.

Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 644 a 655.

45 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 527.

46 Idem. Pág. 506.

O artigo 186 do Código Civil refere-se ao dolo quando menciona ação ou omissão voluntária e também a culpa em sentido estrito quando menciona negligência ou imprudência. Não menciona a imperícia, pois copiaram o Código Civil de 1916 e naquela época entendiam que esta se encontrava na imprudência. A diferença entre o dolo e a culpa é que o dolo é a vontade consciente intencional de violar o dever jurídico, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imprudência imperícia, e a negligência, é a falta de diligência que se exige do homem médio⁴⁷.

Culpa é, em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Sendo assim, infere-se que não se faz necessário a intenção do agente em causar o dano para que reste caracterizada sua responsabilidade civil, bastando, para tanto, que sua conduta seja reprovável e censurável. A constatação da culpa do agente é imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva⁴⁸. Dito isso podemos classificar a culpa em *lato sensu*⁴⁹ e *stricto sensu*⁵⁰, se a conduta danosa quedou realizada com deliberada manifestação de vontade, esta mesma conduta foi dolosa (culpa *lato sensu*).

Portanto, tem-se que a culpa é a inobservância dos preceitos legais, nas modalidades da imperícia, imprudência e negligência. A imperícia é a falta de habilidade ou aptidão para a realização de certa ação. Imprudência é o ato de agir sem tomar as devidas cautelas. A negligência, finalmente, é o desrespeito às normas que ordenam o agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento⁵¹.

47 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 506 a 510.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 171.

48 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 506 e 507.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil Vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 16 e 17.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 171.

49 Lato sensu: Em sentido geral. (CD de Arquivos A Priori. 26º Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. Pág. 32).

50 Stricto sensu: Em sentido estrito. (CD de Arquivos A Priori. 26º Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. Pág. 42).

51 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 506 a 510.

Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 171.

Várias são as classificações adotadas para a culpa, tendo como elemento distintivo a natureza e extensão do instituto. Partindo-se deste pressuposto, além da culpa contratual e extracontratual pode-se falar também de culpa *in vigilando*⁵², que é a ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando; culpa *in eligendo*⁵³, que é a oriunda da má escolha do representante ou do preposto; culpa *in committendo*⁵⁴ que se caracteriza por uma ação positiva do agente e *in omittendo*⁵⁵, caracterizando-se por um ato omissivo; culpa *in concreto*, é aquela examinada na conduta específica sob exame e culpa *in abstracto*⁵⁶, aquela conduta de transgressão avaliada pelo padrão do homem médio; culpa exclusiva e culpa concorrente, são as que interessam na fixação da indenização, pois ambos os partícipes que agirem com culpa concorrem, proporcionalmente a sua conduta, com a compensação do dano; e, por fim, de culpa presumida, está é considerada pela jurisprudência quando não há porque provar a culpa, como por exemplo, quando um motorista bate o carro na traseira de outro, invertendo o ônus da prova, cabendo ao réu provar que não agiu com culpa.⁵⁷

Será sempre ilícito o fato que der ensejo à responsabilidade civil subjetiva, o que não ocorre na responsabilidade objetiva, que pode ter como gerador tanto ato ilícito quanto lícito. Este é o princípio da teoria da responsabilidade subjetiva, que se encontra alicerçada na culpa. Contudo, hipóteses existem em que a teoria da responsabilização subjetiva não se mostra satisfatória à resolução da situação, no que concerne à indicação do responsável pelo ato ilícito.

Nesses casos em que a teoria subjetiva seja incapaz, utilizada será a teoria da responsabilidade objetiva. Muitos são os pressupostos especiais pertinentes à responsabilização objetiva, como, o risco da exploração de uma atividade perigosa; a responsabilização do patrão ou comitente pelos atos danosos de seu empregado ou preposto; em benefício dos hipossuficientes; queda de coisa de uma casa ou seu lançamento em lugar

52 Culpa *in vigilando*: Culpa em vigiar a execução de que outrem ficou encarregado. (CD de Arquivos A Priori. 26ª Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. Pág. 21).

53 Culpa *in eligendo*: Culpa pela escolha de seus prepostos. (CD de Arquivos A Priori. 26ª Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. Pág. 21).

54 Culpa *in committendo*: Culpa por comissão, que se caracteriza por uma ação positiva do agente. (CD de Arquivos A Priori. 26ª Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. Pág. 21).

55 Culpa *in omittendo*: culpa por omissão. (CD de Arquivos A Priori. 26ª Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. Pág. 21).

56 *In abstracto*: o que se considera existente só no domínio das idéias e sem base material (CD de Arquivos A Priori. 26ª Edição. **Dicionário jurídico de Latim**. Pág. 03).

57 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade**. 2001. Pág. 508 a 510.

indevido; pagamentos de cheque falsificado por banco; atos praticados no exercício de certos direitos; pela teoria do dano objetivo, além de outros observados na doutrina e na jurisprudência.

No presente trabalho, apresentados serão somente os pressupostos especiais pertinentes ao objeto ora estudado, a saber: a existência de previsão legal e a abrangência da ocorrência do dano nos riscos da exploração da atividade.

Aqui se encontra a base da responsabilização do Estado pelos atos dos agentes prestadores de serviços estatais. Nesse pressuposto, que concretiza forma de responsabilização excepcional, a responsabilidade deriva de manifesta previsão legal. Havendo dano indenizável, nexos causal entre este dano e o agente apontado em lei como responsável, cristalizada estará a responsabilidade objetiva deste agente, que resta obrigado ao adimplemento da indenização, que será tratada no próximo capítulo.

Por fim, no que se referem à ocorrência do dano estar abrangida nos riscos da exploração da atividade lesiva, trata-se de auto-explicação. Pormenorizando, se o fato danoso, mesmo que gerado sem culpa, for compreendido nos riscos que o agente assume quando na exploração de atividade com potencial lesivo, surge seu dever de reparação.

1.5. A Responsabilidade de Indenizar

O Código Civil dedicou um capítulo sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível nos artigos 944 a 954, com o título: Da Indenização. A indenização é a forma clássica de reparação do dano. Repara-se o dano através de uma compensação financeira à vítima. Diniz p. 851, enumera o dano como um dos pressupostos da responsabilidade civil, visto que não poderá haver ação de indenização sem existência de um prejuízo, *in verbis*:

“O dano é a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou não. Não haverá responsabilidade civil sem

a existência de um dano a um bem jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão”⁵⁸

Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar, isto é assim, porque a obrigação de ressarcir, logicamente, não poderá concretizar-se onde não há nada o que reparar. Com muita propriedade, pontifica Diniz: Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. O dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial o chamado dano moral, ou seja, sem prejuízo financeiro ao lesado, para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial moral, fundado não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão.⁵⁹

Como exceção a regra do artigo 944, temos o artigo 940 que diz *in verbis*:

“Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, **ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado** e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.” (grifo nosso).

Este artigo obriga o réu a pagar em dobro ao devedor que demandou dívida já paga, como espécie de pena privada pelo comportamento ilícito do credor, mesmo sem causar prejuízo, e na responsabilidade contratual pode-se lembrar o artigo 416⁶⁰ do mesmo diploma, que permite ao credor cobrar a cláusula penal sem precisar provar prejuízo.⁶¹

58 Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 2006. Pág. 851.

59 Idem.

60 Art. 416 da Lei nº 10.406, de 10.01.2002 o novo Código Civil. “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.”

61 Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Parte Geral**. 2003. Pág. 173 e 174.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

A responsabilidade civil do Estado implica a obrigação de reparar economicamente o dano causado a terceiros em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos e ilícitos, omissivos ou comissivos, materiais ou jurídicos imputados aos agentes públicos⁶². Está determinada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

“Art. 37. (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros...”.

A responsabilidade civil do Estado configura-se a partir de ação ou omissão do Estado que tenha nexos de causalidade com o dano experimentado pela vítima independentemente de dolo ou culpa.⁶³

Reforçando o entendimento acima esposado tanto no ordenamento positivado, quanto na doutrina e na jurisprudência, a Lei n. 10.406/02 (Novo Código Civil), sem dispositivo correspondente em seu antecessor, consagra a responsabilidade objetiva estatal em seu art. 43, que prescreve:

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

Note-se que a redação em muito se aproxima daquela inserta na norma do art. 37, § 6º da Constituição Federal e, ao contrário do que previa o vetusto Código Civil de 1916 em seu artigo 15⁶⁴, não existe nem fumaça de responsabilidade subjetiva do Estado. Pelo que se pode concluir a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado Brasileiro

62 Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 799.

63 Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 2003. Pág. 300.

64 Código Civil Brasileiro, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Artigo 15. “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita de culpa, mas, tão-somente, da relação de causalidade.⁶⁵

2.1. Origem da Responsabilidade Estatal.

Como dito antes, desde tempos imemoriais os seres humanos buscam através dos meios ao seu alcance, uma reparação ao dano causado por terceiro, ao seu patrimônio. O mesmo não ocorria quando o causador do dano era o Estado, por ação ou omissão dos seus agentes.

Graças às influências do feudalismo e de outros fatores da época, como por exemplo, a teoria divina dos reis, onde segundo essa teoria, os reis eram representantes diretos de Deus na terra e em nome Dele agiam, por isso, suas determinações, por mais duras e perversas que fossem não podiam ser censuradas, prevalecia à idéia de que o Estado era irresponsável, alicerçada no princípio da Soberania, que não admitia que o Estado pudesse fazer mal a quem quer que fosse. Na concepção política do Estado absolutista, não havia reparação por danos causados pelo Poder Público, uma vez que o Estado Soberano tinha a seu favor a prerrogativa da total imunidade. A máxima vigente era a de que o rei não erra, não faz o mal, e o que o agrada tem valor de lei, para os franceses *quod principi placuit habet legis vigorem*, ou seja, o rei não pode fazer mal, para os ingleses *the king can no wrong*, ou traduzindo, o rei não pode errar.⁶⁶

Com o tempo, essa concepção foi se enfraquecendo, pois a ausência de responsabilidade do Estado constituía a própria negação do direito, justamente por quem tinha o dever de, primeiramente, tutelá-lo.

A responsabilidade pública teve sua origem na França, no início da Revolução Francesa. Teve como primeiro caso de repercussão, o chamado Caso Blanco, que ocorreu com a menor Agnés Blanco.

65 Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 2003. Pág. 300.

66 Edimur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 2001. Pág. 507.

A menor sofreu amputação das duas pernas após ser colhida por um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, na cidade de Bordeaux. O pai da menor moveu ação indenizatória sustentando a responsabilidade civil do Estado por dano a terceiros. Gerou-se um conflito em relação a qual órgão deveria abrigar a demanda. Devia a demanda recair na jurisdição comum ou na exclusiva da Administração, ou seja, a decisão caberia ao Tribunal Judiciário ou ao Tribunal Administrativo. Por fim, o Tribunal de Conflitos concluiu pelo Tribunal Administrativo.⁶⁷

A resolução desse dissídio marcou o direito francês e influenciou muitas outras legislações. Com base neste caso e nos demais surgidos posteriormente, a responsabilidade estatal por dano a terceiro passou a ser aplicada como princípio.

Com o início da Revolução Francesa (1789), diversas mansões e castelos foram destruídos em decorrência dos conflitos. Por consequência, surgiu naquele ano, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, contendo princípios de proteção à segurança e de respeito à propriedade, como direito sagrado e inviolável.

Até então, o poder estava nas mãos do monarca e este detinha total domínio, não podendo os cidadãos lesados serem ressarcido pelos danos, mas, com o surgimento dessa nova linha de pensamento e com base na jurisprudência, as vítimas passaram a acionar o Estado para obterem reparação dos danos sofridos.

Por ser um número muito grande de vítimas, o que levaria o Erário francês à falência, criou-se a distinção entre atos de império e atos de gestão. Sendo que, apenas os atos de gestão possibilitariam a composição dos danos. Os atos de império, como o próprio nome já diz, eram atos impostos e deviam ser respeitados. Esse artifício para proteger o Erário não foi muito eficiente, pois a Constituição Francesa de 1789 trouxe, em seu art. 75, a responsabilidade dos funcionários do Estado, desde que tivessem culpa nas ações danosas dos movimentos revoltosos.⁶⁸

As mudanças ocorridas na França influenciaram diversos países, mas alguns dos mais avançados como Inglaterra e Estados Unidos, foram os últimos a adotar a teoria da responsabilidade estatal. No Brasil, a princípio, o Estado era irresponsável pelos atos de seus

67 Edimur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 2001. Pág. 507.

68 Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 807.

agentes que causavam danos a terceiros. Evoluiu com o passar dos anos e então a responsabilidade passou a ser solidária, isto é, do servidor e do Estado. Atualmente, o Brasil adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ou também chamada, teoria do risco administrativo.⁶⁹

2.2. Conceito

Responsabilidade civil, numa conceituação abrangente como dito antes, significa a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial, e às vezes, moral, que uma pessoa cause a outrem⁷⁰, a responsabilidade civil do Estado também.

Na relação entre indivíduos ou entre servidor e Estado, a responsabilidade civil é subjetiva, ou seja, está condicionada à culpa ou dolo do agente causador do dano. Já na relação entre Estado e indivíduo, é aplicada a responsabilidade civil objetiva, através da qual não há a necessidade de se verificar culpa ou dolo do Estado para que tenha direito a reparação do dano. Pois, o Estado, através de seus agentes, pode estar agindo de forma lícita e, mesmo assim, causar dano a terceiros. Segundo nos relaciona Sérgio Henrique Zandona Freitas, vamos reproduzir os conceitos da responsabilidade objetiva do Estado, de maior expressão entre os administrativistas:⁷¹

Mello. 2001. Pág.799.

“Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.”⁷²

Meirelles. 2001. Pág. 609.

“Responsabilidade civil da administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por

69 Edimur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 2001. Pág. 515.

70 Carlos Pinto Coelho Motta. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 1999. Pág. 330.

71 Idem.

72 Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 798.

agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”⁷³.

Di Pietro. 2001. Pág. 512.

“A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.”⁷⁴

2.3. Teorias da Responsabilidade Estatal.

A responsabilidade civil do Estado recebeu diversos tratamentos ao longo da história, as teorias analisadas foram às adotadas no sistema europeu-continental, devido em especial ao trabalho jurisprudencial do Conselho de Estado francês e a influência dessas teorias no Direito Brasileiro. E dentre essas teorias podemos citar:

- A teoria da irresponsabilidade;
- As teorias civilistas;
- E as teorias Publicistas.⁷⁵

2.3.1. Teoria da Irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e excluía a responsabilidade civil do Estado sob o fundamento da Soberania, baseado na idéia de que o Estado não pode errar, pois qualquer responsabilidade atribuída ao Estado colocá-lo-ia no mesmo nível dos seus súditos, desrespeitando sua soberania.

73 Hely Lopes Meirelles. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 609.

74 Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 2001. Pág. 512.

75 Idem.

Márcio Fernando Elias Rosa. **Direito Administrativo**. 2005. Pág. 188.

Os Estados Unidos e a Inglaterra, que adotaram tal teoria, abandonaram-na em 1946 e 1947, respectivamente, e no Brasil essa teoria foi adotada pela constituição do Império em 1924 e a Constituição Republicana de 1891, mas com um diferencial, quem respondia pela reparação do dano causado por atuação do Estado eram o servidor ou funcionário público e não o Estado.⁷⁶

2.3.2. Teoria Civilista

No século XIX a tese da irresponsabilidade ficou superada, admitindo-se a responsabilidade do Estado pelos atos de Gestão e excluindo a responsabilidade decorrente de atos de império, adotando os princípios do Direito Civil apoiados na idéia de culpa, por isso é chamada de teoria da responsabilidade com culpa.⁷⁷

Em um primeiro momento impunha-se a responsabilidade, distinguindo os atos de gestão, que são os atos editados pelo Estado em situação de igualdade com os particulares, submetendo-se ao regime da responsabilidade Civil, e aos atos de império praticados pela administração pública evidenciando a soberania do Estado, com todas as prerrogativas e privilégios das autoridades e sendo regidos por um direito especial, diferenciado do direito comum não se sujeitando ao mesmo tratamento. Fazendo também uma distinção entre a pessoa do rei que nunca erra através dos atos de império e da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos.⁷⁸

A falha desta teoria se dava pela dificuldade de estabelecer a distinção na prática entre os atos de gestão e os atos de império, de dividir a personalidade jurídica do Estado e na indevida equiparação do Estado com os particulares. Podemos dividir essa teoria em dois períodos: o primeiro é a fase da distinção entre os atos de gestão e de império e segundo o que admitia apenas a responsabilidade subjetiva fundada na culpa do agente, procurando equiparar a responsabilidade do Estado com a do patrão ou comitente, por seu empregado ou preposto.

76 Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 2001. Pág. 513.

Márcio Fernando Elias Rosa. **Direito Administrativo**. 2005. Pág. 188.

77 Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 2001. Pág. 513.

78 Márcio Fernando Elias Rosa. **Direito Administrativo**. 2005. Pág. 188.

A doutrina civilista serviu de inspiração ao artigo 15 do Código Civil de 1916 e consagrada pelo artigo 43 do Código Civil vigente.⁷⁹

2.3.3. Teorias Publicistas da Responsabilização Estatal.

As teorias Publicistas iniciaram seu desenvolvimento no final do século XIX, no direito francês com o famoso arresto Blanco, publicado em 1º de fevereiro de 1873, pelo tribunal de conflitos daquele país. Tal decisão reconhecia a responsabilidade civil do Estado que por sua natureza, não poderia ser aplicado às normas do código civil, pois estas eram feitas para as relações entre particulares, devendo-se aplicar regras especiais do direito público.⁸⁰

Tendo se originado de uma decisão do Tribunal de Conflitos, a responsabilidade civil administrativa teve uma lenta e gradativa elaboração, primeiro, por este, com a decisão do caso Blanco e após pelas decisões do Conselho de Estado, até revogar de forma definitiva o princípio da irresponsabilidade da administração.⁸¹

A necessidade de criar-se uma responsabilidade independente da culpa surgiu, com o desenvolvimento das relações sociais e de trabalho da sociedade. Inicialmente a responsabilidade subjetiva começou a ser contestada nos acidentes do trabalho, em que não se podia deixar o empregado sem reparação, por não conseguir ele provar a culpa do empregador, em casos de morte ou incapacidade total ou parcial para o trabalho. Depois de se concretizar no direito do trabalho a responsabilidade sem culpa e em razão da evolução do automóvel, começou a se questionar a responsabilidade subjetiva nos acidentes de trânsito. E com a impossibilidade de identificação do agente causador do dano, a concentração de

79 Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 2001. Pág. 513.
Márcio Fernando Elias Rosa. **Direito Administrativo**. 2005. Pág. 188.

80 Idem. Pág. 189.

81 Edimur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 2001. Pág. 509.
Idem. Pág. 514.

atividades crescentes em mãos do Estado e a impossibilidade do particular se defender foram abandonadas às teorias civilistas, adotando uma nova teorização aplicável ao Estado.⁸²

Das idéias publicístas foram formuladas diversas teorias como a teoria da culpa administrativa, a teoria do risco administrativo, a teoria do risco integral e a teoria do dano objetivo, como veremos adiante.

2.3.3.1. Teoria da Culpa Administrativa.

A teoria da culpa administrativa, culpa no serviço ou culpa anônima (não se tem o causador direto do dano) recebeu de MEIRELLES, 2001, pág. 611, o seguinte comentário:

"A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta de serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta de serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou a chamar de culpa administrativa".⁸³

Pela teoria da culpa administrativa a obrigação de o Estado indenizar decorre da ausência objetiva do serviço público em si. Não se trata de culpa do agente público, mas de culpa especial do Poder Público, caracterizada pela falta de serviço público, ou seja, a obrigação de indenizar o dano independe da demonstração de culpa, basta, para tanto, que se comprove à ausência do serviço para a responsabilidade, ainda que não se identifique o agente responsável pela ação ou omissão. Cabe à vítima comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento.⁸⁴

82 Edimur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 2001. Pág. 509 e 510.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 2001. Pág. 515.

Márcio Fernando Elias Rosa. **Direito Administrativo**. 2005. Pág. 190

83 Hely Lopes Meirelles. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 611.

84 Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 809.

Idem.

Hely Lopes Meirelles ensina que para ocorrer à culpa administrativa, é necessário que haja falta do serviço público para se cogitar a responsabilidade do Estado em indenizar. Conclui o mestre que se trata de modelo de culpa especial, além de transferir uma grande parcela do ônus probante para a vítima, que, além de demonstrar ter sofrido lesão injusta, deverá provar a falta do serviço público pertinente. Duez distingue três modalidades de falta de serviço para que concorra à culpa administrativa, quais sejam a inexistência propriamente dita do serviço, o mau funcionamento do serviço e o retardamento do serviço.⁸⁵

Segundo leciona Mello, 2001, Pág. 809, a culpa administrativa não é modalidade de responsabilidade objetiva, é responsabilidade subjetiva, pois é baseada na culpa (ou dolo). Quanto ao entendimento acerca da responsabilidade objetiva do Estado, Meirelles leciona que há em nossa legislação pátria duas correntes divergentes. São elas: a do risco integral e a do risco administrativo, esta se diferenciando da outra por admitir as causas excludentes de responsabilidade do Estado, como veremos adiante.⁸⁶

2.3.3.2. Teoria do Risco Administrativo.

Essa teoria não indaga sobre a culpa do serviço ou seus agentes, basta se provar o dano conseqüente de um ato lesivo e injusto da administração ou de seus agentes. Tal teoria é aplicada sempre que o Estado desenvolve através de seus órgãos, atividades perigosas para o administrado. A teoria se baseia no risco que corre a administração pública ao executar certo serviço, como bem lembra Meirelles, 2001, Pág. 611:

"baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública."⁸⁷

85 Hely Lopes Meirelles. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 611.

86 Idem.

Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 809.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 2001. Pág. 515.

87 Edimur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 2001. Pág. 511.

O fundamento dessa teoria está no risco que a atividade administrativa causa naturalmente, exigindo-se alguns pressupostos, quais são, a existência de um ato ou fato administrativo, a existência de dano, a ausência de culpa da vítima e o nexo de causalidade.

Na teoria do risco administrativo, a responsabilidade da administração não é encarada de forma tão drástica, como na teoria do risco integral, ensejando a minoração da responsabilidade, pelo fato de a vítima ter concorrido com culpa no evento, e até mesmo a exclusão da responsabilidade pelo fato desta ter agido com dolo ao ocasionar o evento. Ou seja, se demonstrada à culpa da vítima ou a ausência de nexo de causalidade, exclui ou diminui a responsabilidade do Estado, na proporção da culpa da vítima. Se por exemplo um condutor desloca-se numa via em excesso de velocidade, embriagado e em razão disso tem seus reflexos diminuídos, não pode recorrer ao judiciário pleiteando uma indenização total em razão de acidente que sofreu, em virtude de um buraco na pista não sinalizado, que um motorista mais prudente poderia com certeza evitar.⁸⁸

2.3.3.3. Teoria do Risco Integral.

Por essa teoria o Estado deve ser responsabilizado por qualquer dano sofrido pelo particular, ainda que não decorrente direta ou indiretamente da atividade administrativa. Não cabe, nesse caso, invocar as causas de exclusão do nexo causal para afastar a responsabilidade estatal. A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco em que o dever de indenizar ocorre mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Entende-se que para a configuração da responsabilidade estatal baseada no risco administrativo basta à demonstração da relação causal entre o fato administrativo e o dano sofrido pelo particular, prescindindo da comprovação da culpa do agente ou da culpa do serviço.

88 José Cretella Júnior. **Direito Administrativo Brasileiro**. Pág. 615 a 618.
Márcio Fernando Elias Rosa. **Direito Administrativo**. 2005. Pág. 190 e 191.

Entretanto, a dispensa de comprovação da culpa da Administração ou de seu agente, não impede que o Estado afaste a sua responsabilidade nos casos de fato exclusivos de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Tal teoria, por ser absurda e injusta, não prevalece em nenhum país, nem mesmo é muito analisada pela doutrina. No direito brasileiro essa teoria não foi aceita, prevalecendo à tese de que seria inaplicável, porque sempre será admissível a exclusão da responsabilidade civil.⁸⁹

Portanto, não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo administrado. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa ao dano, isto é, se inexistem relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não será aplicada a teoria do risco administrativo e, conseqüentemente, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.

Há somente dois casos que esta teoria está sendo aceita, uma é em matéria ambiental (Milaré, *Direito do Ambiente*, 2000. Pág. 338) e outra são nos atos de guerra ou atentados terroristas (Lei nº 10.309/01).⁹⁰

A teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral. Para alguns autores, ambas as teorias representam a mesma coisa, não havendo qualquer distinção entre elas. Sustentam que seria apenas uma questão de semântica, ou seja, seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais.

De outro lado, conceituada doutrina entende que a diferença entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo está na possibilidade de o Estado provar que o dano não decorreu direta ou indiretamente da atividade administrativa, afastando assim, a sua responsabilidade.

89 José Cretella Júnior. **Direito Administrativo Brasileiro**. Pág. 618 a 622.

Márcio Fernando Elias Rosa. **Direito Administrativo**. 2005. Pág. 190.

90 Idem.

2.3.3.4. Teoria do Dano Objetivo.

Não pode haver responsabilidade civil sem dano. Dano pode ser definido como a diminuição ou a destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa.

É o sofrido pelo usuário da via, que pode ser patrimonial, por consistir tanto na efetiva diminuição do patrimônio, o dano emergente, como na frustração de um ganho esperado e quase certo, o lucro Cessante. O dano, via de regra, é patrimonial, mas pode ser também indenizável o dano moral.

Os requisitos do dano indenizável são: o dano deve corresponder a uma lesão a um bem protegido da vítima, ou seja, não se pode falar em dano a bem não juridicamente protegidos, como por exemplo, ninguém pode reclamar judicialmente o não pagamento de uma aposta no jogo do bicho, por ser esse tipo de atividade considerada ilícita pela legislação; dano ilegítimo a pessoa que sofreu a lesão, não tendo ela o dever jurídico de suportá-lo; o dano deve ser certo, deve ser fato concreto, não se aceitando a mera suposição; o dano ainda pode ser presente ou futuro.⁹¹

2.4. Excludentes de Responsabilidade do Estado.

A responsabilidade civil do Estado será elidida quando presentes em determinadas situações, aptas a excluir o nexu causal entre a conduta do Estado e o dano causado ao particular, quais sejam: a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e os danos causados pela atividade exercida por pessoas jurídicas de direito privado que explorem atividade econômica, respondendo as próprias entidades e na forma da legislação civil (artigo 927, parágrafo único do Código Civil vigente).

92

91 José Cretella Júnior. **Direito Administrativo Brasileiro**. Pág. 596 a 600.

Vilson Rodrigues Alves. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário**. 2001. Pág. 75 a 77.

92 Márcio Fernando Elias Rosa. **Direito Administrativo**. 2005. Pág. 194.

A força maior é conceituada como sendo um fenômeno da natureza, um acontecimento imprevisível, inevitável ou estranho ao comportamento humano, por exemplo, um raio, uma tempestade, um terremoto. Nestes casos, o Estado se torna incapacitado diante da imprevisibilidade das causas determinantes de tais fenômenos, o que, por conseguinte, justifica a elisão de sua obrigação de indenizar eventuais danos, visto que não está presente aí o nexo de causalidade.⁹³

Importante ressaltar que se o Estado deixar de realizar ato ou obra considerada indispensável e sobrevier fenômeno natural que cause danos a particular pela falta daquele ato ou obra, portanto conduta omissiva, o Poder Público será o responsável pela reparação de tais prejuízos, visto que neste caso estará presente o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o dano. Desta forma, a causa do dano não é o fato de força maior, mas o desleixo do Estado em, sendo possível prever tal fenômeno e suas conseqüências, nada ter feito para evitá-las.

Já na hipótese de caso fortuito o dano decorre de ato humano, gerador de resultado danoso e alheio à vontade do agente, embora por vezes previsível. Por ser um acaso, um imprevisto, um acidente, algo que não poderia ser evitado pela vontade humana, ocorre, desta forma, a quebra do nexo de causalidade, daí a exclusão da responsabilidade diante do caso fortuito.⁹⁴

A força maior e o caso fortuito estão previstos no artigo 393 do Código Civil. Porém, tais normas não os definiram separadamente, o que vem provocando na seara jurídica uma divergência quanto às suas definições, alguns os conceituando exatamente ao contrário do acima exposto, que é a posição da corrente dominante.

O estado de necessidade é também causa de exclusão de responsabilidade, pois traduz situação em que prevalece interesse geral sobre o pessoal e até mesmo individual, é o princípio da supremacia do interesse público, caracterizado pela prevalência da necessidade pública sobre o interesse particular. Ocorre quando há situações de perigo iminente, não provocadas pelo agente, tais como guerras, em que se faz necessário um sacrifício do interesse particular em favor do Poder Público, que poderá intervir em razão da existência de seu poder discricionário.⁹⁵

93 Edmur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 2001. Pág. 530.

94 Idem.

95 José Cretella Júnior. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2000. Pág. 633.

A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro é também considerada causa excludente da responsabilidade estatal, pois haverá uma quebra do nexo de causalidade, visto que o Poder Público não pode ser responsabilizado por um fato a que, de qualquer modo, não deu causa. Decorre de um princípio lógico de que ninguém poderá ser responsabilizado por atos que não cometeu ou para os quais não concorreu.⁹⁶

Nos casos em que se verifica a existência de concausas, isto é, mais de uma causa ensejadora do resultado danoso, praticadas simultaneamente pelo Estado e pelo lesado, não haverá excludente de responsabilidade. Haverá, sim, atenuação do quantum indenizatório na medida da participação no evento.⁹⁷

O dano causado a particulares pode ser considerado inicialmente como responsabilidade objetiva do Estado em razão do fato da obra pública, já em razão da má execução da obra responde subjetivamente o contratado para executar a obra, por imprudência, negligência e imperícia. A responsabilidade do Estado poderá ser solidária se o resultado veio da falta de fiscalização por parte do Estado, defende essa corrente Justen Filho, 2000, pág. 566 e Medauar, 2000, pág. 447 e 448 e para Carvalho Filho, 2000, pág. 426, a responsabilidade é subsidiária.⁹⁸

Carlos Pinto Coelho Motta. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 1999. Pág. 346 a 348.

Vilson Rodrigues Alves. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário**. 2001. Pág. 143 a 150.

96 Edmur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 2001. Pág. 529.

97 Como foi visto no item 2.3.3.2.

98 Márcio Fernando Elias Rosa. **Direito Administrativo**. 2005. Pág. 195.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NAS CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS

Feitas considerações acerca da responsabilidade do Estado, visualidade de forma genérica, insta deduzirmos uma das questões centrais de nossa abordagem, e esta reside em sabermos a que regime está sujeitas as concessionárias de obras ou serviços públicos. O fato de estarem atuando por sua conta e risco, mas realizando um serviço ou obra em regime de concessão é elucidativo acerca da determinação da natureza da responsabilidade da concessionária. Haverá incidência do artigo 37, § 6, da Constituição Federal de 1988, ou seja, a responsabilidade é objetiva, e se traduz nos exatos termos em que se coloca a responsabilidade do Estado no que respeita aos atos realizados por ele ⁹⁹.

Assim é o majoritário entendimento da doutrina como Cahali, 1996, pág. 17:

“E qualquer dúvida que pudesse remanescer estaria, agora, definitivamente superada diante do amplo elastério do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988: as pessoas jurídicas também de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa. ¹⁰⁰”

Também Meirelles, 2001, pág. 170 e 171:

“Dispõe o § 6º do artigo 37: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. O exame deste dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegatários. ¹⁰¹”

Di Pietro, 2001, pág. 210 e 211:

99 Luiz Alberto David Araújo, e Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 2003. Pág. 300.

100 Yussef Said Cahali. **Responsabilidade Civil do Estado**. Malheiros. 1996. Pág. 17.

101 Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2001. Pág. 170 a 171.

“A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo artigo 37, § 6º, da Constituição: 1- que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos; a norma constitucional veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência de responsabilidade objetiva quanto se tratasse de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos (fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos)... 102”

Mello, 2001, pág. 671:

“O concessionário, já foi visto, gere serviço por sua conta, risco e perigos. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados. Sua responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios retores da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional... Isto significa, segundo opinião absolutamente predominante no Direito brasileiro, que a responsabilidade em questão é objetiva, ou seja, para que seja instaurada, prescinde-se de dolo ou culpa da pessoa jurídica, bastando à relação causal entre a atividade e o dano. 103”

Na jurisprudência, igualmente encontramos consagrada à tese da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado delegatários de serviços públicos. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“ACIDENTE DE TRANSITO. ATROPELAMENTO. MORTE DE CICLISTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA PERMISSIONARIA DE TRANSPORTE COLETIVO. ART.37, PAR. 6, DA CONSTITUICAO FEDERAL. Culpa exclusiva do motorista do coletivo para o resultado danoso. Culpa *in vigilando*. Plasmada a responsabilidade objetiva do réu que deverá responder pelos atos praticados por seu agente, eis que este conduzindo transporte coletivo em velocidade incompatível e atravessando o sinal que lhe era desfavorável colheu ciclista, provocando-lhe a morte. Dano moral. É cabível à espécie a indenização por dano moral, fixada em atendimento aos critérios consagrados pela câmara. pensionamento mensal. limite. estudos do IBGE estimam que a expectativa de vida do gaúcho atendidas às características de cada região brasileira, supera o patamar de 70 (setenta) anos de idade, fixados pela sentença *a quo*. Pensionamento mensal. Abatimento impertinente dos valores eventualmente pagos pelo instituto previdenciário. Não se pode reduzir do montante devido pela empresa o valor percebido pelos autores do INSS, vez que independentes, pois o primeiro resulta de ilícito civil e o outro relaciona-se com as leis previdenciárias. Apelação não provida. (Apc nº 196182273, Sexta Câmara Cível, TARGS relator: des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 12/12/1996).”

102 Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2001. Pág. 210 e 211.

103 Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 671.

“RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRANSITO. ATROPELAMENTO PROXIMO A FAIXA DE SEGURANCA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONARIA DE LINHA DE ONIBUS. Ausência de prova a elidir a culpa do motorista. parcelas integrantes da indenização. diferentes naturezas jurídicas. dano moral. Adequação para aliviar a dor da vítima e servir como reprimenda para o indenizante. Apelo improvido. (Apc nº 598174720, décima Segunda Câmara Cível, TJRS, relator: des. Antonio Carlos Madalena Carvalho, julgado em 13/08/1998).”

“RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONARIA DE SERVICO PUBLICO EM ACIDENTE DE TRANSITO QUE NAO SE EXCLUI PELO SO FATO DE A VITIMA PEDESTRE ESTAR EMBRIAGADA. O pagamento do seguro obrigatório sobre veículo se faz no percentual da invalidez permanente incidente sobre a base de ate 40 (quarenta vezes) o valor do maior Salário mínimo. deram parcial provimento. (Apc nº 196080964, Quinta Câmara Cível, TARGS, relator: des. Rui Portanova, julgado em 05/09/1996).”

No Tribunal de Justiça de Pernambuco:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRESTADORES DE SERVIÇO PÚBLICO E TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS. O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, com base no princípio da responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º), condenara a recorrente, empresa privada concessionária de serviço público de transporte, ao pagamento de indenização por dano moral a terceiro não-usuário, atropelado por veículo da empresa. O Min. Joaquim Barbosa, relator, negou provimento ao recurso por entender que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva também relativamente aos terceiros não-usuários do serviço. Asseverou que, em razão de a Constituição brasileira ter adotado um sistema de responsabilidade objetiva fundado na teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas concessionárias de serviço público, toda a sociedade deveria arcar com os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes à atividade administrativa, tendo em conta o princípio da isonomia de todos perante os encargos públicos. Ademais, reputou ser indevido indagar sobre a qualidade intrínseca da vítima, a fim de se verificar se, no caso concreto, configura-se, ou não, a hipótese de responsabilidade objetiva, haja vista que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não é modificada pela mera transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto que acompanhavam o voto do relato, pediu vista dos autos o Min. Eros Grau. RE 459749/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 8.3.2007. (RE - 459749)”

No Superior Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DESABAMENTO DE POSTE. VÍTIMA FATAL. MÁ CONSERVAÇÃO. AÇÃO PROCEDENTE. - Hipótese em que comprovado de maneira cabal o estado de má conservação do poste de iluminação. culpa reconhecida da ré. - ademais, segundo a

constituição federal (art. 37, § 6º), a responsabilidade da empresa de energia elétrica, concessionária de serviço público, é objetiva. recurso especial não conhecido. (Resp 246758/Ac; Recurso Especial. Dj . Data:27/11/2000, pg:00169 min. Barros Monteiro. Quarta Turma.)”

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO PROVOCADO POR MOTORISTA DE ONIBUS PERTENCENTE À EMPRESA PERMISSIONÁRIA DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - Inocorrência de afronta ao art. 458, n. II, do CPC, pois o acórdão recorrido contém suficiente fundamentação. - assentada a decisão recorrida em motivação constitucional, adequado, e o recurso extraordinário e não o especial. - pretensão, ademais, de reexaminar matéria probatória em sede inidônea para tanto (súmula n. 07-STJ). Recurso Especial não conhecido (Resp 44980/Mg; min. Barros Monteiro. Quarta turma).”

No Supremo Tribunal Federal:

“CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO ENVOLVIDA EM ACIDENTE DE VEÍCULOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Ação de regresso. Agravo provido para melhor exame do extraordinário. Relator (a) min. Marco Aurélio. Agrav-209782 / SP DJ data-18-06-99 pp-00005 ement vol-01955-03 pp-00626.”

Mas assentada a responsabilidade objetiva dos concessionários, surge à questão de localizarmos a responsabilidade do Estado neste contexto. Será responsabilizado objetivamente, como se o ato fora oriundo de todo seu? Responderá sempre pelo dano do concessionário? Qual a natureza desta responsabilidade: subsidiária ou solidária?

Aqui, mais uma vez, há de invocar-se, com Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁴, o fato de que o concessionário age por sua conta e risco, e, via de consequência, tem de arcar com os riscos da atividade. Por esta ótica, afigura-se sumamente injusto postular uma responsabilidade objetiva e solidária do Estado, pois significaria quase que afastar o risco do concessionário. Deveras, quem podendo acionar o Estado, que será sempre solvável, perderá tempo buscando a responsabilização da concessionária. A colocação do estado em par de igualdades no que tange à responsabilidade de atos decorrentes de concessão torna a conta e risco da beneficiária da concessão uma ilusão.

Por este motivo é que o autor por último citado afirma existir uma subsidiaridade da responsabilidade do Estado, que só será acionado, e com invocação de responsabilidade objetiva, em caso de insolvência do concessionário. Afirma não existir, em tal caso,

104 Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 671.

responsabilidade solidária. No caso dos atos alheios ao serviço, sequer haveria de se falar em responsabilidade do Estado.

Mas Cahali, 1996, pág. 19, vê de outra forma a situação, pois afirma:

“Tratando-se de concessão de serviço público, permite-se reconhecer que, em função do disposto no art. 37, § 6º, da nova Constituição, o Poder Público concedente responde objetivamente pelos danos causados pelas empresas concessionárias, em razão da presumida falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de suas atividades, desde que a concessão tenha por objeto a prestação de serviço público, atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço público; responsabilidade direta e solidária, desde que demonstrado que a falha na escolha ou na fiscalização da concessionária possa ser identificada como causa do evento danoso.”¹⁰⁵

Já no que tange aos atos alheios ao serviço, a opinião do autor, exposta no mesmo local, é de que:

“Tratando-se de danos oriundos de comportamentos alheios à própria prestação do serviço público (ou privado autorizado), a responsabilidade do Poder Público reveste-se de caráter subsidiário ou complementar, porém, não em função de uma eventual insolvência da empresa concessionária, mas em função de omissão culposa da fiscalização da atividade da mesma.”¹⁰⁶

Como se observa, há um antagonismo entre as posições dos doutos. Enquanto um reconhece subsidiaridade na responsabilidade por atos de execução do serviço ou obra em caso de insolvência do concessionário, o outro, afirma solidária e direta esta responsabilidade. Já quanto aos atos alheios à concessão, um afirma inexistir responsabilidade, e o outro a afirma subsidiária ou complementar, com fundamento na falha da escolha.

Se nos parece que o alvitre de Bandeira de Mello esteja mais correto, pois representa o que melhor traduz uma posição de equilíbrio quanto à responsabilização do Estado. Com efeito, se o serviço é prestado por conta e risco do concessionário, não se pode permitir uma responsabilização direta do Estado, pois estaria tornando este risco, um risco a ser suportado sempre pelo ente estatal. Por outro lado, será difícil não ocorrer que a escolha esteja relacionada com o dano, porque sempre será invocável a falha da Administração nesta escolha

105 Yusef Said Cahali. **Responsabilidade Civil do Estado**. 1996. Pág. 19.

106 Idem.

como causa, ou por outras palavras, será difícil para a Administração afastar a presunção de que houve falha na escolha.¹⁰⁷

A escolha de A ou B para a concessão será sempre causa indireta do evento. Ademais, a posição de Cahali quanto aos atos alheios estende por demais a responsabilidade do Estado. Que tem a Administração com atos estranhos à concessão? Ora, o concessionário, fora da execução da concessão, encontra-se em par de igualdades com qualquer outra pessoa privada. Não se pode empolgar a responsabilidade do Estado por atos estranhos ao serviço ou obra, pois é em função da execução da concessão e dos atos a ela relacionados que surge a sua responsabilidade.

Desta forma, consideramos mais correta à posição que vê subsidiaridade na responsabilidade do Estado pelos atos de execução da concessão, e irresponsabilidade do ente concedente quanto a atos estranhos.

À luz do direito vigente, em especial o artigo 37, § 6º, da CF/88, e hoje, do Novo Código Civil, artigo 43, é de se reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado. Esta responsabilidade não é, contudo, absoluta, vigendo a teoria do risco administrativo em contraposição à teoria do risco integral. Isto se deve ao fato de que há circunstâncias nas quais o reconhecimento de uma responsabilidade integral, ao argumento da repartição dos ônus pela atividade administrativa, implicaria fonte de iniquidades, como v.g, nos casos de culpa exclusiva da vítima ou eventos naturais incontroláveis.

No que diz respeito às concessões, a mesma regra de equilíbrio implica afastar uma responsabilização direta do Estado. Esta pode surgir em caso de insolvência, como preconiza Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, antes há de se exaurir a força patrimonial do concessionário. Tal responsabilidade verterá somente quanto a atos próprios à execução da concessão, não se estendendo a atos externos.¹⁰⁸

Assim há de ser, porquanto se por um lado o concessionário atua em serviço ou obra pública, por outro, corre contra si o risco desta atividade.

107 José Cretella Júnior. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2000. Pág. 602 a 605.

Vilson Rodrigues Alves. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário**. 2001. Pág. 100 a 106.

108 Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 671.

O preceito que regula a responsabilidade estatal na Constituição Federal de 1988 localiza-se em capítulo que versa sobre a Administração Pública em geral e diz respeito à administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Reza o § 6º do art. 37 da Constituição, que:

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

Proveniente das duas últimas Constituições, essa regra acolhe a responsabilidade sem culpa do Estado, sob a modalidade do risco administrativo ou objetivo. Em face desse princípio, quem sofreu o dano, para haver do Estado a sua reparação, apenas deve provar ter sido ele causado no exercício de função pública. A reparação prescinde de prova de culpa ou dolo por parte do causador, e depende exclusivamente de estar este no exercício de função pública.

No artigo supracitado, há o emprego do verbo causar (causarem), o que remete ao comportamento comissivo do Estado, isto é, somente a atuação positiva pode gerar efeitos, sendo a responsabilidade nele contida objetiva. Contrário fosse a responsabilidade seria subjetiva, dependendo de procedimento doloso ou culposo. Isso não significa que as condutas omissivas devem ficar impunes, caberá à via administrativa disciplinar as providências cabíveis.¹⁰⁹

O dano há de ser causado por um agente do Estado, sob pena de não se ter caracterizada a responsabilidade objetiva. Com o termo agentes públicos, o constituinte pretendeu englobar todos quantos exerçam a função pública, seja em caráter permanente ou não. No entendimento do Ministro Aliomar Baleeiro, inclusive os juízes são agentes do Estado para a função jurisdicional, que os coloca sob o regime especial das garantias no interesse de tal função.

Valem lembrar, que o princípio da responsabilidade objetiva também se estende a todos os particulares que prestam serviços públicos, pois estes, no exercício de suas funções, também são considerados agentes do Estado.¹¹⁰

O Estado não responde por dano causado por alguém que não é seu agente ou que, embora o seja, não esteja, por ocasião do dano, no desempenho das atribuições do seu cargo, função ou emprego público. É o caso de um agente de Estado que está num bar e por brigar com outro indivíduo danifica o estabelecimento. O Estado não responderá pelos danos causados, porque o causador, apesar de ser agente do Estado, não estava no desempenho de sua função.

Na hipótese de ocorrência de ato lesivo a terceiro, praticado por agente público irregularmente investido no cargo ou na função, a responsabilização civil é do Estado. O importante é que o dano causado a terceiro decorra da ação ou omissão do agente público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las. De fato, é indiferente para a vítima o título pelo qual o causador do dano esteja vinculado à entidade política. Outrossim, dano decorrente de abuso do agente público no exercício de suas atribuições não exime o Estado da sua responsabilidade objetiva.¹¹¹

Robustecendo o entendimento acima esposado tanto no ordenamento positivado, quanto na doutrina e na jurisprudência, a Lei n. 10.406/02 (Novo Código Civil), sem dispositivo correspondente em seu antecessor, consagra a responsabilidade objetiva estatal em seu art. 43, que prescreve:

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

Note-se que a redação em muito se aproxima daquela inserta na norma do art. 37, § 6º da Constituição Federal e, ao contrário do que previa o vetusto Código Civil, nem fumaça de responsabilidade subjetiva estatal há. Pelo que se pode concluir valerem para este dispositivo os mesmos comentários tecidos acima.

Ainda grassa controvérsia sobre tal tema em nosso ordenamento jurídico, mesmo com a consagração da responsabilidade objetiva, quando se fala de Estado como causador de

110 José Cretella Júnior. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 2001. Pág. 70.

111 Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 671.

dano.

Na defesa da vertente subjetiva da responsabilidade por omissão estatal, tem-se por arauto o maior administrativista vivo da atualidade: professor Celso Antônio Bandeira de Mello no que é seguido de perto pela doutrina pátria de Maria Sylvia Zanella di Pietro e de José dos Santos Carvalho Filho.¹¹²

Desde 1981, na Revista dos Tribunais (n. 552), sustenta o ilustre professor sua posição. Partindo da diferenciação preliminar entre causa e condição e na preexistência de um dever legal de atuação que foi omitido pelo agente estatal, à similitude da omissão qualificada ou imprópria do art. 13, § 2º do Código Penal Brasileiro, que escrevia:

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

Relevância da omissão

(...) § 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos ensejadores da reparação hajam sido causados por agentes públicos. Se não foram eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa é outra, não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Donde não há cogitar, neste caso, responsabilidade objetiva. A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. É responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute de service* dos franceses, entre nós traduzidos por falta do serviço.¹¹³

E esta é a posição que mantém até os dias de hoje.

112 Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2001. Pág. 210 e 211.
Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 2001, pág. 671.

113 Idem.

4. O DIREITO A INDENIZAÇÃO

A reparação do dano pode ser por via administrativa, desde que a Administração Pública reconheça sua responsabilidade e tenha um acordo amigável quanto ao valor da indenização, caso contrário, o interessado poderá buscar a reparação por via judicial.¹¹⁴

Para a caracterização do direito à indenização, segundo as doutrinas pesquisadas da responsabilidade civil objetiva do Estado, devem concorrer algumas condições:

Mello pág. 826 e 828 aponta duas:¹¹⁵

- O dano deve corresponder a uma lesão a direito da vítima. Deve existir concretamente o dano de natureza material ou moral suportado pela vítima.
- O dano deve ser certo, real e não eventual. Este engloba tudo o que se perdeu ou ganharia se não tivesse ocorrido o evento danoso.

Meirelles pág. 619 menciona também o nexo causal *in verbis*:¹¹⁶

“Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante”.

- O nexo causal. Deve haver nexo de causalidade, isto é, uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano que se pretende reparar. Inexistindo o nexo causal, ainda que haja prejuízo sofrido pelo credor, não cabe cogitação de indenização. Por exemplo, empresa concessionária de transporte coletivo urbano de passageiros emprega um motorista não habilitado que, ao passar por uma ponte construída e mantida pelo Departamento de Estradas e Rodagens (DER), vem a desabar. Os passageiros sofrem ferimentos, mas nenhuma

114 Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 2001. Pág. 523.

Edimur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 2001. Pág. 531.

115 Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 826 a 828.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 2001. Pág. 526.

116 Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2001. Pág. 619.

responsabilidade cabe à empresa de ônibus, por que o dano não resultou daquela irregularidade de contratar motorista não habilitado.¹¹⁷

Pode-se enumerar também, além desses já mencionados mais dois, que já foram tratados no nosso trabalho:

- A oficialidade da atividade causal e lesiva imputável ao agente do Poder Público. É indispensável que primeiramente seja um agente público e pratique o ato no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, sendo juridicamente irrelevante se o ato é praticado em caráter individual, privado.¹¹⁸

- Ausência de causas excludentes. A doutrina da responsabilidade objetiva adotada pela Constituição Federal de 1988 está fundada na teoria do risco administrativo e não na teoria do risco integral. Por isso, a responsabilidade do Estado não é absoluta. Ela cede na hipótese de força maior ou de caso fortuito. Da mesma forma, não haverá responsabilidade do Estado em havendo culpa exclusiva da vítima. No caso de culpa parcial da vítima, impõe-se a redução da indenização devida pelo Estado.¹¹⁹

Resumindo, o Estado sempre responderá objetivamente pelo dano causado ao administrado, por ação ou omissão de seus agentes, desde que injustamente causado.

O Estado, depois de ressarcida a vítima, pode promover ação regressiva contra o agente causador do dano, se houver culpa ou dolo deste.

A expressão: nos casos de dolo ou culpa, do § 6.º do art. 37, descrito anteriormente, é matéria que não diz respeito ao terceiro prejudicado pela atuação estatal. É assunto que diz respeito exclusivamente ao relacionamento funcional do agente com a entidade pública ou privada a que se acha vinculado. Verificado o dolo ou a culpa, cabe à Fazenda Pública promover a ação de regresso para recuperar de seu agente causador do dano tudo aquilo que despendeu com a indenização da vítima.¹²⁰

117 Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. 2001. Pág. 517 e 518.

Silvio Rodrigues. **Direito Civil vol. 4. Responsabilidade Civil**. 2003. Pág. 17 e 18.

118 Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 2001. Pág. 814.

119 Idem. Pág. 829 e 830.

120 Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2001. Pág. 620 a 622.

Alguns casos, como os citados abaixo, ocorridos no Brasil, condenaram o Estado ao pagamento de indenização por dano decorrente de: apropriação indébita praticada por serventuário de cartório (RJTJSP, 72:97); despesa realizada para obtenção de fiança bancária a fim de pagar multa indevida (Ajuris, 29:145); queda de árvore sobre automóvel estacionado em via pública (RT, 551:110); queda de veículo em valeta aberta em via pública, sinalizada precariamente (RT, 558:103); acidente de trânsito em razão da má conservação da pista (JTAAP, 83:191); acidente em ponte em precárias condições de uso (RT, 573:253); inundação (RT, 445:100); semáforo defeituoso (JTACSP, 79:93); depredação praticada por multidão (RT, 275:833); assassinato de menor recolhido a abrigo de menores (RT, 464:98); prisão ilegal e tortura (RT, 570:188); ferimento causado a alunos da PUCSP, em razão de invasão policial de suas dependências (RT, 553:89).

Decisão inédita ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, no dia 25 de abril de 2001, onde o Estado foi condenado pela Justiça a pagar indenização a uma pessoa que teve a casa assaltada. De acordo com a decisão do desembargador Raul Celso Lins e Silva, a segurança dos cidadãos é dever constitucional do Estado, por isso, o locutor desempregado Ruy Martins Rocha, que foi roubado duas vezes nos últimos três anos, pode receber cem salários mínimos por danos morais e materiais. O Estado ainda poderá recorrer da decisão. (TJRJ - Tribunal de Justiça (2ª Instância) - 18/11/2007 16:57 Nome pesquisado: Ruy Martins Rocha 2001.005.00346 REU: RUY MARTINS ROCHA AUTOR: ESTADO DO RIO DE JANEIRO PSP. Processo Nº 2001.005.00346. Recurso Extraordinário: (2002.134.00068) em 19/11/2001).

Segundo o desembargador, a tese de roubo de residência ser uma questão de risco administrativo não deve ser aceita, porque para o cidadão que sofre as conseqüências de uma violência, são estéreis as discussões doutrinárias ou jurisprudenciais em torno do verdadeiro fundamento da responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros a que alude o texto constitucional é a de natureza civil, contrapondo-se à responsabilidade criminal.

O Poder Público e suas concessionárias, permissionárias e autorizatárias respondem por perdas e danos por ação ou omissão de seus agentes, de conformidade com a teoria do risco administrativo, isto é, sem indagação de culpa.

Assim, se encontra totalmente recepcionado pelo Texto Magno o art. 43 do Código Civil que assim prescreve:

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

A expressão civilmente responsável empregada no texto do art. 43 é indicativa da indenização por perdas e danos para bem separar da responsabilidade penal, que só pode ser pessoal do agente. Esse artigo 43, com redação copiada do artigo 15 do antigo Código Civil de 1916, no início, suscitou acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao acolhimento da teoria subjetivista ou da teoria objetivista. Entretanto, mais tarde, prevaleceu o entendimento no sentido de que o citado dispositivo ter perfilhado a teoria da culpa, até que a Constituição Federal de 1946, em seu artigo 194, veio acolher, expressamente, a teoria objetiva do risco administrativo. O conteúdo da indenização é matéria regulada pelo Código Civil.¹²¹

Logo, essa responsabilização civil deve abranger o dano emergente e os lucros cessantes, conforme artigos 402 a 405 do Código Civil. Indeniza-se o credor do dano efetivamente verificado, isto é, a diminuição do patrimônio sofrido pelo credor, bem como, a privação de um ganho que deixou de auferir ou de que foi privado o referido credor, em razão do comportamento comissivo ou omissivo do agente público ou daquele que faz as suas vezes.

Por isso o texto do art. 402 do Código Civil refere-se às perdas e danos e ao que razoavelmente deixou de lucrar. Esta última expressão está a exigir bases seguras e fundadas para a indenização dos lucros cessantes. Não são indenizáveis os lucros imaginários, sob pena de propiciar locupletamento ilícito ao credor. Igualmente, a indenização deve abranger os juros moratórios, os honorários advocatícios arbitrados pelo juiz, bem como, a atualização monetária, segundo pronunciamento pacífico de nossos tribunais.¹²²

Finalmente, a indenização não se limita aos danos materiais. Por expressa disposição do inciso V do art. 5º da Constituição Federal abrange os danos de natureza moral. A maior

121 Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2001. Pág. 618 a 622.

José Cretella Júnior. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 2001. Pág. 624 a 629.

Carlos Pinto Coelho Motta. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 1999. Pág. 365 e 366.

122 Idem.

dificuldade quanto a estas últimas está na fixação do *quantum* da indenização à vista de ausências de normas para aferição objetiva desses danos. Entretanto, pouco a pouco, doutrina e jurisprudência estão construindo parâmetros adequados para esse tipo de indenização, levando-se em conta a gravidade do dano moral infringido, a formação da vítima, a quantificação do dano material e a situação patrimonial do ofensor, esta última inaplicável em relação ao Estado.¹²³

Uma vez promovida à liquidação da sentença fixadora da indenização na forma do art. 603 e seguintes do Código de Processo Civil, mediante apresentação, pelo credor, da memória de cálculo, é promovida a citação da Fazenda Pública para opor embargos no prazo de dez dias, sob pena de expedição de precatório judicial pelo presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda (art. 730 do CPC). O precatório entregue até o dia 1º de julho terá o seu valor atualizado até essa data para ser incluído no orçamento do exercício seguinte, a fim de ser pago até o final desse exercício, dentro da rigorosa ordem cronológica de sua apresentação (art. 110 e § 1º da CF). O credor preterido em seu direito de preferência pode requer o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito (§ 2º do art. 100 da CF). Como normalmente essas indenizações têm caráter alimentar não se sujeitam a ordem cronológica de apresentação de precatórios. De fato, o art. 100 da CF exclui os créditos de natureza alimentícia do procedimento aí previsto. Ocorre que, se houver vários credores de natureza alimentícia e não dispendo a Fazenda Pública de recursos financeiros para pagar a todos de uma só vez, o princípio da moralidade pública impede de favorecer este ou aquele credor. Impõe-se, nessa hipótese, a instituição de ordem cronológica específica para os credores da espécie. A jurisprudência do STF evoluiu exatamente nesse sentido.¹²⁴

A não-inclusão no orçamento de verba necessária ao pagamento de débitos tempestivamente apresentados, bem como, a não-satisfação desses débitos, até o final do prazo, em virtude de desvio da respectiva dotação orçamentária, configura, em tese, crimes de responsabilidade, conforme artigos 12, nº 4, e 10, nº 4, C.C. art. 11, nº 1 da Lei nº 1.079, de 10-4-1950, respectivamente. Finalmente, o não cumprimento do precatório judicial no prazo assinalado na Carta Política pode ensejar a intervenção federal no Estado-membro e

123 Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2001. Pág. 618 a 622.

José Cretella Júnior. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 2001. Pág. 624 a 629.

Carlos Pinto Coelho Motta. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 1999. Pág. 365 e 366.

124 Idem.

intervenção estadual no Município, por desobediência à ordem ou decisão judiciária, conforme prescrevem, respectivamente, os artigos 34, VI e 35, IV da Constituição Federal.¹²⁵

125 Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2001. Pág. 618 a 622.
José Cretella Júnior. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 2001. Pág. 624 a 629.
Carlos Pinto Coelho Motta. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 1999. Pág. 365 e 366.

CONCLUSÃO

Partindo-se da idéia do Estado Mínimo, apologia máxima do neoliberalismo, terceirizar é, sem sombra de dúvida, uma das soluções, senão a grande solução para a Administração Pública moderna.

Entretanto, considerando a modo de regulamentação que a legislação e as jurisprudências passaram a tratar a terceirização, ficava, no ar, a seguinte pergunta: aplica-se ou não a responsabilidade patrimonial subsidiária do tomador de serviços na terceirização no serviço público? Esta dúvida chegou a meados do curso em direito quando meu irmão trabalhava em uma empresa prestadora de serviços terceirizados e ocorreu um acidente envolvendo um caminhão da empresa. Por sorte a vítima resolveu fazer um acordo amigável extrajudicial, e os danos ocorridos foram de baixo valor econômico, mas ficou a dúvida: e se fosse de um teor econômico tão alto que a empresa privada não teria como reparar o dano? A vítima ficaria no prejuízo? Ou ela poderia acionar o Estado?

Ao fim dessa jornada chegamos a algumas conclusões que devem ser compartilhadas, à luz do direito vigente, em especial o artigo 37, § 6º, da CF/88, e hoje, do Novo Código Civil, artigo 43, é de se reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado. Esta responsabilidade não é, contudo, absoluta, vigendo a teoria do risco administrativo em contraposição à teoria do risco integral. Isto se deve ao fato de que há circunstâncias nas quais o reconhecimento de uma responsabilidade integral, ao argumento da repartição dos ônus pela atividade administrativa, implicaria fonte de iniquidades, como vimos, nos casos de culpa exclusiva da vítima ou eventos naturais incontroláveis.

No que diz respeito às concessões, a mesma regra de equilíbrio implica afastar uma responsabilização direta do Estado. Esta pode surgir em caso de insolvência, como preconiza Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, antes há de se exaurir a força patrimonial do concessionário. Tal responsabilidade verterá somente quanto a atos próprios à execução da concessão, não se estendendo a atos externos.

Assim há de ser, porquanto se por um lado o concessionário atua em serviço ou obra pública, por outro, corre contra si o risco desta atividade.

Para realizar esses fins e preencher suas funções, o Estado lança mão de pessoas físicas, agentes e servidores públicos, aos quais delega os necessários poderes. Agem, assim, por meio de representantes, cujos atos, em última análise, são atos da própria administração pública.

Esses representantes, no desempenho de suas funções, no exercício de suas atividades, podem ocasionar danos ou lesões de direito aos particulares. A questão que deriva, é se os danos são ressarcíveis.

É muito antigo e profundo o debate doutrinário manifestado a respeito. A teoria mais remota é a da irresponsabilidade absoluta do Estado. Segundo o seu ponto de vista, o Estado é o órgão gerador do direito, o Estado existe para exercer a tutela do direito. Assim, quem com ele contratam deve saber de antemão que o mesmo não pode violar a lei: quem contrata com o funcionário público deve saber que este só pode ser considerado preposto do Estado enquanto se mantém nos limites traçados pela lei. Se o funcionário, na sua atuação, fere direitos individuais, ao próprio funcionário pessoalmente, e não ao Estado, caberá a obrigação de reparar o dano.

O princípio hoje dominante, sem qualquer impugnação séria, é o da responsabilidade da pessoa jurídica de direito público. Podemos mesmo dizer que a responsabilidade é a regra e a irresponsabilidade a exceção.

Podemos concluir então que a vítima não ficará sem a devida reparação do dano em forma de indenização em dinheiro, pois em alguns casos a responsabilidade é objetiva e em outros solidários ou até mesmo subsidiária, mas cabe a vítima em alguns casos, escolher quem deva figurar no pólo passivo da ação de indenização, e é aconselhável mover esta ação contra o Estado, respaldado no artigo 37 § 6º da Constituição Federal, que poderá mover ação regressiva contra o causador direto do dano.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João ferreira. *BÍBLIA SAGRADA*. 3ª Ed. São Paulo. Geográfica. 2003.

ALVES, Vilson Rodrigues. *RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DOS AGENTES DOS PODERES LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO*. Campinas - SP. Bookseller. 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. 7ª ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva. 2003.

BUENO, Francisco da Silveira. *DICIONÁRIO ESCOLAR DA LINGUA PORTUGUESA*. 11. ed. Rio de Janeiro. FENAME – Fundação Nacional de Material Escolar. 1983

CAHALI, Yussef Said. *RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO*, São Paulo. Malheiros Editores. 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*. Rio de Janeiro. Forense. 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. *DICIONÁRIO COMPACTO DE DIREITO*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 2003.

DAMIÃO, Regina Toledo e HENRIQUES Antônio. *CURSO DE PORTUGUÊS JURÍDICO*. 9ª ed. São Paulo. Atlas. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *DIREITO ADMINISTRATIVO*, 13. ed. São Paulo. Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena, *CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO*, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 22. ed., rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002) e o PL n. 6.960/2002. São Paulo. Saraiva, 2006.

FARIA, Edimur Ferreira de. *CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO POSITIVO*, 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2001.

FLORENCIO, Gilbert Ronald Lopes. NOVO DICIONÁRIO JURÍDICO. 2ª ed. São Paulo. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto, DIREITO CIVIL: PARTE GERAL. Vol. 1, 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2003. Coleções Sinopses Jurídicas.

MEIRELLES, Hely Lopes. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 26ª ed., atualizada por: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo. Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 13 ed., rev., ampl. e atualizada até a Emenda Constitucional 31, de 14.12.2000. São Paulo. Malheiros, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. CURSO PRÁTICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Belo Horizonte. Del Rey. 1999.

RODRIGUES, Silvio. DIREITO CIVIL Vol. 4. RESPONSABILIDADE CIVIL. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2003.

ROSA, Márcio Fernando Elias. DIREITO ADMINISTRATIVO. Vol. 19. 7ª ed. São Paulo. Saraiva. 2005. Coleções Sinopses Jurídicas.

VADE MECUM ACADÊMICO-FORENSE. São Paulo. Vértice. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. DIREITO CIVIL: CONTRATOS EM ESPÉCIE E RESPONSABILIDADE CIVIL Vol. III. São Paulo. Atlas. 2001.

CD de Arquivos. A PRIORI. 26ª Edição. São Paulo. Revic Editorial. 2003.

REVISTA JURÍDICA, Responsabilidade Civil do Estado III, nº 247, maio/ 1998.

REVISTA JURÍDICA, Responsabilidade Civil VI, nº 164, junho/1991.

SEGUNDO, Rinaldo - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ORÇAMENTO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4505>>. Acesso em: 18.11.04.